

UNIVERSITÉ DE CERGY-PONTOISE

FACULTÉ DE DROIT

IMPÉRATIVITÉ ET ORDRE PUBLIC EN DROIT COMMUNAUTAIRE ET
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES CONTRATS (ÉTUDE DE
CONFLITS DE LOIS)

TOME 1 - 1^{ère} PARTIE

Thèse pour le Doctorat d'État en droit Préparée
sous la direction de Monsieur le Professeur
Étienne PATAUT

Présentée et soutenue publiquement le 10 octobre 2006

Delphine ARCHER

Membres du jury

P. HAMMJE *Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise*

P. LAGARDE *Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne*

H. MUIR WATT (rapporteur) *Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne*

É. PATAUT (directeur) *Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise*

P. de VAREILLES-SOMMIÈRES (rapporteur) *Professeur à l'Université
Panthéon-Sorbonne*

PLAN SOMMAIRE

Chapitre préliminaire : De quelques clarifications conceptuelles en matières d'ordre public et d'impérativité (droit substantiel et droit international privé.)

Section I : *L'approche classique de droit interne.*

Section II : *La projection, en droit international privé, des concepts du droit interne.*

1^{ère} partie : **RECHERCHES SUR LES SPÉCIFICITÉS D'UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE SOURCE COMMUNAUTAIRE.**

Titre I : **La mainmise du droit communautaire sur le concept d'ordre public.**

Chapitre I : Présentation générale de l'ordre public dans le contexte communautaire.

Section I : *La physionomie de l'ordre public matériel dans la structure communautaire.*

Section II : *L'ordre public à travers la dualité des fondements de l'harmonisation.*

Chapitre II : L'étendue matérielle de l'ordre public substantiel du droit communautaire.

Section I : *Présentation générale du contrôle de la compatibilité de la norme nationale avec l'ordre public communautaire matériel.*

Section II : *Libertés communautaires et droit privé.*

Chapitre III : L'étendue spatiale de l'ordre public substantiel du droit communautaire.

Section I : *Le principe : une application cantonnée aux relations intracommunautaires.*

Section II : *Une extension à certaines situations « semi-communautaires ».*

Titre II : **Recherches sur les spécificités du contenu du droit international privé communautaire.**

Chapitre I : Prospective sur l'évolution générale du droit international privé au contact du droit communautaire.

Section I : *Recherches sur l'influence de l'ordre public communautaire au stade de la formulation de la règle de conflit.*

Section II : *Recherches sur l'influence de l'ordre public communautaire sur certains mécanismes d'exception.*

Chapitre II : L'impact du principe de reconnaissance mutuelle sur les règles de conflit.

Section I : *Analyse théorique du concept.*

Section II : *Les incertitudes concernant la portée du principe de reconnaissance mutuelle en droit dérivé.*

Titre III : **Méthodes du droit international privé et champ d'application spatial du droit communautaire.**

Chapitre I : La place respective des principales méthodes de droit international privé dans la détermination du champ d'application spatial du droit communautaire.

Section I : *La détermination du champ d'application spatial des normes impératives du droit primaire.*

Section II : *La détermination du champ d'application spatial des normes impératives du droit dérivé (hors droit de la consommation).*

Chapitre II : Appréciation sur une généralisation de la méthode unilatérale.

Section I : *Présentation de la thèse en faveur d'une généralisation de la méthode unilatérale.*

Section II : *Les critiques à l'encontre d'une généralisation de la méthode unilatérale.*

2^{ème} partie : **LA COMBINAISON ENTRE DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (EN VUE D'UN PERFECTIONNEMENT DES MÉTHODES DE RÉOLUTION DU CONFLIT DE LOIS).**

Titre I : **L'importance de la distinction entre lois de police et dispositions impératives protectrices.**

Chapitre I : Vers une clarification des domaines respectifs des lois de police et des dispositions impératives protectrices.

Section I : *L'éclairage du droit du travail en vue d'un perfectionnement des méthodes du droit international privé.*

Section II : *L'éclairage de l'arrêt Ingmar.*

Chapitre II : L'éclairage des tests communautaires en matière d'entraves.

Section I : *L'apport du droit communautaire en droit international du travail.*

Section II : *Recherches sur l'impact du droit communautaire en droit des rapports transfrontières de consommation au sein de l'Union.*

Titre II : **Les perspectives d'un perfectionnement des mécanismes du droit international privé en matière d'ordre public.**

Chapitre I : L'identification des difficultés concernant la protection du consommateur en droit international privé.

Section I : *La combinaison entre l'article 5 de la convention de Rome et les autres textes relatifs à l'ordre public.*

Section II : *L'éclosion de règles de droit international privé spéciales en droit dérivé.*

Section III : *Le bilan de l'expérience du droit de la consommation.*

Chapitre II : Les remèdes envisagés dans le cadre d'une communautarisation des règles de conflit de lois.

Section I : *Une exploitation accrue du concept de « disposition impérative protectrice ».*

Section II : *L'adaptation des règles de la convention de Rome aux contrats passés sur Internet.*

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Am. Jour. of Comparative Law</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Bull.</i>	Bulletin civil de la Cour de cassation
<i>C.C.C.</i>	Contrats, Concurrence, Consommation
<i>C.civ.</i>	Code civil
<i>CDE</i>	Cahier de droit européen
<i>Common Market Law Rev.</i>	Common Market Law Review
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D.P.</i>	Recueil Dalloz périodique
<i>Dr. et prat. du comm. inter.</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>D.S.</i>	Recueil Dalloz-Sirey
<i>GAJDIP</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>Intern. and Compar. Law Quarterly</i>	International and comparative law quarterly
<i>IPRax</i>	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrecht
<i>JCP éd. E</i>	Jurisqueur périodique, édition entreprise
<i>JCP éd. G</i>	Jurisqueur périodique, édition générale
<i>JDI</i>	Journal du droit international
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
<i>Juriscl. droit inter.</i>	Jurisqueur de droit international
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé (à partir de 1947)
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>Rec.</i>	Recueil de jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit civil
<i>Rép. Dalloz dr. inter.</i>	Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit international
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. banque</i>	Revue banque
<i>Rev. des aff. europ.</i>	Revue des affaires européennes
<i>Rev. dr. banc. et fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. dr. de l'Union europ.</i>	Revue de droit de l'Union européenne
<i>Rev. dr. inter. pr.</i>	Revue de droit international privé (jusque 1947)
<i>Rev. dr. int. et lég. comp.</i>	Revue de droit international et de législation comparée
<i>Rev. du marché commun</i>	Revue du marché commun
<i>Rev. europ. dr. cons.</i>	Revue européenne de droit de la consommation
<i>Rev. jurispr. com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>Rev. juris. soc.</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RGAT</i>	Revue générale des assurances terrestres
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Riv. di dir. int. e proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RMUE</i>	Revue du marché unique européen

<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique (Droit prospectif)
<i>RTDciv.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDcom.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>TCE</i>	Traité de la Communauté européenne
<i>TCFDIP</i>	Travaux du comité français de droit international privé
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union européenne

Ouvrages désignés de façon abrégée :

Droit matériel général : FALLON (Marc): *Droit matériel général des Communautés européennes*, Bruylant-Academia, 2^{ème} éd. 2002.

Précis : LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et de VAREILLES-SOMMIERES (P.): *Précis de Droit international privé*, 8^{ème} éd. 2004, Dalloz, Paris.

Traité : BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.) : *Traité de droit international privé*, t. I, 8^{ème} éd. 1993, LGDJ, Paris.

INTRODUCTION

1. Ces cinq dernières décennies ont préparé l'avènement d'un « *espace juridique unifié* »¹ sur le continent européen sans précédent dans toute l'histoire de l'humanité. Cet espace se caractérise par certaines figures juridiques inédites, dont la plus innovante est sans doute l'élaboration progressive de mesures d'harmonisation permettant un rapprochement des législations des différents Etats membres de l'Union. Une autre caractéristique propre à l'Union est la superposition, donc la coexistence, d'une structure juridique nouvelle (incarquée par le droit communautaire) sur les structures étatiques préexistantes. L'originalité du projet communautaire est au demeurant bien mise en évidence par la célèbre formule employée par la Cour de justice dans l'arrêt *Van Gend & Loos* du 5 février 1963, dans lequel elle déclare que « *la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres, mais également leurs ressortissants* ». ²

La Cour définissait ainsi l'effet direct, dont on sait qu'il a efficacement contribué au développement considérable du droit communautaire. Elle entendait marquer par là l'autonomie de la structure, laquelle se retrouve sur le plan institutionnel. Celle-ci est en effet dotée d'organes comparables à ceux que l'on retrouve dans toute structure étatique, même si leurs pouvoirs sont limités par les compétences d'attribution de la Communauté³.

2. Si les interférences du droit communautaire sur la plupart des branches juridiques nationales se sont fait sentir rapidement, les relations entre droit international privé et droit communautaire n'ont fait l'objet d'études approfondies que relativement récemment⁴. A cet

¹ L'expression est empruntée à P. LAGARDE, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Etudes offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ 2001, p. 511 et s., spéc. p. 522.

² *NV Algemene Transport en Expéditie Onderneming Van Gend & Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, aff. 26/62, *Rec.*, p. 1.

³ Ainsi, l'action des institutions communautaires doit reposer sur les bases juridiques pertinentes du traité, faute de quoi les actes des institutions seraient entachés d'illégalité pour défaut de base juridique ou base juridique erronée. V. not. L. IDOT, « Les bases communautaires d'un droit privé européen (traité de Maastricht et traité de Rome) », in P. de VAREILLES-SOMMIERES (sous la dir. de), *Le droit privé européen*, Economica, 1998., p. 22 et s., spéc. p. 22-23 ; A. WACHSMANN : « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe*, janvier 1993, *chron.*, p. 1-5 ; B. PETER : « La base juridique des actes en droit communautaire », *Rev. du marché commun* 1994, p. 324-333.

⁴ Hormis quelques articles anciens (parmi lesquels V. celui de R. SAVATIER : « Le marché commun au regard du droit international privé », *RCDIP* 1959, p. 237), les travaux de grande envergure concernant les rapports entre droit communautaire et droit international privé remontent aux années 1990 : V. not. RADICATI DI BROZOLO (L. G), « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, p. 401 ; FALLON (M.) : « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, vol. 252, p. 13-281 ;

égard, deux types de rapports entre les deux matières doivent être d'emblée mis en évidence : d'une part, le droit communautaire substantiel peut infléchir les mécanismes traditionnels du droit international privé des Etats membres. Dans ce cas, son intervention en cette matière est indirecte, en ce sens que le droit international privé n'est pas appréhendé pour lui-même, mais uniquement, comme toute discipline, sous l'angle de sa conciliation avec les exigences substantielles du droit communautaire. Ainsi, dans le cadre du contrôle prétorien en matière d'entraves aux échanges, il peut s'avérer que les solutions reçues dans les Etats membres heurtent les exigences fondamentales substantielles du droit communautaire; de même, en droit dérivé, le législateur, pour assurer la mise en œuvre des libertés fondamentales du droit primaire, peut formuler des règles qui ne s'accordent pas avec les solutions nationales du conflit de lois.

Mais, d'autre part, le droit communautaire peut agir directement sur le droit international privé en édictant des normes en la matière. Il est alors une source de droit international privé, ce dernier étant envisagé pour lui-même. C'est dans cette optique que s'inscrivent le processus, amorcé depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam⁵, de communautarisation de diverses conventions en vigueur entre les Etats membres et, plus largement, l'élaboration d'instruments touchant au droit international privé. En somme, sous le premier angle, les rapports entre droit communautaire et droit international privé sont plutôt perçus sous l'angle de la confrontation ; sous le second angle, ils sont perçus dans une perspective de complémentarité, de combinaison.

M. FALLON et S. FRANCO, « La coopération judiciaire civile et le droit international privé. Vers un droit proprement communautaire des conflits de lois ou de juridictions », in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (sous la dir. de) *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 239-301 ; P. LAGARDE et B. Von HOFFMANN (sous la dir. de) : *L'europanisation du droit international privé*, publication de l'ERA, Cologne, 1996 ; H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004 ; « Le droit international privé communautaire : émergence et incidences », colloque de Toulouse, mars 2002, *Petites Affiches* du 12 déc. 2002, n° 248 ; VIANGALLI (François) : *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois », in J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET (sous la dir. de), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, éd. Bruylant, 2003, p. 185 ; J.-S. BERGE, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », *op. cit.*, p. 206 ; K. KREUZER, « La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives », in L. VOGEL (sous la dir. de), *Droit global/Global Law. Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 97 ; JESSURUN D'OLIVEIRA (H.) : « The EU and a metamorphosis of private international law », in *Mél. North*, Oxford University Press, 2002, p. 111-136 ; KESSEDJIAN (C.) : « Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne », *Rev. aff. europ.* 2001/2002, p. 411 ; P. DE VAREILES-SOMMIÈRES, « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 781.

⁵ Pour une étude approfondie de l'évolution des droits internationaux privés des Etats membres dans le contexte européen, retraçant en particulier les répercussions induites en la matière par les modifications institutionnelles successives des Traités constitutifs, V. la thèse de Ph.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003.

L'évolution générale des rapports entre les deux disciplines reflète l'importance prise au fil du temps par la logique de combinaison. Il est significatif à cet égard de constater qu'initialement, les relations entre droit communautaire et droit international privé semblent avoir été perçues sous l'angle de l'influence du premier sur le second⁶ ; une telle présentation ne nous semble plus de mise aujourd'hui. En effet, la logique de confrontation semble devoir être circonscrite à certains domaines déterminés, qui seront mis en évidence au cours de l'étude.

L'infléchissement du droit international privé par le droit communautaire substantiel.

3. S'il ne fait aucun doute que l'approche téléologique du droit communautaire permet à celui-ci d'appréhender indistinctement l'ensemble des catégories juridiques connues des droits internes, un doute aurait pourtant pu surgir en ce qui concerne le droit international privé, et particulièrement les règles de conflit de lois. En effet, selon une conception traditionnelle héritée de SAVIGNY⁷, les règles bilatérales sont indirectes, abstraites et neutres. Elles se bornent à localiser le rapport de droit afin de désigner la norme qui permettra de résoudre la question de droit. Elles s'opposent donc nettement à l'approche substantielle du droit communautaire. Pourtant, le droit comparé enseigne qu'une confrontation des règles de conflit de lois avec des principes substantiels à valeur constitutionnelle est pratiquée dans certains pays⁸. Par ailleurs, c'est plus spécialement la neutralité de la règle de conflit qui pourrait faire douter d'une influence quelconque du droit communautaire substantiel sur le conflit de lois. Or l'on sait que l'idée d'une séparation nette entre la justice du droit international privé et la justice matérielle n'a plus guère cours. En effet, l'évolution de la matière a vu s'effriter la neutralité du droit des conflits de lois au fur et à mesure que se développaient des méthodes visant à prendre en compte, à un stade quelconque du processus de désignation de la loi applicable, le contenu matériel de cette dernière⁹. Cette remise en

⁶ V. spéc. RADICATI DI BROZOLO (L. G), art. préc. note 4.

⁷ *Traité de Droit Romain*, t. VIII, 1849 (trad. Guénoux, 1856). L'ouvrage a été réédité récemment : *Traité de Droit Romain*, Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002.

⁸ V. par ex. la décision du tribunal constitutionnel fédéral d'Allemagne (BverfGe, 4 mai 1971, *RCDIP* 1974, p. 57, note C. LABRUSSE ; *RabelsZ* 1972, p. 145. Le tribunal fédéral déclare qu' « *il faut soumettre l'élaboration des règles de conflit au même régime que celui qui est appliqué aux autres lois de rang inférieur à la Constitution. En tant que droit national interne, les prescriptions du droit international privé allemand doivent être confrontées de façon générale aux droits fondamentaux* ») et celle de la Cour constitutionnelle italienne du 26 février 1987 (C. Const., 26 février 1987, *RCDIP* 1987, p. 563, note B. ANCEL ; *JDI* 1990, p. 657, obs. R. CLERICI). Sur l'intrusion des principes généraux du droit dans le droit international privé, V. not. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse Paris II, 1992 ; P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse Paris I, 1994.

⁹ V. not. BATIFFOL (H.) : « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1965, vol. 116, p. 305 ; Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-1981, II, Pédone, Paris, p. 43 ; « L'évolution de la règle de conflit de lois », *TCFDIP*, Journée du Cinquantenaire, 1988, p. 79 ; LALIVE (P.) : « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1977, vol. 155, p. 1.

cause de la neutralité de la règle de conflit atteint son paroxysme avec les lois de police dont la teneur matérielle en commandera l'application à une situation comportant un ou des élément(s) d'extranéité.

Dès lors, le principe de l'influence du droit communautaire (primaire comme dérivé) sur le droit international privé, et notamment sur le conflit de lois, est théoriquement parfaitement envisageable et semble *a priori* davantage concerner les mécanismes d'exception visant à prendre en compte un résultat substantiel. De fait, les perturbations induites par le droit communautaire sur les mécanismes des lois de police et d'ordre public ont rapidement été perçues par la doctrine¹⁰. S'agissant de la matière contractuelle, où la théorie des lois de police trouve de nombreuses applications, le phénomène est bien connu et la jurisprudence offre des exemples aussi nombreux que célèbres de confrontation des lois de police nationales aux exigences fondamentales du droit primaire.

Quant au droit dérivé, son incidence sur les règles de conflit est aujourd'hui au cœur d'un débat. En particulier, on discute de la portée du principe d'origine en droit privé, notamment en matière contractuelle. Ces questions, qui suscitent de nombreuses difficultés, seront largement développées au cours de l'étude. Elles devront être abordées en tenant compte de l'évolution qui s'est produite dans les rapports entre droit communautaire et droit international privé, qui invite à se placer dans une perspective de combinaison entre les deux matières.

L'évolution vers une possible combinaison entre droit international privé et droit communautaire.

4. Si l'on envisage le droit communautaire en tant que source de droit international privé, il faut reconnaître que pendant longtemps, il a joué un rôle mineur en ce domaine. Son action y était en effet de très faible ampleur, les traités institutifs ne conférant pas à proprement parler de compétences au législateur communautaire en vue de l'élaboration de règles de droit international privé. Deux cas de figures distincts pouvaient se présenter : soit le législateur communautaire insérait, accessoirement à une mesure de rapprochement des droits nationaux, une règle spéciale par laquelle il entendait définir le domaine d'application spatiale des règles substantielles harmonisées¹¹ ; dans ce cas, la base juridique de cette règle est générale, en ce

¹⁰ V. not. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *TCFDIP* 2003/2004, éd. Pedone, Paris, 2005, p. 65 ; É. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 117.

¹¹ Le phénomène concerne essentiellement de nombreuses directives touchant au droit de la consommation, à l'instar de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JOCE* n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34).

sens qu'elle emprunte celle de la mesure en question. Les compétences communautaires en droit international privé sont alors liées à l'objectif essentiel de la structure communautaire tendant à la mise en place d'un marché intérieur. L'autre cas de figure concernait l'élaboration de conventions de droit international privé classiques, mais ayant pour particularité d'être rattachées d'une manière plus ou moins étroite au droit communautaire.

Ainsi, depuis la signature du traité de Rome, l'article 220 du traité CEE (devenu l'article 293 TCE), prévoit que « *Les Etats membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants, [premier tiret] la protection des personnes, ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque Etat à ses propres ressortissants, (...) [quatrième tiret] la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales.* » C'est sur le fondement de ce texte qu'un instrument de grande envergure de portée horizontale a été adopté : la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance des décisions en matières civile et commerciale¹². La convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles¹³, quant à elle, l'a été dans le prolongement de ce texte.¹⁴

¹² JOCE n° L 299 du 31 décembre 1972, p. 2 ; JOCE n° C 27 du 26 janvier 1998, p. 1-18 (version consolidée). Elle a été reformulée en règlement communautaire : V. règlement 44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »), JOCE n° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1. Sur ce règlement, V. not. J.-P. BERAUDO, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale », *JDI* 2001, p. 1033-1106, G.A.L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale », *RCDIP* 2001, p. 601-652.

Deux autres conventions ont été élaborées sur le fondement de l'ancien article 220 mais ne sont jamais entrées en vigueur. Il s'agit de la convention du 29 février 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales (sur laquelle V. not. E. CEREXHE, « La reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales dans la Communauté économique européenne », *Rev. du Marché Commun* 1968, p. 578-590) et de celle du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité (sur laquelle V. not. J.-L. VALLENS, « Le droit européen de la faillite : la convention relative aux procédures d'insolvabilité », *D.* 1995, *act. législ.*, p. 217-246 ; D. Mc KENZIE, « The EC Convention on Insolvency Proceedings », *Eur. Rev. of Private Law* 1996, p. 181-200 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, « Le créancier et la « faillite européenne » : commentaire de la convention des Communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité », *JDI* 1997, p. 757-781.)

¹³ Convention 80/934/CEE du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE n° C 27 du 26 janvier 1998, p. 34 (version consolidée), entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. V. le rapport Giuliano-Lagarde : JOCE n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1-50. Sur cette convention, V. not. 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 ; H. GAUDEMET-TALLON : « Le nouveau droit international privé européen des contrats », *RTDE* 1981, p. 214 ; P. LAGARDE : « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287 ; C. KESSEDJIAN : « La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – vingt ans après », in *Private law in the international arena, Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haye, TMC Asser Press, 2000, p. 329.

¹⁴ A vrai dire, les liens entre la convention de Rome et la Communauté européenne sont discutés. Cette convention n'est pas fondée formellement sur le traité CEE, ce qui n'empêche toutefois pas certains auteurs de considérer qu'elle est rattachée à l'ex-article 220. V. Y.-H. LELEU, « Nécessité et moyens d'une harmonisation

Dans ce contexte, le droit international privé est envisagé sous l'angle de sa contribution aux objectifs du droit communautaire, la mise en place de règles uniformes en droit international privé étant perçue comme un moyen de favoriser la libre circulation au sein de l'Union dans la mesure où elles sont un vecteur de sécurité juridique.

Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1999 a marqué une étape décisive dans les rapports entre droit communautaire et droit international privé. En transférant une partie du troisième pilier, englobant la coopération judiciaire en matière civile, à la compétence de la Communauté,¹⁵ il a fourni à cette dernière les bases juridiques lui permettant d'adopter des règlements touchant directement au droit international privé. Ces nouvelles compétences ainsi communautarisées ont été regroupées dans un titre IV¹⁶ intitulé « *visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes* ». Elles visent, selon l'article 61 du traité CE, à « *mettre en place progressivement un espace de liberté, de sécurité et de justice* ». Ce texte ajoute qu'à cette fin, le Conseil arrête « *des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile, visées à l'article 65* ». Ce dernier dispose que « *les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, qui doivent être prises [selon une procédure décrite à l'article 67 du traité CE] et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, visent entre autre à (...) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence (...)* » L'article 65 constitue la première base

des règles de transmission successorale en Europe », *Eur. Rev. of Private Law* 1998, p. 159-194, spéc. p. 189, n° 71. Il est vrai que le processus d'élaboration de la convention enseigne que celle-ci a été présentée comme fondée sur l'article 220 TCE jusqu'à l'ordre du jour de la conférence des ministres de la Justice réunis dans le cadre du Conseil le 26 novembre 1974 (V. I. SCHWARTZ, « Article 220 », *comm. Mégret*, vol. XV, dispositions générales et finales, Bruxelles, éd. de l'Université, 1987, p. 333-417, spéc. p. 381, n° 120.) En outre, elle se démarque des conventions internationales traditionnelles par son caractère « fermé ». En effet, seuls les Etats membres de la Communauté furent invités à la ratifier et les nouveaux Etats se joignant à l'Union doivent y adhérer. Aussi certains auteurs considèrent que la convention de Rome doit être requalifiée en convention de l'article 293 TCE. V. not. Ph.-E. PARTSCH, thèse préc. note 5, spéc. p. 170 et s., n° 165 et s. L'auteur estime plus précisément que la convention entre dans le domaine des premier et quatrième tirets de l'article 293 et cite en ce sens le compte-rendu des experts gouvernementaux en droit international privé des 20-22 octobre 1969, doc. 21177/XIV/69, p. 7. V. thèse préc., spéc. p. 170, note 565.

¹⁵ Pour des commentaires, à propos de la communautarisation de la coopération judiciaire en matière civile, et notamment sa portée pour le droit international privé, V. not. LABAYLE, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE* 1997, p. 813 ; E. JAYME et Ch. KOHLER, « Europäisches Kollisionsrecht 1997 – Vergemeinschaftung durch « Säulenwechsel » ? *IPRax* 1997, p. 385 ; J. BASEDOW, « Die Harmonisierung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam », *Europ. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1997, p. 609 ; « The Communautarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review* 2000, p. 687 ; Ch. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *RCDIP* 1999, p. 1 ; J. ISRAËL, « Conflicts of Laws and the EC after Amsterdam : A Change for the Worse? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2000, p. 81. V. égal. la thèse de Ph.-E. PARTSCH préc. L'auteur y consacre sa deuxième partie à l'étude de l'incidence de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam sur le rapprochement des droits internationaux privés des Etats membres (spéc. p. 231 et s.)

¹⁶ Plus précisément, il s'agit du titre IV de la troisième partie du Traité CE (intitulée « Les politiques de la Communauté »).

d'action de la Communauté visant expressément certaines matières de droit international privé.¹⁷

Bien que la portée, dans ce domaine, de cette nouvelle base juridique ait été, au lendemain de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, interprétée par certains auteurs de façon restrictive¹⁸, ce débat concernant l'article 65 TCE a largement perdu son intérêt en raison de l'adoption de plusieurs règlements concernant le droit international privé sur la base de ce texte.¹⁹ C'est d'ailleurs sur le fondement de celui-ci qu'est actuellement entrepris le reformatage de la convention de Rome en règlement communautaire²⁰.

Le cadre institutionnel auquel sont rattachées les vastes compétences communautaires en droit international privé montre que ce dernier n'est plus perçu exclusivement comme un instrument visant à servir les objectifs purement économiques de l'Union. En effet, les personnes visées par l'intitulé du titre IV sont dépourvues de connotation économique.

On constate ainsi qu'au fil d'une évolution relativement rapide, le droit communautaire, prenant de plus en plus conscience de l'utilité du droit international privé pour parvenir à ses objectifs, s'est mis à s'intéresser à lui. Face au constat d'une impossibilité de procéder à l'unification des droits substantiels nationaux, les rapports entre les deux matières doivent

¹⁷ Toutefois, le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande ont adhéré à un statut dérogatoire en vertu duquel ils ne seront pas liés par les actes adoptés sur la base du titre IV. Ils bénéficient cependant, dans des mesures variables, de clauses d'*opt in*.

¹⁸ V. not. Ch. KOHLER, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam » préc. note 15, spéc. p. 15 et s. *Contra* V. la démonstration de Ph.-E. PARTSCH, dans sa thèse préc. note 5, spéc. p. 305 et s., n° 323 et s.

¹⁹ Il s'agit des règlements n° 1347/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs (« Bruxelles II »), *JOCE* n° L 160 du 30 juin 2000, p. 19. Ce règlement a été remplacé et abrogé par le règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *JOCE* n° L 338 du 23 décembre 2003, p. 1 ; n° 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOCE* n° L 160 du 30 juin 2000, p. 1 ; n° 1348/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matières civile et commerciale, *JOCE* n° L 160 du 30 juin 2000, p. 37 ; n° 44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »), *JOCE* n° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1 ; n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 174 du 27 juin 2001, p. 1. V. également la proposition du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), présentée par la Commission le 22 juillet 2003 (COM (2003) 427 final) ainsi que la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), présentée par la Commission le 15 décembre 2005 (COM (2005) 650 final).

²⁰ V. la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), présentée par la Commission le 15 décembre 2005, COM (2005) 650 final, *JDI* 2006, p. 404 ; *JCP éd. G* 2005, *act.*, 1791. V. not. C. CASTETS-RENARD : « Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) : conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle », *D.* 2006, n° 22, *Point de vue*, p. 1522 ; P. LAGARDE : « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *RCDIP* 2006, p. 331. [Note de l'auteur : cet article était en publication lors de l'impression de la présente étude.]

désormais être envisagés sous l'angle de leur complémentarité, permettant leur enrichissement mutuel. Si bien qu'en ce début de XXI^{ème} siècle, une mission difficile mais passionnante s'offre aux juristes : la recherche d'une combinaison fructueuse entre les deux matières. Le reformatage en cours de la convention de Rome en instrument communautaire offre précisément un terrain de mise en œuvre de cette combinaison.

5. Cette perspective de complémentarité entre droit international privé et droit communautaire ne doit cependant pas occulter la complexité des rapports qu'entretiennent les deux matières. Une comparaison sommaire entre celles-ci permettra de rendre compte de cette complexité. Elles ont pour point commun de gérer des situations transfrontières. En effet, par définition, le droit des conflits de lois, subdivision du droit international privé, a pour objet de coordonner les droits privés nationaux. Il postule la diversité des droits. De son côté, le droit communautaire s'intéresse par nature aux relations débordant le cadre purement national. En effet, comme l'écrit M. FALLON, il s'analyse en « *un droit des flux transfrontières. Sa dimension spatiale lui est congénitale* »²¹. Son intervention même, dans le domaine des entraves, postule l'existence, au cas d'espèce, d'un conflit entre diverses lois nationales. Cependant, les deux matières appréhendent l'internationalité différemment. Alors que l'internationalité de la situation juridique conditionne la mise en œuvre des règles du droit international privé, pour le droit communautaire, « *le critère de l'internationalité de la situation concrète importe moins que le critère de l'effet transfrontière de la mesure elle-même, qui constitue l'objet de la norme communautaire.* »²²

Par ailleurs, le droit communautaire est aux antipodes de la neutralité si longtemps attribuée à la règle de conflit de lois. Son mode de raisonnement est en effet essentiellement centré sur ses objectifs propres ; c'est dire que son approche est clairement substantielle. Ce raisonnement téléologique permet de comprendre l'évolution de la structure, en particulier son extension considérable à toutes les catégories juridiques connues en droit interne. Il conduit par ailleurs à un chevauchement des différents critères d'application traditionnellement employés pour déterminer le champ d'application d'une norme juridique. La question de la délimitation du domaine spatial n'échappe pas à ce constat, si bien que l'on peut dire que le droit communautaire tend à « brouiller » les frontières entre règles matérielles

²¹ « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 31-80, spéc. p. 39, n° 10.

²² V. M. FALLON, *Droit matériel général des Communautés européennes*, Bruylant-Academia, 2^{ème} éd. 2002, p. 123.

et règles conflictuelles, dans la mesure où son domaine d'application matériel conditionne son champ d'application spatial.

6. Un autre facteur de complexité est lié à l'originalité de la structure communautaire. Puisque celle-ci vient s'ajouter aux systèmes juridiques nationaux, l'ensemble aboutit à la superposition d'ordres juridiques. Deux angles d'observation différents doivent dès lors être mis en évidence : d'un côté, l'angle communautaire ; de l'autre, l'angle national. Lorsque l'on étudie les rapports entre droit communautaire et droits nationaux, on peut en effet se placer soit du point de vue national, soit du point de vue communautaire²³. Le droit communautaire adopte une approche moniste, en ce sens qu'il raisonne à partir d'un seul ordre juridique. Mais l'on verra que cette vision occulte les disparités provenant de la transposition des directives dans les différents ordres juridiques nationaux. Elle ne rend pas compte de la complexité de la structure qui, loin de former une unité, est un ensemble constitué de diversités. Si bien que loin de disparaître, l'internationalité se « dédouble » en une internationalité interne et une internationalité externe²⁴. Outre le caractère pédagogique de la distinction, celle-ci présente l'intérêt d'expliquer la complexité des rapports qu'entretiennent le droit international privé et le droit communautaire.

En effet, la structure communautaire, ordre juridique autonome, est amenée à nouer des relations avec les pays tiers. Apparaît alors un autre angle d'observation conduisant à se placer du point de vue de l'ordre juridique communautaire pour envisager ses rapports avec les Etats tiers. Et dans la mesure où les Etats membres demeurent des entités juridiques à part entière sur la scène internationale, il faudra veiller notamment à la cohérence entre les règles de droit international privé éventuellement élaborées entre ces Etats et des pays tiers, essentiellement dans le cadre de la conférence de droit international de La Haye. Se pose aussi plus fondamentalement la question de la place des organes communautaires dans la négociation de traités internationaux visant à unifier les règles de droit international privé ainsi que celle de savoir si les Etats membres ne vont pas se détourner des conventions de La Haye dont la négociation est toujours très laborieuse, pour préférer se concentrer sur des

²³ V. sur ce point l'analyse menée à partir du concept d'ordre public par S. POILLOT-PERUZZETTO : « Ordre public et droit communautaire », *D. S.* 1993, *chron.* p. 177-182.

²⁴ Cette distinction est due à J.-S. BERGÉ. L'internationalité externe du droit communautaire « (...) permet d'affirmer l'existence autonome d'un ordre juridique communautaire, capable de régir des situations internationales externes et d'entretenir des liens avec des pays tiers et des organisations internationales. Quant à l'internationalité interne du droit communautaire, elle montre que les rapports qui se nouent au sein de l'espace commun européen conservent (...) une nature internationale. » V. « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *TCFDIP* 2005/2006, Pédone, Paris, 2007, à paraître.

solutions de droit international privé propres à l'Union²⁵. Ces questions sont évoquées ici pour illustrer la complexité qu'engendre, au regard du droit international public, la mise en place de structures d'intégration régionales, mais elles ne seront guère abordées par la suite car elles relèvent de la problématique générale des rapports entre droit international et droit communautaire et ne sont pas propres à l'ordre public.

7. Les compétences récemment dévolues au droit communautaire en vue de l'élaboration de règles de droit international privé sont l'occasion de clarifier les rapports entre les deux matières. Elles invitent à une réflexion portant sur les éventuelles spécificités, tant de méthode que de contenu, d'un droit international privé de source communautaire. En ce qui concerne les méthodes du droit international privé communautaire, des auteurs ont souligné les spécificités tenant à la nature des conflits de lois et à la méthode de leur règlement dans le cadre communautaire. De façon plus audacieuse, le phénomène observé d'autodélimitation de sa sphère d'application par le droit communautaire a conduit certains auteurs à prôner une généralisation de la méthode unilatérale dans la détermination du champ d'application spatial du droit communautaire. Cette thèse aboutit à une remise en cause totale du schéma bilatéral actuellement largement répandu en droit international privé européen comparé. Dans la mesure où elle a inmanquablement un impact sur le processus de communautarisation en cours de la convention de Rome dont les règles sont essentiellement bilatérales, il faudra l'analyser et en porter une appréciation.

La détermination de la mesure des spécificités du contenu de ce qu'il conviendrait de nommer un droit international privé de source communautaire appelle certainement une distinction selon que l'on envisage les relations intracommunautaires ou les relations impliquant un Etat membre et un Etat extérieur à l'Union.

A l'égard des Etats tiers, une fois surmontée la difficulté liée à la base juridique du traité, il ne devrait *a priori* pas présenter de particularités. Ici, les libertés communautaires ne devraient pas avoir d'emprise²⁶. A l'instar de ce que l'on a pu observer à travers l'évolution des droits internationaux privés nationaux respectifs des Etats membres, le droit communautaire peut chercher à assurer la protection d'une partie en situation d'infériorité. Car le projet

²⁵ V. É. PATAUT, « De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 661.

²⁶ V. en ce sens J.-S. BERGÉ, pour qui, « (d)ans les rapports internes à la Communauté, le poids du droit communautaire sur les solutions de droit international privé est peut-être plus fort que dans les rapports externes où son influence est sans doute plus inégale et moins urgente. Le droit communautaire, ses valeurs, ses objectifs, ses principes et ses règles sont donc de nature à exercer une influence variable, selon que la situation internationale est interne ou externe à la Communauté. » *Op. cit.* note 24.

communautaire ne se résume plus à un rapprochement des législations nationales dans le but d'assurer une circulation maximale des richesses. Des objectifs qui dépassent ses préoccupations initialement purement mercantiles ont fait surface, telle la protection des consommateurs, de l'environnement ; et de telles valeurs sont promues également pour elles-mêmes, et pas seulement en raison des distorsions de concurrence qui pourraient résulter d'une disparité entre les législations nationales. Dans ces conditions, le droit international privé communautaire rejoint une fonction relativement récemment assumée par le droit international privé contemporain, qui tend à perdre sa neutralité et à assurer un résultat substantiel. En somme, il se fait le reflet d'une impérativité interne. Ainsi, le législateur communautaire peut vouloir étendre le domaine d'application spatial de certaines normes revêtant à ses yeux une impérativité toute particulière, à l'image du phénomène observé en droit international privé comparé.

En revanche, s'agissant des relations intracommunautaires, le droit communautaire substantiel semble *a priori* davantage en mesure d'infléchir les règles traditionnelles du droit international privé, imprimant ainsi une certaine spécificité au droit international privé communautaire. Cependant, l'incertitude pèse sur la mesure exacte de cet infléchissement, notamment en raison de l'approche casuistique et très concrète du droit communautaire. En outre, ce constat est très certainement lié au manque de préméditation du projet communautaire lui-même, en ce sens que les questions juridiques s'y découvrent au jour le jour. L'impression qui en ressort est celle d'une évolution en cours, nécessairement en proie à certaines hésitations qui se traduisent par des zones d'ombre au plan juridique.

8. En effet, le droit communautaire, on aura l'occasion de le constater, est largement empreint de considérations diverses, souvent contradictoires. L'impression générale est celle d'une structure qui cherche son identité. Ainsi, il hésite notamment entre unification/harmonisation des législations matérielles nationales, unification/harmonisation des législations conflictuelles nationales ; lorsqu'il envisage de rapprocher le droit des conflits de lois, il n'exprime pas toujours clairement ses ambitions, et surtout, on s'interroge sur la place qu'il convient de réserver aux exigences induites par le droit communautaire dans l'élaboration de règles de conflit revêtant par ailleurs un caractère universel ; lorsqu'il rapproche les droits substantiels nationaux, différents motifs parfois antagonistes justifieront son initiative : il s'agira ainsi d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur dans le cadre d'une concurrence saine tout en protégeant une partie faible ; il hésitera également sur l'ampleur de l'harmonisation : faut-il une harmonisation totale ou minimale ? Et quelle place conférer aux concepts d'intérêt général et de reconnaissance mutuelle ?

Logiquement, ces nombreuses incertitudes se concentrent essentiellement en matière d'ordre public. Par exemple, actuellement la question est débattue de savoir si, dans une matière harmonisée sur une base minimale en vertu du droit communautaire, le juge du for peut imposer, face à la loi d'un autre Etat membre, une loi plus protectrice. Il semble en tout état de cause qu'il puisse très difficilement le faire (et sans doute de plus en plus difficilement à l'avenir en raison de l'harmonisation croissante) par le recours à une loi de police ou à l'exception d'ordre public international. En effet, la plupart du temps, un tel procédé dérogatoire ne sera ni conforme aux exigences proprement communautaires, ni au souci de sécurité juridique partagé par le droit communautaire et le droit international privé.

9. Ce contexte empreint de complexité présente en tout cas l'immense avantage d'offrir aux juristes de tous horizons (praticiens et universitaires) l'opportunité de participer à l'élaboration de solutions inédites adaptées à la construction qui se profile. Mais encore faut-il s'accorder sur le modèle communautaire. C'est dire que les questions juridiques soulevées par la construction communautaire, en particulier quant à ses rapports avec le droit international privé, sont indissociables de considérations politiques. A cet égard, en raison de son caractère inédit ainsi que du contexte de sa genèse, elle est ouverte à toutes les utopies. De fait, on peut légitimement placer en elle de nombreux espoirs : l'Europe n'est-elle pas née avant tout d'une volonté de mettre fin définitivement, sur le territoire européen, aux guerres qui l'ont naguère tant déchirée ? En œuvrant en vue d'un rapprochement entre les peuples, elle apparaît comme un bel exemple de progrès de l'humanité, dans une période pourtant où l'on serait parfois tenté de penser que l'homme court à sa perte, réalisant les scénarios les plus catastrophiques décrits par les auteurs de science-fiction.

S'il est évident qu'elle a considérablement contribué à accélérer la cicatrisation des blessures d'après-guerre, l'échec récent du référendum est là pour apaiser l'euphorie et montrer qu'il ne faut pas surestimer les larges progrès occasionnés par la construction européenne. Cela étant, il ne faudrait pas non plus verser dans le pessimisme et amplifier les effets de ce coup d'arrêt porté à la construction communautaire. Car il serait erroné d'interpréter ce rejet comme celui du rejet d'une Europe politique. Il semble bien davantage traduire une crainte compréhensible, du moins si l'on part du postulat que généralement, l'homme redoute ce qu'il ne connaît pas. Or, on vient de voir que précisément, l'aventure européenne mène essentiellement vers l'inconnu.

10. Les enjeux politiques sous-tendant la construction européenne ont évidemment des répercussions juridiques. Le droit des conflits de lois est directement concerné. En effet, le contexte communautaire fait ressortir tous les enjeux sous-tendant les solutions du conflit de

lois. Ainsi, pour s'en tenir à un schéma classique opposant les partisans d'une Europe libérale à une Europe plus « sociale », les premiers auront tendance à vouloir défendre l'application d'une loi favorable aux entrepreneurs, quitte à laisser de côté les préoccupations liées au progrès social. Il s'agira alors d'instrumentaliser le droit international privé au profit des entreprises en leur permettant par exemple de revendiquer l'application de la loi la moins « entravante ». On parle alors de *favor offerentis*. En permettant à un opérateur de bénéficier de l'application de la loi de son pays d'origine pour régir les contrats qu'il passe avec des consommateurs établis dans un autre Etat membre de l'Union, on prétend alléger ses coûts, puisqu'il peut proposer les mêmes contrats à l'ensemble de sa clientèle au sein de l'Union. Mais le risque est d'encourager un nivellement des législations vers le bas. En effet, les entrepreneurs locaux, soumis à une législation plus favorable aux consommateurs et donc plus lourde, se voient exposés à la concurrence des opérateurs s'implantant sur ce marché et qui, par hypothèse, bénéficient d'une législation moins contraignante, leur permettant de proposer des produits moins onéreux. Le législateur national peut alors être tenté de modifier sa législation en abaissant le niveau de protection des consommateurs pour assurer la survie des entrepreneurs locaux. Le même schéma se retrouve en droit du travail, où les enjeux se focalisent sur le coût de la protection sociale, notamment les salaires. Le débat est maintenant bien connu et a pris une tournure médiatique à l'occasion de la discussion autour de la directive dite « Bolkestein ». Et même s'il n'est guère mentionné par les médias, le droit international privé est directement concerné par cette directive.

11. Eu égard au contexte politico-juridique dans lequel ils sont amenés à se développer, les rapports qu'entretiennent le droit communautaire et le droit international privé promettent donc d'être particulièrement complexes, et parfois ambigus. On sait, en effet, que le droit communautaire définit son domaine en considération de la notion d'entrave. Or l'on éprouve quelques difficultés à donner une réponse à la question de savoir si la diversité législative en elle-même constitue une entrave. La position du droit communautaire est ambiguë, voire contradictoire sur cette question²⁷ ; de son côté, l'expérience américaine présentée en France

²⁷ Pour sa part, la Cour de justice, dans l'arrêt *Phil Collins* du 20 octobre 1993, (affaires jointes C-92/92 et C-326/92, *Rec.* 1993, p. I-5145), par exemple, a laissé entendre que la diversité des législations des Etats membres, en elle-même, ne pouvait caractériser une entrave. En effet, selon les Hauts Magistrats, « *Il est constant que l'article 7 ne vise pas les éventuelles disparités de traitement et les distorsions qui peuvent résulter, pour les personnes et les entreprises soumises à la juridiction de la Communauté, des divergences existant entre les législations des différents Etats membres, dès lors que celles-ci affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité* » (point 30). Exprimant cette même idée, V. not. CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-376/98, *Rec.*, p. I-8419, attendu n° 84. Mais lorsqu'il adopte une mesure en vue de rapprocher les droits nationaux, les considérants de l'instrument en cause expriment souvent l'idée selon laquelle la diversité des droits nationaux est un frein aux échanges. V. par ex. le 4^{ème} considérant de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative

par certains auteurs²⁸ tend à démontrer tous les bienfaits de la diversité législative ; tandis que d'autres pensent que le seul moyen d'assurer les conditions d'une concurrence saine, c'est de procéder à une harmonisation non pas minimale mais totale des droits nationaux.²⁹ Mais si l'expérience américaine, dont le système fédéral constitue le terrain privilégié de l'analyse économique du droit, est un élément devant être pris en compte dans l'entreprise de recherche de solutions optimales dans les relations entre droit communautaire et droit international privé, c'est certainement pour mieux faire ressortir toute la distance qui la sépare de l'originalité de la construction européenne.

Car s'il est possible de faire un rapprochement entre la construction communautaire et d'autres structures de type fédéral, le projet communautaire obéit à un modèle original. Son originalité, c'est d'être composée d'une diversité. Il ne s'agit pas de mettre en concurrence les

aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (JOCE n° L 149 du 11 juin 2005, p. 22-39) selon lequel les disparités des dispositions législatives des Etats membres en matière de publicité trompeuse et de pratiques commerciales déloyales « entraînent une incertitude quant aux règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et créent de nombreuses entraves touchant les entreprises et les consommateurs. Ces entraves augmentent le coût à supporter par les entreprises pour exercer les libertés liées au marché intérieur (...) » Mais surtout, l'idée selon laquelle la diversité des droits substantiels nationaux serait un frein à la réalisation du marché intérieur transparait derrière la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats. V. COM (2001) 398 final, JOCE n° C 255 du 13 septembre 2001, p. 1 ; Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil « Un droit européen des contrats plus cohérent – Un plan d'action », COM (2003) 68 final, JOCE n° C 63 du 15 mars 2003, p. 1. Celles-ci ont fait couler beaucoup d'encre. V. notamment B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTDCiv.* 2002, p. 463 ; N. CHARBIT, « L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats », *JCP éd. G* 2002, I, 100 ; G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, *chron.*, p. 351 ; , p. 351 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. Von Bar », *D.* 2002, *chron.*, p. 2202 ; « Vers un code civil européen », *Pouvoirs* 2003, p. 107 ; Ph. MALAURIE, « Le code européen des obligations et des contrats – Une question toujours ouverte », *JCP éd. G* 2002, I, n° 110, p. 281 ; Ph. MALINVAUD, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats », *D.* 2002, *chron.*, p. 2542 ; V. HEUZE, « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP éd. G* 2002, I, n° 152 ; J. HUET, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, *point de vue*, p. 2611 ; J.-B. RACINE, « Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe ? », *RDUE* 2003, p. 869 ; M. L. RUFFINI GANDOLFI, « Problèmes d'unification du droit en Europe et le code européen de contrats », *RIDC* 2002, p. 1075 ; H. J. SONNENBERGER, « L'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? », *RCDIP* 2002, p. 405 ; D. STEUDENMAYER, « Un instrument optionnel en droit européen des contrats », *RTDCiv.* 2003, p. 629.

²⁸ V. H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, É. PATAUT (dir.) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p.145 et s..

²⁹ Par exemple, M. CALAIS-AULOY dénonce les inconvénients découlant d'une harmonisation minimale. Selon l'auteur, elle a pris la forme d'un mécanisme complexe visant à arbitrer entre deux impératifs contradictoires, à savoir d'un côté, la protection des consommateurs ; de l'autre, la libre circulation des marchandises. Dès lors, pour lui, « (l) respect simultané de ces deux impératifs ne peut venir que d'un rapprochement positif des législations nationales. V. « Un code européen de la consommation ? », in *Vers un code européen de la consommation*, actes et débats du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 399, spéc. p. 404. L'auteur est donc clairement en faveur d'une harmonisation maximale. Appliquée aux contrats de prêts souscrits par des particuliers, cette opinion « requiert que des équilibres soient trouvés au niveau communautaire entre les exigences de la protection des emprunteurs et celles du marché intérieur. » V. A. GOURIO, « Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe », *Rev. dr. bancaire et financier*, mars/avril 2003, p. 128 à 147, spéc. p. 147. V. aussi les initiatives de la Commission (v. les réf. note 27) en vue de procéder à l'élaboration d'un droit européen des contrats.

législations nationales mais de chercher à coordonner les droits nationaux³⁰. A partir du moment où l'on en arrive à cette conclusion, on peut penser que le droit international privé, dans la mesure où il a pour fonction précisément de coordonner les droits nationaux, pourrait bien être, non sans quelque paradoxe eu égard à ce que laissaient présager les dissemblances entre les deux disciplines, l'avenir du droit communautaire.

12. En effet, le droit communautaire ayant abandonné l'idée de procéder à une harmonisation des droits substantiels nationaux, il s'ensuit que leur coordination revêt une importance essentielle dans un cadre juridique marqué par la diversité législative. Dès lors, le droit international privé, qui a précisément pour objet de coordonner les droits nationaux, peut être amené à jouer un rôle de tout premier plan dans le contexte communautaire, en tant que méthode visant à gérer la diversité législative.

Car par-delà la variété des initiatives communautaires et les incertitudes qui les accompagnent, et nonobstant les antagonismes apparents entre droit international privé et droit communautaire, il semble finalement possible de trouver un fil conducteur permettant de combiner harmonieusement les deux matières. Pour y parvenir, il faut trouver le dénominateur commun à toutes les initiatives communautaires visant à gérer la diversité législative. Et il semble que celui-ci soit incarné par l'objectif de sécurité juridique. Car au fond, dans le débat concernant la loi d'origine, ce qui importe avant tout aux opérateurs, c'est de connaître la loi applicable à leurs contrats. Or, s'il est une méthode à même de satisfaire ce besoin de sécurité juridique, c'est bien la règle de conflit bilatérale, mais à condition qu'elle soit unifiée sur le territoire communautaire. De telles règles existent déjà, et l'on verra notamment que les règles générales de la convention de Rome sont conformes aux exigences communautaires. Reste que cette méthode subit la concurrence des lois de police.

Dans ce contexte apparaît tout l'intérêt d'élargir le domaine de la méthode des dispositions impératives protectrices. On verra, en effet, qu'elle recèle des potentialités en vue d'un perfectionnement des outils du droit international privé et qu'elle a la grande vertu de contribuer efficacement à l'éradication des lois de police. Ce faisant, cette méthode favorise la sécurité juridique. Car dès lors que l'on passe par le biais d'une règle de conflit bilatérale, assurant l'application des dispositions impératives protectrices selon un facteur de rattachement prédéterminé et unique sur tout le territoire, point n'est besoin de recourir aux

³⁰ V. la formule employée par J.-S. BERGÉ qui évoque l'idée d'un trio concurrence/ libre circulation/ harmonisation : « *Le droit communautaire harmonise dans un contexte de libre circulation dans le but de préserver les conditions d'une saine concurrence.* » V. « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 113. Rapp. la Cour de justice a estimé que la Communauté était une communauté de droit. V. par ex. CJCE, 13 juillet 1990, *Zwartveld*, aff. C-2/88, *Rec.*, p. I-3365, attendu n° 16.

lois de police et la sécurité juridique est du même coup préservée. L'unification et l'élargissement du domaine des règles de conflit bilatérales protectrices paraissent un bon compromis permettant de respecter tout à la fois la sécurité juridique, le traitement égal des relations intracommunautaires et extracommunautaires et enfin, les conditions d'une concurrence saine au sein de l'Union, évitant par la même occasion une « course vers le bas ». On le voit, il est tout à fait possible d'envisager, dans une perspective de complémentarité, un enrichissement mutuel entre droit communautaire et droit international privé.

13. Pourtant, les deux matières se sont très longtemps ignorées. Elles empruntaient en effet des chemins parallèles, sans jamais vraiment se rencontrer³¹. Cependant, des heurts se sont produits dans les domaines dans lesquels le droit international privé perd sa neutralité. Et il en va ainsi particulièrement dans ceux marqués du sceau de l'ordre public.

Il n'y a dès lors rien de surprenant à constater que c'est ici, dans les domaines de l'ordre public et de l'impérativité, que réside le « nœud », c'est-à-dire le point qui concentre les plus grosses difficultés dans les relations entre droit communautaire et droit international privé. C'est ici que se focalisent tous les enjeux de l'évolution des relations entre les deux matières. Et comme c'est certainement pour l'instant le droit des contrats, - dont le lien avec les préoccupations initialement purement économiques du droit communautaire est évident -, qui paraît le terrain le plus fertile à l'épanouissement des rapports entre droit communautaire et droit international privé, il offre à ce titre un cadre d'analyse privilégié.

Le concept d'ordre public est largement galvaudé de nos jours, sans doute en raison de son omnipotence. Or il nous semble que la dissociation des notions d'ordre public et d'impérativité permet de mieux appréhender le phénomène de l'ordre public en général. De même, projetée en droit international privé, elle semble utile en vue de mieux comprendre la diversité des mécanismes intéressant l'ordre public. Un chapitre préliminaire sera donc consacré à quelques clarifications conceptuelles en matière d'ordre public et d'impérativité. Elles permettront de mieux cerner les notions de loi de police et de disposition impérative protectrice dont la distinction nous semble fondamentale dans le processus de perfectionnement des solutions actuelles du droit international privé.

14. Dès lors, la possible combinaison entre droit communautaire et droit international privé ayant été mise en évidence, elle trouvera un terrain de prédilection à propos de la clarification des domaines respectifs des lois de police et des dispositions impératives protectrices. Cependant, une telle combinaison n'est envisageable qu'à condition d'avoir montré, au

³¹ V. J.-S. BERGÉ, not. « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen » préc. note 30, spéc. p. 132/133, n° 20.

préalable, que le droit communautaire n'appelait pas à un bouleversement du droit international privé traditionnel. Des recherches concernant les spécificités éventuelles d'un droit international privé de source communautaire (1^{ère} partie) doivent donc être menées avant d'envisager les perspectives d'un perfectionnement des mécanismes du droit international privé en matière d'ordre public *via* une combinaison entre droit communautaire et droit international privé (2^{ème} partie).

Chapitre préliminaire : De quelques clarifications conceptuelles en matières d'ordre public et d'impérativité (droit substantiel et droit international privé.)

15. L'ordre public est un concept inhérent au droit³². Il apparaît en effet dans toutes les disciplines juridiques. Il est au cœur du droit. Notion hétérogène et relative, elle recouvre des domaines que les systèmes juridiques entendent soustraire à l'autonomie de la volonté. Cette esquisse de définition, même approximative, permet de rendre compte du rôle fondamental que l'ordre public joue dans tout système juridique. Si l'ordre public est empreint d'« ubiquité », l'on pressent que des tensions ne manqueront pas de surgir entre divers impératifs éventuellement contradictoires. Ces zones de tension peuvent apparaître naturellement entre deux branches du droit ; mais elles peuvent également être occasionnées par des désaccords entre les autorités prescriptrices dont le nombre s'est multiplié ces dernières décennies. En effet, étant une notion au cœur du droit, l'ordre public doit pouvoir être décelé par toutes les autorités du droit : le législateur, mais aussi le juge. Une conséquence découle donc de ce qui précède : l'appréhension de l'ordre public doit nécessairement se faire dans l'optique de la recherche d'un équilibre global entre différents impératifs.

16. C'est un lieu commun que d'affirmer que le concept d'ordre public est particulièrement délicat à définir. M. MALAURIE, dans sa thèse consacrée à l'ordre public en matière de contrats³³, en a recensé une pléthore de définitions. Parmi celles-ci figure la célèbre image empruntée à Lord Denning, qui évoque le « *unruly horse* ». Elle illustre, il est vrai, à merveille le caractère insaisissable de l'ordre public. Cette insaisissabilité conceptuelle est liée aux principaux traits caractéristiques de la notion qui est particulièrement relative, hétérogène, changeante. C'est dire qu'il faut relativiser l'échec des nombreuses tentatives visant à la cerner étroitement. Finalement, plutôt que de partir en quête d'une notion par hypothèse insaisissable, une entreprise plus fructueuse consiste à rechercher les approches pertinentes de l'ordre public dans un domaine clairement circonscrit, en l'occurrence, le droit

³² Sur ce concept en général en droit privé, V. not. récemment : *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996 ; « L'ordre public », *Travaux de l'association Henri Capitant*, journées libanaises, tome XLIX/1998, LGDJ ; FAUVARQUE-CAUSSON (Bénédicte): « L'ordre public », in Université Panthéon-Assas, *Le Code civil – un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473-493. Pour une étude récente de droit interne et droit international privé, V. BODEN (D.): *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002.

³³ Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, thèse Paris, 1953. L'auteur y fait notamment un tour d'horizon des différentes définitions de l'ordre public. V. également, du même auteur : « L'ordre public ne varie-t-il pas avec la longueur des pieds des magistrats ? », *D.* 1956, *jurisp.*, p. 517 ; « Rapport de synthèse » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle* préc., p. 105.

international privé européen des contrats. Mais, tirant les conséquences des enseignements de BARTIN pour qui le droit international privé est le reflet du droit interne³⁴, c'est du droit substantiel que l'analyse partira (section I). On verra ensuite comment se traduit, en droit international privé qui est réputé comme étant un droit de méthodes, cette hétérogénéité conceptuelle rencontrée en droit interne à propos de l'ordre public (section II).

Section I : *L'approche classique de droit interne.*

17. Le seul moyen permettant de cerner quelque peu l'ordre public consiste, après avoir dégagé le socle minimum commun à tous les ordres publics catégoriels (I), à se confiner dans un domaine précis et à rechercher quelles en sont les approches pertinentes. Ainsi, en matière de contrats en particulier, la distinction classique entre ordre public de protection et ordre public de direction paraît revêtir une importance primordiale (II). Elle doit cependant être complétée par d'autres distinctions qui permettront de comprendre, par la suite, les mécanismes relatifs à l'ordre public en droit international privé (III).

§ I : Principaux traits caractéristiques de l'ordre public.

18. Il faut dans un premier temps clarifier les rapports qu'entretiennent les notions d'impérativité et d'ordre public (A), avant d'étudier un trait incontesté de l'ordre public, à savoir l'hétérogénéité (B).

A. Relations entre ordre public et impérativité.

19. Pour le doyen CORNU³⁵, dans une acception de droit privé, l'ordre public désigne une « *Norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions (C.civ., article 6) ; norme qui, exprimée ou non dans une loi, correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques, etc.) considérées comme essentielles au fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens, l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie*

³⁴ Il est inutile de revenir sur le lien unissant droit interne et droit international privé, qui est d'ailleurs bien mis en évidence à l'occasion de l'étude de certains phénomènes tel que l'ordre public. On renverra à ce sujet essentiellement aux ouvrages de BARTIN : *Etudes de droit international privé*, 1889 et *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat Montchrestien, 3 vol. : t. I, 1930 ; t. II, 1932 ; t. III, 1935. V. égal. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1^{ère} éd. 1956 ; 2^{ème} éd. 2002. Comp., plus récemment, GRAULICH selon lequel « *(l)es règles de conflit de chaque pays ne sont pas l'expression d'une vérité universelle ; elles sont bien plus le reflet de l'optique sous laquelle les relations privées sont considérées en droit interne, optique qui influe nécessairement sur la manière de les apprécier en droit international.* » V. « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 629 et s., spéc. p. 637.

³⁵ *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 8^{ème} éd. 2000, v. « ordre public ».

(ordre public économique) ou même à la sauvegarde de certains intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle). » Cette définition met en avant les deux aspects essentiels de l'ordre public. Ce dernier désigne ainsi un effet et un contenu.

Quant à l'effet de l'ordre public, il s'agit de la limitation à la volonté des particuliers que traduit son caractère impératif. Celui-ci est l'élément commun à la variété des expressions de l'ordre public.

Quant au contenu, la définition permet d'en saisir les principaux caractères qui sont la relativité et l'hétérogénéité. Elle met en effet en évidence une certaine variation d'intensité de l'ordre public, une graduation allant de la sauvegarde de certains intérêts particuliers à « l'intérêt vital de la société »³⁶. L'ordre public est donc susceptible de faire l'objet d'une définition large et d'une définition stricte. Il y a là une manifestation du caractère relatif de la notion. Une conception large y englobera des normes visant à assurer la protection d'intérêts purement privés. En revanche, une conception stricte refusera de rassembler dans le concept d'ordre public de telles normes pour ne retenir que celles destinées à préserver des intérêts collectifs fondamentaux.

20. Impératif³⁷, selon la définition tirée du vocabulaire juridique Capitant, signifie « *auquel la volonté individuelle ne peut déroger (C.civ., article 6) ; se dit d'un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'ordre public l'emportent sur toute volonté contraire que les particuliers auraient exprimée dans un acte juridique (...)* ». M. BODEN, dans sa thèse, présente trois acceptions de l'impérativité. Celle-ci désigne notamment le caractère obligatoire d'une norme « *par opposition aux normes qui interdisent ou qui permettent* » ; elle exprime aussi le caractère contraignant d'une norme, « *entendu comme la disposition de son auteur à exercer une pression sur son destinataire plutôt que de se contenter de lui adresser un simple conseil* »³⁸.

21. Il ressort de ces définitions que le caractère impératif exprime une conséquence de l'ordre public. On y retrouve l'une des composantes de l'ordre public tel que défini ci-dessus. Ce dernier concept englobe donc le critère tiré de l'impérativité. Mais il n'en est pourtant pas un synonyme dans la mesure où l'ordre public désigne en outre un contenu, contrairement au qualificatif « impératif » qui n'évoque qu'un effet : la limitation à la volonté individuelle. M.

³⁶ HEMARD, *Précis élémentaire*, I, n° 118, cité par G. FARJAT, in *L'ordre public économique*, LGDJ, Paris, 1963, n° 19, p. 29.

³⁷ L'adjectif « impératif » dérive du latin *imperativus* ; *imperare* signifie « commander ».

³⁸ V. thèse préc. note 32, spéc. p. 96 et s., n° 79 et s. Selon une dernière acception, l'impérativité désigne la « *prédominance hiérarchique d'une norme supérieure sur une norme inférieure* ».

Sur la distinction entre règle supplétive et règle impérative, V. récemment C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2004, spéc. 1^{ère} partie, p. 23 et s.

FARJAT, dans sa thèse, retient cette acception qui le conduit à envisager l'ordre public en tant que limite à l'autonomie de la volonté. Evoquant l'ordre public économique, l'auteur considère en effet qu'il traduit une « *simple antithèse de la liberté contractuelle* »³⁹. C'est le critère tiré de l'impérativité qui est mis en avant. Mais l'auteur conçoit également l'ordre public économique selon une approche conceptuelle comme l' « *expression juridique de l'ordre économique fondamental d'une société donnée* »⁴⁰. L'impérativité constituant en quelque sorte le « dénominateur commun » des ordres publics catégoriels, il n'y aura rien de paradoxal à constater que l'impérativité, tout en étant une seule composante de l'ordre public, permet d'en retenir la conception la plus large. L'impérativité désigne donc l'effet de l'ordre public, qui est commun à tous les ordres publics catégoriels.

B. L'hétérogénéité de l'ordre public ou la coexistence d'ordres publics.

22. L'hétérogénéité de l'ordre public se manifeste aussi bien à travers son contenu (1) qu'à travers son expression formelle (2).

1. L'hétérogénéité du contenu de l'ordre public.

23. Cette hétérogénéité de l'ordre public se manifeste sous différents angles : l'espace, le temps et la matière.

L'ordre public reflète constamment l'évolution générale de la société et en suit en quelque sorte les grands traits évolutifs. Il est possible d'ailleurs que les changements en la matière soient radicaux, en attestent par exemple les bouleversements survenus en matière de divorce et de séparation de corps suite à la réforme opérée par la loi du 11 juillet 1975 en France. Avant cette loi, et depuis l'instauration du divorce en France, les causes de divorce étaient très strictement encadrées puisque seul le divorce-sanction était envisageable. Et la tendance générale des juridictions était de refuser de prononcer, par application de la loi étrangère normalement désignée par la règle de conflit, un divorce fondé notamment sur le consentement mutuel des époux. Mais depuis cette loi, la faculté de divorcer doit certainement être considérée comme un droit reconnu en tout cas aux époux de nationalité française⁴¹ ; la

³⁹ *L'ordre public économique*, thèse préc. note 36, p. 31, n° 20.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 30, n° 20.

⁴¹ En ce sens, V. not. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8^{ème} éd. 2004, spéc. p. 350, n° 254-2. En jurisprudence, V. Cass., civ., 1^{er} avril 1981, *JDI* 1981, p. 812, note D. ALEXANDRE, *D.* 1982, *IR*, p. 196, *Gaz. Pal.* 1981. 2. 828, note LISBONNE. Dans cette décision, la Haute Juridiction a autorisé un époux français domicilié en France à demander le divorce contre son conjoint étranger en recourant à l'exception d'ordre public international, nonobstant l'article 310, alinéa 3 C.civ. Elle a en effet jugé que la loi étrangère normalement applicable, en ce qu'elle prohibait le divorce, était « *contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, pour un Français domicilié en France, de demander le divorce* ».

seule possibilité de procéder à un relâchement de l'union matrimoniale par la séparation de corps ne saurait être admise à y suppléer. La récente réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004, en consacrant un véritable « droit au divorce »⁴², conforte cette idée.

L'ordre public reflète également l'évolution générale du droit et en épouse logiquement les formes. C'est ainsi que la tendance contemporaine de spécialisation du droit (et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, du droit des contrats) entraîne par là même un mouvement de spécialisation de l'ordre public. C'est le phénomène de l'émergence d'ordres publics catégoriels. On peut ainsi, à l'instar de M. HAGE-CHAHINE⁴³, considérer qu'à côté d'un « ordre public commun » se sont multipliés des « ordres publics spéciaux ».

Enfin, les contours du contenu de l'ordre public varient selon les lieux. L'exemple de la polygamie (et de la polyandrie) en témoigne. Sauf à recourir au concept de droit naturel, dont on sait qu'il a surtout joué un rôle historique dans l'évolution du droit,⁴⁴ l'ordre public est, par nature, variable selon les lieux.

2. L'hétérogénéité formelle : la distinction entre les règles d'ordre public et les principes d'ordre public.

24. La doctrine⁴⁵ distingue généralement les principes d'ordre public des règles d'ordre public. Les principes d'ordre public tendent à assurer la sauvegarde de valeurs essentielles de justice ou encore d'une politique législative, qui forment la base d'un ordre juridique déterminé. Par exemple, la protection de la propriété peut être considérée comme appartenant à un principe d'ordre public, du moins en droit français. Si ce principe a pour siège notamment la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (pour n'évoquer qu'une source du droit interne, en l'occurrence à valeur constitutionnelle), d'autres sont en suspens, en quelque sorte, dans le système juridique et demeurent parfois informulés. Mais la jurisprudence (en particulier les cours suprêmes) consacre parfois solennellement, suivant un raisonnement inductif, des « principes généraux du droit » à partir de réglementations particulières dans un domaine déterminé. Ces principes se caractérisent par leur généralité et sont parfois exprimés de façon relativement imprécise, préconisant par exemple un « principe

⁴² V. en ce sens, par ex., P. COURBE, *Droit de la famille*, Armand Colin, 4^{ème} éd., 2005, p. 126, n° 259-1. Cette loi assouplit en effet les conditions du prononcé du divorce.

⁴³ « Rapport général », in *L'ordre public*, travaux de l'association Henri Capitant, journées libanaises, t. XLIX/1998, LGDJ, p.17, spéc. p.31.

⁴⁴ On sait d'ailleurs que l'avant-projet de Code civil rédigé en l'an VIII, dont l'article 1^{er} faisait référence au droit naturel, n'a pas été maintenu par la suite. V. à propos du droit naturel : P. KAYSER, « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *RRJ* 1998-2, p. 387.

⁴⁵ V. par ex. A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993-II, p. 9-116, spéc. p. 26 et s., n° 6 et s.

de faveur »⁴⁶, qui se rattache à la finalité protectrice du salarié. Les principes d'ordre public ne visent pas à imposer des moyens, mais un résultat. On peut enfin pressentir que les principes sont particulièrement aptes à jouer le rôle d'instrument de mesure de l'atteinte portée aux conceptions fondamentales du for dans le cadre de la technique de l'exception d'ordre public international.

Les règles d'ordre public, quant à elles, ont une forte connotation normative dans la mesure où l'accent est mis sur leur force entièrement obligatoire. Aucune marge de manœuvre n'est admise lors de leur mise en œuvre. C'est dire que contrairement aux principes d'ordre public, les règles d'ordre public imposent autant des moyens qu'un résultat. Un exemple significatif est fourni par les règles posant des interdictions, telles celles prohibant certaines indexations en matière monétaire.

Il ne sera pas surprenant de constater qu'existe un lien entre l'autorité publique qui pose la règle et cette dernière. La règle d'ordre public (qui relève d'une conception normative de l'ordre public) est plus étroitement liée au fonctionnement de l'ordre social et économique de l'Etat que le principe d'ordre public. On peut citer, à titre d'exemples, les réglementations tendant à endiguer la spéculation foncière, ou encore les normes régissant le statut collectif des salariés.

Cette hétérogénéité conceptuelle de l'ordre public invite le juriste à se livrer à un exercice qui lui est familier consistant à proposer des classifications, c'est-à-dire à rechercher différents critères de présentation d'un concept. En matière de contrats, la première classification venant à l'esprit est la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction.

§ II : L'importance de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction.

25. Le droit des contrats est aujourd'hui étroitement associé au concept d' « ordre public économique »⁴⁷. Selon M. FARJAT, « *C'est une notion instrumentaliste, ou fonctionnelle,*

⁴⁶ Ainsi le Conseil d'Etat estime que c'est un « *principe général du droit du travail* » qui justifie que « *les dispositions législatives ou réglementaires prises dans (ce) domaine présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux (...) mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus* ». V. CE, Ass., avis du 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 514. Sur ce principe, V. not. : A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur : enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115.

⁴⁷ Selon MM. TERRE, SIMLER et LEQUETTE, l'ordre public économique est celui par lequel « *le législateur intervient pour réaliser des objectifs économiques présentant une utilité sociale. A l'intérieur de cet ordre public économique, on a distingué entre l'ordre public de direction, par le moyen duquel le législateur cherche à orienter l'économie nationale dans un sens déterminé, comme les lois monétaires, le droit de la concurrence, et l'ordre public économique de protection par le moyen duquel il compte rééquilibrer le contrat au profit de la*

elle qualifie les mesures autoritaires prises par l'Etat pour organiser l'économie et les relations contractuelles, notamment lorsque celles-ci mettent en présence des contractants inégaux. »⁴⁸ Loin de constituer une catégorie irréductible, ce concept englobe un florilège d'ordres publics catégoriels, dont les ramifications fondamentales seraient d'un côté, l'ordre public de protection, et de l'autre, l'ordre public de direction.⁴⁹ Cette *summa divisio*, qui ressort de la définition que M. FARJAT donne de l'ordre public économique, est reprise et consacrée dans de nombreux pays européens.

En dépit de sa pertinence, elle a été critiquée en raison des difficultés surgissant lors de sa mise en œuvre. Mais selon nous, ces critiques ne font que relater ces difficultés sans la remettre réellement en cause. Bien plus, la distinction semble amenée à jouer un rôle clé dans le contexte de l'évolution contemporaine du droit dans le domaine de l'économie. Après avoir présenté cette distinction (A), nous verrons les critiques dont elle a fait l'objet (B), avant de constater que celles-ci n'en remettent pas en cause la pertinence (C).

A. Présentation de la distinction.

26. La distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction a été établie depuis longtemps en droit français. Ainsi, M. FARJAT, en attribuant la paternité à CARBONNIER, reprend ses termes pour éclairer la notion d'ordre public de protection : « *L'ordre public de protection, qui se ressent encore de l'individualisme, n'a d'autre but que de protéger, dans divers contrats, la partie économiquement la plus faible : le salarié dans le contrat de travail (...); le fermier dans le bail à ferme (c'est avec ce sens que le statut du fermage a été déclaré d'ordre public); le débiteur (...)* »⁵⁰. M. FARJAT ajoute que cet ordre public « (...) est composé de toutes les mesures qui tendent à la protection d'un contractant et qui modifient les relations contractuelles des parties en accordant un droit à l'une d'entre elles »⁵¹.

De son côté, « *L'ordre public de direction se propose de concourir à une certaine direction - plus mollement dit, orientation - de l'économie nationale, en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier (...)* »⁵². L'auteur fait rentrer dans cette dernière catégorie

partie économiquement, socialement ou techniquement faible comme le salarié, le locataire, le fermier, l'assuré et le consommateur. » V. *Les obligations*, Précis Dalloz, 18^{ème} éd., n° 357, p. 128.

⁴⁸ *Droit économique*, 2^{ème} éd. 1982, P.U.F., Thémis.

⁴⁹ Pour SAVATIER, l'ordre public économique se cantonne à l'ordre public de direction. Cette analyse s'explique par sa conception de l'ordre public en tant que limite à l'autonomie de la volonté. V. « L'ordre public économique », *D.* 1965, *chron.* p. 37-44.

⁵⁰ *Droit civil, Les obligations*, t. IV, 22^{ème} éd. refondue, 2000, P.U.F., Thémis, p. 147-148, n° 71.

⁵¹ *Droit économique*, 2^{ème} éd. 1982, P.U.F., Thémis, p. 50.

⁵² *Ibidem*, p. 148, n° 71.

« ordre public économique de direction » les dispositions qui concernent l'intérêt de l'Etat.⁵³ Un critère de distinction intéressant entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction a été mis en évidence par JAPIOT.⁵⁴ Selon l'auteur, l'ordre public de direction assurerait la défense des intérêts du corps social tout entier envisagé comme une sorte de personne morale ; l'ordre public de protection, en ce qu'il renferme des mesures revêtant un aspect individuel, ne servirait quant à lui que de purs intérêts particuliers. Schématiquement, on peut donc présenter la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction en affirmant que le premier vise à préserver des intérêts individuels, tandis que le second entend assurer le respect de l'intérêt général. Ainsi présentée, on pressent qu'une certaine hiérarchie pourrait facilement être admise entre ces deux ordres publics, celui visant à préserver l'intérêt général revêtant sans doute une force plus importante que l'ordre public de protection. De fait, le régime des nullités, qui est calqué, en droit français, sur cette distinction, rend compte de cette hiérarchie.

En effet, la théorisation de la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection a pour enjeu la détermination du régime juridique applicable au regard du droit des obligations. C'est ainsi qu'elle sous-tend le régime des nullités en matière contractuelle. On sait qu'à l'ordre public de direction est rattachée en principe la nullité absolue, tandis que l'ordre public de protection est sanctionné par la nullité relative. On enseigne traditionnellement que le régime de la nullité absolue est plus rigoureux que celui de la nullité relative. La nullité absolue emporte l'impossibilité de confirmer l'acte nul ; l'action engagée en vue d'en demander l'annulation est ouverte à tout intéressé et est soumise à la plus longue prescription connue du droit français (trente ans). Par comparaison, le régime de la nullité relative est moins rigoureux, en ce sens que l'acte nul peut être confirmé ; l'action en nullité de l'acte est ouverte à une catégorie de personnes déterminées (celles qui sont protégées par la disposition en cause) et est enfermée dans un délai de prescription beaucoup plus bref (de deux à dix ans).

Mais bien que cette distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction ait connu un certain succès, elle a été critiquée notamment en raison des difficultés suscitées par sa mise en œuvre. Et l'évolution contemporaine en matière d'ordre public semble *a priori* la rendre encore plus contestable.

⁵³ V. sa thèse préc. note 36, p. 121, n° 161.

⁵⁴ *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse, Dijon, 1909.

B. Limites de la distinction.

27. En particulier, il est reproché au critère sur lequel est fondée la distinction d'être incertain. Ce critère revient *grosso modo*, on l'a vu, à distinguer l'intérêt général des intérêts particuliers. Or l'examen de certaines lois en vigueur visant à préserver l'ordre public ne permet pas facilement de savoir si le législateur a entendu assurer une protection individuelle ou s'il a entendu intervenir pour préserver l'intérêt général de la société, donc au titre de l'ordre public de direction.

Ainsi le droit de la concurrence, qui « *tend d'une part à assurer la loyauté dans les rapports entre commerçants, d'autre part à assurer le jeu de la concurrence sur le marché, en faisant échec aux restrictions provenant d'ententes ou d'abus de positions dominantes* »⁵⁵ est souvent présenté comme l'archétype de l'ordre public de direction. Or si « *(l)a protection de la partie faible dans les rapports contractuels n'est pas l'objectif premier des règles de concurrence, (...) elle peut en être un sous-produit non négligeable* »⁵⁶. Ainsi, s'agissant de « *(...) la lutte contre les ententes et les abus de position dominante, le jeu de la libre concurrence dont elle assure la promotion doit favoriser le consommateur. La possibilité de faire jouer la concurrence est en soi une arme puissante contre les tentatives d'imposer des contrats déséquilibrés* »⁵⁷.

Inversement, les règles que l'on présente habituellement comme protectrices d'intérêts particuliers peuvent également répondre à d'autres objectifs, l'effet protecteur n'en étant parfois qu'un sous-produit. Ainsi en va-t-il dans le domaine de la réglementation des loyers dont l'objectif est notamment de freiner l'inflation. Le locataire en est certes bénéficiaire, mais les objectifs macro-économiques sont à l'avant-plan. Pareillement, « *(...) des interventions en matière de crédit à la consommation peuvent se préoccuper autant d'objectifs de politique économique (disposer de moyens d'action sur le volume du crédit) que de protection du consommateur (...)* »⁵⁸

Dans un autre domaine, la loi du 16 juillet 1984 réglementant les activités physiques et sportives vise tout à la fois à protéger les jeunes sportifs et à instaurer un certain contrôle des activités des agents sportifs afin d'assainir la profession d'intermédiaire sportif. Le premier objectif peut être considéré comme relevant d'un ordre public de protection ; le second, lui,

⁵⁵ M. FONTAINE : « Rapport de synthèse » in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges*, centre de droit des obligations de l'université de Paris I et centre de droit des obligations de l'université catholique de Louvain, LGDJ, Paris, 1996, bibliothèque de droit privé, tome 261, p. 615, spéc. p. 647, n° 49.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 648, n° 49.

⁵⁸ M. FONTAINE, *op. cit.*, spéc. p. 624, n° 13.

reflète davantage un choix de politique économique en matière d'assainissement de certaines pratiques concernant les transferts de joueurs.

Ainsi certaines lois témoignent de l'imbrication étroite pouvant exister entre un objectif de protection des intérêts privés et une politique menée au niveau étatique sur le plan économique ou social. Comme le fait remarquer M. LECLERC, certaines lois protectrices « (...) ne se bornent généralement pas à protéger les intérêts particuliers d'une catégorie déterminée, mais s'inscrivent dans le cadre d'une politique législative axée sur certains objectifs économiques et sociaux jugés fondamentaux par le législateur. »⁵⁹ Ce type de lois relève d'une politique qui concerne l'intérêt de l'Etat. Par exemple, des mesures protectrices visent également à contrôler le crédit et à éviter un endettement excessif de la population. Ainsi souvent, l'objectif immédiat consistant à assurer la protection de certaines parties réputées en situation de faiblesse masque un objectif médiateur qui concerne la satisfaction de l'intérêt général, de la société dans son ensemble.

En somme, l'évolution législative contemporaine tendrait à brouiller la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction dans la mesure où il serait souvent délicat de faire le départ entre la préoccupation liée à la satisfaction du bien public et celle tendant à assurer l'équilibre des relations privées⁶⁰. Sont ainsi visées la législation consumériste, celle relative aux baux ou encore au droit social. De fait, ce dernier illustre à l'envi l'entrelacement entre politiques économique et sociale⁶¹. En effet, les règles sur la durée du travail, sur le repos, le taux du salaire, sont établies en fonction de politiques économiques menées à l'échelle nationale (politique de déflation monétaire, de productivité, etc...) Ainsi donc, si le droit du travail est généralement présenté comme visant à assurer la protection des salariés, il constitue indiscutablement un point stratégique de la politique économique nationale globale.⁶²

On comprend, à travers ces exemples, que la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction ait pu être mise en doute. Mais en dépit de quelques zones d'ombre qui entourent la distinction, celle-ci conserve un intérêt certain. C'est dire que les critiques qui lui ont été adressées sont impuissantes à la remettre en cause.

⁵⁹ *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, spéc. p. 284, n° 291.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 286, n° 291.

⁶¹ D'ailleurs, les expressions « droit social » et « droit du travail » reflètent quelque peu cette dualité de points de vue. Si la première met l'accent sur la visée protectrice de la matière, la seconde est neutre ; elle appréhende les salariés suivant une approche collective.

⁶² Ce constat sera particulièrement mis en évidence en droit communautaire.

C. Le dépassement des critiques.

28. En retour, un reproche peut être adressé aux critiques faites à l'encontre de la distinction. C'est que, selon nous, la *summa divisio* entre ordre public de protection et ordre public de direction est généralement présentée de façon sommaire comme une opposition entre intérêt général et intérêts particuliers. Mais comme le précise lui-même M. FARJAT, il n'existe pas de séparation nette entre l'intérêt économique général et l'intérêt économique particulier. Simplement, certaines dispositions concernent davantage l'économie générale de l'Etat alors que d'autres intéressent en premier lieu l'économie des contrats passés par les particuliers. En fait, il serait plus juste sans doute de considérer qu'il existe une gradation de l'intérêt particulier à l'intérêt général. On comprend dès lors que CARBONNIER préférait, à la notion d'intérêt général, évoquer un « *intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en cause* »⁶³, notion qu'il qualifiait toutefois de « vague »⁶⁴.

Les critiques formulées à l'encontre de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction recèlent certes une part de vérité. Qui affirmerait, en effet, qu'il est toujours aisé de démêler les diverses inspirations qui se cachent derrière la volonté du législateur ? Mais c'est pourtant là un exercice auquel notamment les magistrats sont habitués. C'est par un recours aux méthodes classiques d'interprétation, par le juge, de la norme en cause, que sera dégagée la finalité dominante recherchée par le législateur. Ainsi, pour prendre l'exemple des règles interdisant les ententes, nul ne conteste qu'elles ont pour objectif immédiat d'assurer une police du marché, objectif qui revêt une dimension dirigiste. Il est vrai aussi que l'on peut considérer qu'elles ont pour objectif médiate la protection des consommateurs. Mais à partir du moment où le *distinguo* « objectif médiate » et « objectif immédiat » peut être établi, on a là de sérieux indices permettant de décider si l'aspect « ordre public de protection » doit l'emporter ou non sur l'aspect « ordre public de direction ». Ainsi, en matière de droit de la concurrence, dans la plupart des cas, c'est ce dernier aspect qui l'emportera. Il a par définition⁶⁵ notamment vocation à assurer la police du marché.

Ces difficultés d'interprétation concernant certaines normes imprégnées des deux types d'ordre public s'expliquent par les liens qu'entretiennent l'ordre public de protection et l'ordre public de direction, étant chacun un démembrement de l'« ordre public économique ». De fait, M. FARJAT souligne lui-même le lien entre l'ordre public de direction et l'ordre

⁶³ *Droit civil, introduction*, Thémis, P.U.F., 1999, p. 229, n° 126.

⁶⁴ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁶⁵ « *Le droit de la concurrence a pour vocation essentielle de protéger le marché contre toute pratique susceptible de l'affecter* » : V. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, Armand-Colin, 2^e éd. 2003, p. 149, n° 283.

public de protection lorsqu'il explique que les mesures qui s'y rattachent relèvent de la politique économique d'ensemble des pouvoirs publics.⁶⁶ Et il donne l'exemple de dispositions protectrices qui orientent ou favorisent les investissements des particuliers. Cependant, ce qui distingue l'ordre public de protection de l'ordre public de direction, c'est qu'à la différence du second, le premier se manifeste à travers des mesures de protection qui sont apparues dans les secteurs d'activité contractuelle où existe un déséquilibre économique entre les contractants. Cette précision fournit en quelque sorte une clé de solution aux problèmes de frontières suscités par la *summa divisio*. Sans doute faut-il en effet en déduire que dès lors qu'une réglementation emprunte des caractéristiques à la fois à l'ordre public de protection et à l'ordre public de direction, dès lors qu'elle est mise en œuvre dans le cadre d'une relation contractuelle impliquant un particulier dans une situation de faiblesse face à son cocontractant, l'aspect protecteur doit l'emporter.

On remarque, en effet, que les critiques formulées à l'encontre de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction portent sur une appréciation abstraite de la distinction et non sur sa mise en œuvre concrète. Or généralement, le contexte procédural dans lequel ces normes à la frontière entre ordre public de protection et ordre public de direction seront discutées permettra en lui-même le plus souvent de déterminer à quel titre ces normes interviennent. Car il ne faut pas perdre de vue que l'enjeu de la qualification consiste essentiellement en la mise en œuvre d'un régime particulier. Or ce dernier devrait se déduire souvent des circonstances. S'agissant des dispositions protectrices du consommateur qui revêtent une dimension « dirigiste », dès lors que ce sera un consommateur qui invoquera, par exemple, le bénéfice du droit de rétractation, cette ambivalence est sans incidence. Ce qui nous amène à réorienter les critiques formulées à l'encontre de la distinction vers le régime juridique qui en découle.

En effet, plus que la distinction elle-même, c'est certainement davantage le régime des nullités calqué sur celle-ci qui est remis en cause. Ainsi, depuis quelques décennies, la nette distinction entre les régimes respectifs de la nullité relative et de la nullité absolue a été altérée par l'apparition, notamment, de figures juridiques inédites telles que la « clause réputée non écrite », la possibilité de confirmer un acte atteint pourtant de nullité absolue, ou encore des prescriptions abrégées.⁶⁷ En réalité, les critiques ne s'adressent pas frontalement à la distinction mais au régime qui en découle, même si l'on concède volontiers qu'en droit,

⁶⁶ V. sa thèse préc. note 36, p. 51.

⁶⁷ V. not .M. LUBY, « A propos des sanctions de la violation de l'ordre public », *C.C.C.* fév. 2001, *chron.*, p. 4. L'auteur évoque « un relâchement très net entre les divers éléments du régime des nullités ». *Op. cit.*, spéc. p. 4, n° 2.

toute qualification juridique ne présente d'intérêt qu'en raison de la mise en œuvre d'un régime juridique propre. Mais même en admettant que cette distinction ait perdu de son intérêt en droit interne, on verra que tel n'est pas le cas en droit international privé.⁶⁸

Enfin, à y regarder de plus près, ce n'est pas la distinction qui est remise en cause en elle-même. Car affirmer qu'il est difficile de tracer la frontière entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction ne fait que révéler la problématique qui est au cœur de l'ordre public et partant, qui en est consubstantiel : il s'agit constamment, dans ce domaine, de procéder à des arbitrages entre intérêts contradictoires afin de parvenir à un équilibre entre eux. Cela résulte du trait caractéristique de l'ordre public qui se manifeste par son emprise sur toutes les branches du droit. Ainsi la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction ne fait qu'illustrer de façon particulièrement nette cette opposition d'intérêts. Finalement, les critiques adressées à la distinction ont permis de mettre en avant la problématique en matière d'ordre public, à savoir la recherche d'une juste mesure, d'un équilibre.

29. L'évolution contemporaine du droit économique invite cependant à reconsidérer la fonction de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction. Celle-ci semble amenée à jouer un rôle nouveau, en particulier dans le cadre européen. L'ordre public du marché semble en effet supplanter cette distinction. Comme l'écrit M. MOHAMED SALAH, « *(u)n nouvel ordre public, celui du marché, affirme sa prééminence sur les autres et brouille les frontières entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Il va même jusqu'à remettre en cause la distinction entre ordre politique et ordre public économique.* »⁶⁹ Pour l'auteur, « *cet ordre public entend affirmer les principes qui garantissent le fonctionnement effectif du libre jeu de la concurrence sur les différents marchés* »⁷⁰. Il souligne par ailleurs le rôle primordial joué par le droit communautaire dans l'expansion de ce nouvel ordre public⁷¹. Cette évolution a des répercussions sur les rapports entre intérêts particuliers et intérêt général. Or on sait que ce sont ces notions qui sont au cœur de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction.

Les relations que l'Etat entretient avec l'économie se sont profondément transformées. Après le libéralisme, puis l'interventionnisme, l'ère actuelle serait à la régulation. Aujourd'hui, la recherche de l'équilibre entre intérêts individuels et intérêt général n'est plus l'apanage de

⁶⁸ V. *infra*, n° 36 et s.

⁶⁹ « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », in *Mélanges FARJAT, Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261-289, spéc. p. 269, n° 12.

⁷⁰ *Op. cit.*, p. 272, n° 16.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 273, n° 17.

l'Etat. Pour MM. MONNIER et THIRY, « (...) *le libre jeu de la concurrence et des marchés est supposé assurer seul, spontanément et partout, une correspondance étroite et immédiate entre intérêts individuels (qui restent intacts, c'est-à-dire « exclusivement individuels ») et l'intérêt général (...)* »⁷².

Dans le contexte européen, la *summa divisio* entre ordre public de protection et ordre public de direction nous semble pouvoir jouer un nouveau rôle consistant à poser des limites à la logique du marché. Ainsi, plutôt que de remise en cause de la distinction entre « ordre public de protection » et « ordre public de direction », nous préférons parler de « réorientation ».

Si nous pensons donc que la distinction ordre public de protection/ de direction conserve un intérêt certain pour cerner le phénomène d'ordre public en droit des contrats, il faut cependant y associer une autre distinction.

§ III : L'éclairage de la distinction entre ordre public normatif et ordre public finaliste.

30. La distinction entre approche normative et approche finaliste, qui entretient des liens avec la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction, paraît en mesure de mieux appréhender cette dernière. Sa présentation (A) précèdera une illustration de sa mise en œuvre en droit du travail, qui présente l'intérêt de comporter les deux approches (B).

A. Présentation de la distinction.

31. Une certaine approche de l'ordre public conduit à la distinction entre ce que l'on pourrait appeler un ordre public « commandement » (que l'on nommera ordre public normatif) et un ordre public « état » (que l'on appellera ordre public finaliste). M. CATALA écrit à ce propos que « (...) *l'ordre public « état » est la cause finale des règles impératives, tandis que l'ordre public « commandement » est la cause efficiente du bon fonctionnement des institutions.* »⁷³

Un lien peut être établi entre le critère tiré de l'impérativité et l'approche normative de l'ordre public. En effet, la normativité exprime bien l'idée de limitation à la liberté individuelle, qui se manifeste notamment à travers les actes juridiques élaborés par les particuliers. Cette limitation à la volonté individuelle émane du pouvoir, de l'Etat. L'impérativité est le vecteur de l'emprise de l'Etat sur la volonté individuelle. C'est le mode d'expression privilégié, en quelque sorte, de la conception normative du droit. L'accent est alors mis sur la volonté même de l'auteur de la norme en cause à l'application de celle-ci. L'ordre implique « *le pouvoir reconnu à la puissance émettrice de contraindre le destinataire de l'injonction au nom d'un*

⁷² *Mutations structurelles et intérêt général*, De Boeck Université, Paris-Bruxelles, 1997, p. 17.

⁷³ « Rapport de synthèse » in *L'ordre public*, travaux de l'association Henri Capitant, t. XLIX/1998, LGDJ, spéc. p. 1, n° 1.

intérêt tenu pour supérieur »⁷⁴. Sous cet angle, comme l'écrit M. CATALA, « *(o)n capte alors l'ordre public à travers la règle qui le formule* »⁷⁵. Et de reprendre la conception de PLANIOL pour qui une disposition est d'ordre public « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* ». Dans cette formule, l'accent est mis sur l'emprise sur les volontés individuelles, sur l'impérativité.

A cette approche normative de l'ordre public s'oppose l'approche finaliste de la notion. Selon cette dernière, il s'agit d'atteindre, à travers l'ordre public, un résultat substantiel concret exprimé souvent à travers un principe plus général comme par exemple, le souci de protection d'une partie en situation de faiblesse dans un rapport contractuel. Cette approche finaliste trouve un mode d'expression privilégié à travers les principes tel le « principe de faveur » du droit du travail.

La distinction entre ces deux approches conduit donc, au sein d'une norme, à faire le départ entre les moyens prescrits et les fins poursuivies par le législateur. Selon l'approche normative, les moyens sont imposés aux parties. Selon l'approche finaliste, ceux-ci sont occultés par la primauté conférée au résultat recherché. La différence entre la notion d'impérativité et l'ordre public entretient donc des liens avec la distinction entre l'approche normative et l'approche finaliste de l'ordre public.

Pour autant, il n'existe pas d'opposition entre les deux approches, c'est-à-dire qu'une norme comportant une considération d'ordre public présentera souvent les deux aspects. Il ne s'agit en effet que d'une différence d'angle d'observation. Cependant, il n'est pas impossible de constater que certaines normes se prêtent mieux à une approche normative alors que d'autres semblent davantage relever de la conception finaliste. Des exemples tirés du droit du travail permettront de le comprendre.

B. Illustration de la distinction en droit du travail.

32. Une spécificité de l'ordre public social se manifeste par la possibilité de déroger à certaines règles dans un sens favorable au salarié. (C'est l'« ordre public relatif » ou « ordre public social »). Par opposition, il existe un « ordre public absolu » ou « intangible » qui, lui, ne permet aucune dérogation. Après avoir présenté l'ordre public social (1), on verra quel enseignement on peut tirer, au regard des distinctions précédemment établies, de sa confrontation avec d'autres normes affectant l'ordre public en droit du travail (2).

⁷⁴ *Op. cit., loc. cit.*

⁷⁵ *Op. cit., loc. cit.*

1. La spécificité de l'ordre public social.

33. La spécificité de l'ordre public social, qui se manifeste notamment par l'élaboration de règles auxquelles il est toujours possible de déroger en faveur du salarié⁷⁶ est souvent présentée comme une illustration de l'ordre public de protection. Recourir à la notion d'ordre public pour désigner l' « ordre public social » est une sorte de raccourci qui, à défaut de rigueur, présente l'avantage de la simplicité. Une analyse plus approfondie de la volonté du législateur conduirait à considérer que c'est l'application de la loi la plus favorable qui relève de l'ordre public (finaliste) exprimé à travers un principe et non d'un ordre public normatif qui serait exprimé à travers une règle d'ordre public.⁷⁷

Le « principe de faveur », qui relève d'une approche finaliste de l'ordre public, se subdivise en deux principes. Il sert, d'une part, à désigner « *le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* »⁷⁸ (il a pour fonction ici de résoudre un conflit de normes); d'autre part, il désigne un « *principe général du droit du travail selon lequel un accord collectif (...) peut toujours comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur* »⁷⁹ (le principe intervient ici au stade de la création de la norme.)

Les particularités de l'approche finaliste de l'ordre public ont conduit certains auteurs à refuser de qualifier d' « ordre public » les principes relevant de ce que la doctrine nomme « l'ordre public relatif » en droit du travail. Les auteurs⁸⁰ qui excluent ce principe de l'ordre public ont une conception étroite du concept.

⁷⁶ Cependant, ce principe (dérogatoire) de faveur est ponctuellement remis en cause par le législateur contemporain. V. par ex. la « loi Fillon » du 4 mai 2004 qui a réduit le domaine de ce principe de faveur dans les relations entre loi et convention collective. Il a également perdu l'essentiel de sa portée dans les rapports entre conventions collectives. Par ailleurs, si ce principe a été érigé par le Conseil constitutionnel au rang de « principe fondamental du droit du travail », la Haute Juridiction lui a expressément refusé le statut de « principe fondamental reconnu par les lois de la République ». Il en résulte que le législateur peut en restreindre le domaine. V. C. Const., DC 97-388, 20 mars 1997, *Dr. soc.* 1997, p. 476, note X. PRETOT ; DC 2002-465, 13 janv. 2003, *Dr. soc.* 2003, p. 260, obs. X. PRETOT ; DC 2004-494, 29 avril 2004, *JO* du 5 mai 2004, p. 7998. V. not. F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du « principe de faveur » ? », *Dr. soc.* 2001, p. 255.

Pour des développements sur la spécificité de l'ordre public en droit social, V., récemment, PERES-DOURDOU (Cécile) : *La règle supplétive*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2004, p. 254 et s., n° 280 et s.

⁷⁷ Comme l'écrit M. LECLERC, « *L'ordre public est appelé à intervenir en droit du travail moins en tant que technique d'éradication de la disposition contraire (ainsi qu'en droit civil) qu'en tant que principe de solution aux conflits de normes en accordant la préférence à la disposition la plus favorable au salarié, celle-ci n'étant pas obligatoirement la règle légale.* » (Thèse préc. note 59, spéc. p. 370, n° 386.) Un tel mécanisme, comme le souligne l'auteur, « *marque une sensible déformation de la notion d'ordre public* » (*op. cit.*, spéc. p. 373, n° 391. Il emploie cette expression à propos du concept plus général d' « ordre public social de protection ».)

⁷⁸ Soc., 17 juillet 1996 (SNCF), *Dr. soc.* 1996, p. 1049, concl. P. LYON-CAEN, note J. SAVATIER ; 17 juillet 1996 (EDF), *Bull. civ.* V, n° 296 ; 8 oct. 1996, *Dr. soc.* 1996, p. 1046, note J. SAVATIER.

⁷⁹ CE, 21 juillet 2001, *Fédération des transports F.O.*, *Rev. juris. soc.* 01/02, n° 107, et note F. BOCQUILLON p. 9 ; *Dr. ouvr.* 2002, p. 211, note F. SARAMITO et A. de SENGAL.

⁸⁰ V. not. G. COUTURIER : « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Etudes offertes à J. FLOUR*, éd. du Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 95. Y. CHALARON voit à travers

Il est vrai que les normes françaises sur lesquelles s'appuie le « principe de l'application de la norme la plus favorable »⁸¹ n'évoquent pas l'ordre public. En effet, l'article L. 135-2 du Code du travail dispose que « (l)orsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord collectif de travail, ces clauses s'appliquent aux contrats conclus avec lui, sauf dispositions plus favorables ». De même, l'article L. 132-4 du Code du travail prévoit la possibilité, pour « la convention et l'accord collectif de travail, (de) comporter des dispositions plus favorables au salarié que celles des lois et règlements en vigueur. » Par ailleurs, le même texte, en son alinéa deux, ajoute qu'« (i)ls ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements. » Ce texte, selon nous, opère clairement une distinction entre l'approche finaliste de l'ordre public et l'approche normative de l'ordre public, incarné par l'« ordre public absolu ». Il permet en outre de résoudre d'éventuels conflits entre les deux catégories, donnant la prévalence à l'ordre public absolu normatif.

2. La coexistence de l'« ordre public social » avec d'autres normes concernant l'ordre public.

34. L'ordre public « relatif »⁸² est une expression visant à mettre l'accent sur un résultat souhaité dont les moyens pour y parvenir sont indifférents, plus exactement, ne sont pas impératifs. L'ordre public « absolu » ou « intangible », lui, veut rendre compte de l'impossibilité de dissocier, dans le caractère obligatoire de la norme, entre les moyens qu'elle impose et le résultat recherché. Les moyens en vue de parvenir à une fin s'imposent aux parties. La distinction entre ordre public intangible et ordre public relatif invite donc à faire une distinction, dans une norme considérée, entre les moyens et les fins poursuivies par l'auteur de la norme.

Par comparaison avec les normes appartenant à l'« ordre public relatif », les règles du droit du travail considérées comme relevant d'un « ordre public absolu » ou encore « intangible » se ressentent davantage d'une conception normative de l'ordre public. L'expression a d'ailleurs le mérite d'insister sur une caractéristique essentielle de l'approche normative de l'ordre public selon laquelle c'est la norme dans son intégralité qui doit s'appliquer, et qu'elle n'admet aucune variation lors de sa mise en œuvre. Si les normes élaborées dans ce domaine

le principe de l'application de la norme la plus favorable au salarié (déduit de l'art. L. 135-2 C. trav.) une « règle originale de concours ». V. « L'application de la disposition la plus favorable », in *Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 243, spéc. p. 246, n° 4. Il distingue une telle règle de la question de l'ordre public appréhendé alors selon une approche restrictive puisqu'il vise à assurer la « protection de certains principes estimés indispensables au bon fonctionnement de la société », définition elle-même empruntée à P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, thèse, Paris, 1953, p. 14.

⁸¹ L'expression est de Y. CHALARON, art. préc. note 80, p. 243.

⁸² L'expression ordre public « relatif » est impropre dans la mesure où le qualificatif contredit l'expression qu'il accompagne ; son avantage réside néanmoins dans la commodité de langage. On conçoit alors son utilisation afin de l'opposer à l'ordre public « absolu ».

apparaissent globalement protectrices, la dimension collective l'emporte sur l'idée de protection individuelle du salarié. On remarque par ailleurs qu'en droit interne, de nombreuses normes appartenant à cet ordre public « intangible » ou « absolu » sont assorties de sanctions pénales. Ainsi en va-t-il de l'obligation pesant sur l'employeur de verser un salaire minimum (SMIC), des règles relatives à la mise en place et au fonctionnement des institutions représentatives du personnel, des règles relatives à l'hygiène et la sécurité des travailleurs.

On constate alors qu'il existe un lien entre l'approche normative et l'ordre public de direction. En effet, les règles citées en exemples envisagent les travailleurs en tant qu'ils forment une collectivité. A ce titre, elles relèvent de l'ordre public de direction. C'est en effet l'intérêt collectif des travailleurs qui est protégé par les institutions représentatives du personnel. En revanche, il faut considérer que si la norme vise le travailleur considéré individuellement, la dimension protectrice s'imposera. Le droit du travail permet de rendre compte de la différence entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction et permet en outre d'affiner l'appréhension de l'ordre public lorsque l'on s'attache aux recoupements qu'il est possible de faire entre conception finaliste de l'ordre public et ordre public de protection, d'une part, et conception normative et ordre public de direction, d'autre part. Le droit social semble, à travers les concepts d' « ordre public relatif » et « ordre public absolu », à sa manière, avoir théorisé la distinction entre approche finaliste et approche normative de l'ordre public.

Dans un souci de clarté, il faudrait donc qu'à l'instar du droit du travail, les autres branches du droit privé qui partagent avec lui cet objectif de protection d'une partie en situation d'infériorité parviennent à faire la distinction entre les règles obligatoires dans leur intégralité et les règles exprimant un principe visant un objectif général comme celui de protection de certains individus.

C. Une généralisation du concept ?

35. C'est dans cette optique que s'insère l'analyse de M. LECLERC qui s'interroge sur une possible généralisation de cet ordre public relatif dans le domaine de l'ordre public de protection à travers le concept d' « ordre public social de protection ». Reprenant les arguments avancés par les auteurs qui estiment qu'il est impossible de procéder à une telle généralisation⁸³, M. LECLERC en souligne à juste titre la faiblesse⁸⁴. Ainsi, il fait valoir que

⁸³ V. not. M. BONNECHÈRE, « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP éd. CI* 1974, n° 11604, p. 601, spéc. n° 29 et s. ; G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve » préc. note 80, spéc. p. 95 et s.

le droit du travail n'est pas la seule branche du droit dans laquelle on constate la possibilité de dérogations *in melius*. Selon un tel mécanisme, les règles protectrices doivent s'analyser comme imposant un plancher en deçà duquel les parties ne peuvent descendre, tandis qu'une stipulation contractuelle accordant à la partie « faible » une protection supplémentaire est admise. Et l'auteur donne l'exemple des baux ruraux, de la réglementation du contrat d'assurances, du droit de la consommation. Admettre une telle généralisation serait reconnaître, en somme, l'intérêt de la distinction entre approche normative et approche finaliste de l'ordre public. Elle met en effet en avant l'objectif, le résultat visé à travers l'ordre public, en l'occurrence, assurer la protection d'une partie en position d'infériorité.

Ainsi les distinctions entre d'une part, l'ordre public de protection et l'ordre public de direction et, d'autre part, l'ordre public normatif et l'ordre public finaliste semblent s'enrichir mutuellement, de telle sorte que dans une certaine mesure, les limites de l'une compensent celles de l'autre. Reste à voir comment toutes ces distinctions peuvent contribuer à une lecture cohérente ainsi qu'à une combinaison harmonieuse des différentes méthodes du droit international privé en matière d'ordre public.

Section II : *La projection, en droit international privé, de l'ordre public du droit interne.*

36. La question se pose de savoir comment se traduit, en droit international privé qui est réputé comme étant un droit de méthodes, cette hétérogénéité conceptuelle rencontrée en droit interne à propos de l'ordre public. On constate de prime abord la coexistence de nombreuses méthodes, forgées au fil du temps par les internationalistes, visant à assurer le respect de l'ordre public. En raison des liens qu'elles entretiennent entre elles (ne serait-ce que parce qu'elles concourent toutes au respect de l'ordre public au sens large), il n'est pas toujours évident de les distinguer. La tendance générale, du moins pour raisonner à partir des droits internationaux privés européens, est certainement à l'affinement de ces mécanismes. Les trois grands types de méthodes pouvant être rattachés au concept d'ordre public entretiennent des liens incontestables entre eux. L'exception d'ordre public international et les lois de police ont précédé l'émergence des règles de conflit à coloration substantielle. Cet ordre chronologique d'apparition dans le paysage du droit international privé est parfaitement logique eu égard au rôle historique joué par ces mécanismes généraux dans l'élaboration de ces règles spéciales.

La multiplicité de ces mécanismes ne faisant qu'exprimer l'hétérogénéité du concept, des liens peuvent être établis entre ces méthodes et les diverses approches de l'ordre public en

⁸⁴ V. thèse préc. note 59, spéc. p. 370 et s., n° 387 et s.

droit interne. Il devient alors possible de clarifier quelque peu la matière et d'assigner à chaque méthode un domaine bien défini. C'est ainsi, en particulier en droit international privé européen des contrats, qu'une distinction essentielle dont on ne semble pas à l'heure actuelle avoir perçu toutes les potentialités, nous semble décisive : celle entre les lois de police et les dispositions impératives protectrices.

Une présentation de ces instruments s'avère absolument nécessaire en vue d'assigner à chacun d'eux son domaine. On peut clairement opposer deux groupes de méthodes : l'un incarne plus particulièrement une conception normative de l'ordre public (I), tandis que l'autre reflète une conception finaliste de l'ordre public (II).

§ I : Une méthode incarnant une conception normative de l'ordre public : les lois de police.

37. Le concept de loi de police est bien connu des internationalistes. Pour autant, de nombreuses incertitudes l'entourent et l'on peut gager qu'elles ne sont pas prêtes de se dissiper. Le trouble en la matière trouve son origine dans les changements survenus depuis leur « redécouverte » par FRANCESKAKIS. En particulier, un besoin de protection du consommateur s'est fait ressentir, et l'on a songé à étendre la catégorie des lois de police en vue d'assurer cette protection. Cependant, outre que la méthode paraît inadaptée en vue d'assurer la protection d'une partie réputée « faible », une telle extension a introduit la confusion autour des lois de police. C'est pourquoi se replacer aux origines de leur « redécouverte » par FRANCESKAKIS présente l'avantage de partir sur des critères relativement fiables. Par ailleurs, les recoupements avec les distinctions établies en droit interne aboutissent à attribuer une place limitée aux lois de police en droit positif.

Quelques précisions terminologiques permettront de mettre en évidence différentes approches des lois de police, allant d'une conception stricte à une conception très élargie, voire hypertrophiée. Ces conceptions reflètent un choix de politique législative. Il ne peut donc être question de lever le voile sur le mystère entourant la détermination d'un critère infaillible des lois de police. Nous voudrions seulement montrer, après avoir procédé à quelques clarifications terminologiques (A), en quoi le recours aux distinctions du droit interne permet de mettre en évidence deux types de normes au sein de la catégorie « lois de police » entendue dans un sens large (B). Il deviendrait alors possible d'en réduire sensiblement le domaine en limitant cette catégorie à un type de normes.

A. Précisions terminologiques.

38. C'est en mettant en évidence les liens que le concept de loi de police entretient avec celui d'impérativité du droit interne (1), puis en expliquant la relativité (2) et enfin en revenant sur ses origines (3) que l'on tentera d'élucider quelque peu ce concept et de justifier notre conception en la matière.

1. Les lois de police : une méthode reflétant l'impérativité du droit interne.

39. La méthode des « lois de police »⁸⁵⁸⁶ fait échec au principe du choix, par les parties, de la loi applicable à leur contrat, qui est la projection du principe de l'autonomie de la volonté de droit interne sur le plan international. Le mécanisme agit donc au plan conflictuel. La loi de police est conflictuellement obligatoire. Le mécanisme des lois de police apparaît en quelque sorte comme une projection, en droit international, de la notion d'impérativité du droit interne dont nous avons vu qu'elle désignait l'effet de l'ordre public, à savoir la limitation à l'autonomie de la volonté. Dès lors, l'on ne s'étonnera pas que la seule certitude entourant les lois de police concerne leur effet.⁸⁷ Particulièrement, en droit des contrats, elles ont pour effet d'écarter la liberté telle qu'elle serait exprimée par les parties à travers le choix d'une loi applicable à leur contrat.⁸⁸ Elles n'ont donc pas vocation en premier lieu à désigner un contenu de l'ordre public mais un effet : la mise en échec de l'autonomie de la volonté.⁸⁹

⁸⁵ Si l'expression a acquis la notoriété qui est la sienne actuellement depuis les travaux qu'y a consacrés FRANCESKAKIS dans les années soixante, le principe de l'application d'une norme par exception aux règles « normales » de détermination de la loi applicable est très ancien. C'est ainsi que M. ANCEL en a trouvé des exemples remontant au XVIII^{ème} siècle. V. *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, 1977, spéc. p. 42. De même, plus tard, SAVIGNY réservait lui-même un sort à part à certaines « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoire, dictées par un motif d'intérêt général » (V. *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Guénoux, 1856, spéc. par. 349. L'ouvrage a été récemment réédité : Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002). Cependant, selon l'auteur, si, dans certains cas, « le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger » (*op. cit.*, p. 34), cet état de chose est en quelque sorte transitoire et il faut espérer que « par suite du développement naturel du droit chez les différents peuples, le nombre de ces cas exceptionnels tendra constamment à diminuer » (*op. cit.*, p. 40). Enfin, peu avant FRANCESKAKIS, WENGLER, ZWEIGERT puis NEUMAYER défendirent le principe d'application de certaines normes exorbitantes de la *lex causae* selon un critère territorial. V. WENGLER : « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie », *ZVglRWiss.* 1941, p. 168 ; ZWEIGERT : *RabelsZ.*, 1942, p. 283 (réf. citées par P. MAYER in *Les lois de police*, communication au Comité français de droit international privé du 23 novembre 1985, journée commémorative du cinquantième, p. 105) ; NEUMAYER : « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *RCDIP* 1957, p. 579 ; *RCDIP* 1958, p. 53.

⁸⁶ Pour une étude comparative récente sur ce concept, V. not. BONOMI (A.), « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of Private International Law* 1999, p. 215-247.

⁸⁷ C'est d'ailleurs à travers leurs effets que celles-ci sont généralement visées dans les conventions internationales. Par ex., la convention de La Haye sur la loi applicable à la vente internationale de marchandises évoque les « dispositions dont l'application s'impose (à une relation internationale) quelle que soit la règle de conflit de lois applicable ». De même, la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dans son article 7 consacré aux « lois de police », pose le principe de « l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. »

⁸⁸ C'est pourquoi M. MAYER a pu écrire à leur sujet qu'elles constituaient, en matière contractuelle, un « complément nécessaire sans lequel le recours à la loi d'autonomie ne serait pas justifié ». V. *Les lois de police*, communication au Comité français de droit international privé du 23 novembre 1985, p. 105 et s., spéc. p.

La conception extensive des lois de police ignore cette distinction puisqu'elle s'appuie justement exclusivement sur le contenu de la loi en cause pour la qualifier de loi de police. Or si on prétend imposer l'application d'une loi en raison de son contenu, il n'est pas logique de ne pas avoir égard, auparavant, au contenu de la loi normalement désignée par la règle de conflit.

2. La relativité du concept.

40. Toute tentative visant à cerner la notion passe nécessairement par une précision d'ordre terminologique. En effet, les expressions « loi de police », « loi d'application immédiate » et « loi d'application impérative » sont souvent employées l'une pour l'autre, ce qui obscurcit le débat entourant les lois de police. En réalité, elles permettent de rendre compte de différentes conceptions en la matière. On peut en effet adopter une conception large du phénomène des lois d'application immédiate ou bien une conception beaucoup plus stricte. A ce sujet, le recours à l'analyse édifiante de M. MAYER est inévitable. La clarification des concepts qui en résultera permettra de mettre en évidence différentes conceptions des lois de police. En établissant un lien entre les lois de police et la conception normative de l'ordre public, on verra que c'est la définition restrictive qui, seule, doit être retenue.

Selon l'auteur, « *est une loi d'application immédiate ou nécessaire, toute règle qui doit être appliquée, selon l'Etat qui l'a édictée, à toutes les relations juridiques présentant un lien donné avec lui, et qui rend pour cela compétent l'ordre juridique auquel elle appartient lorsque cette compétence ne résulte pas de la règle de conflit de lois.* »⁹⁰ Certes, cette définition, précise l'auteur, est « *purement descriptive* »⁹¹. Mais elle permet de rendre compte de l'aspect « technique » du procédé, mettant ainsi en avant son originalité. C'est au demeurant le seul point sur lequel la doctrine s'accorde.

108. V. HEUZE, l'un des plus farouches détracteurs des lois de police, voit dans cette nécessité d'encadrer l'exercice de l'autonomie la seule justification de l'existence des lois de police (V. *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, GLN Joly, Paris, 1990). A moins qu'« *elles ne servent qu'à justifier l'arbitraire* ». V. « Le droit international privé du contrat d'assurance : les conflits de lois », in J. BIGOT (dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3, LGDJ 2002, chap. XX, p. 1401 et s., n° 2011 et s., spéc. p. 1430, n° 2039.

⁸⁹ Ce qui ne signifie pas, bien sûr, que ce contenu soit indifférent à la qualification de loi de police. On sait en effet que c'est le contenu de la norme en cause qui commande cette qualification, de la même manière qu'une loi impérative en droit interne revêt cette qualité en raison de son contenu. Mais dans les deux cas, c'est à l'effet de l'ordre public que s'attache la qualification respectivement de loi impérative et de loi de police. Elles ne servent pas à désigner un contenu.

⁹⁰ « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277, spéc. p. 287, n° 13.

⁹¹ *Op. cit.*, p. 287, n° 13.

M. MAYER divise ces lois d'application immédiate en trois ensembles⁹² : dans un premier groupe, il rassemble ce qu'il appelle les « *lois d'application immédiate par narcissisme* »⁹³. Ce sont des lois dont la teneur est jugée tellement satisfaisante par leur auteur qu'il entend leur assigner un vaste domaine d'application spatiale. Dans un second groupe, il rassemble les lois à travers lesquelles l'Etat entend « *imposer à ses nationaux des obligations particulières ou assurer une protection jugée pour eux indispensable* »⁹⁴. Il en donne notamment l'exemple de la règle espagnole imposant aux Espagnols le mariage en la forme religieuse. Enfin, une dernière catégorie regroupe ce que l'on nomme couramment les « lois de police ». Les lois d'application immédiate ne sont donc pas synonymes des lois de police. Elles forment une catégorie plus vaste que ces dernières. C'est dire que si toute loi de police est d'application immédiate, l'inverse n'est pas vrai.

M. MAYER présente ensuite deux acceptions des lois de police. L'une est assez large et se subdivise en différentes catégories. Elle regroupe d'abord les « *lois destinées à protéger une partie à un contrat contre l'autre (et qui) doivent être appliquées selon un critère objectif, pour ne pas être trop facilement éludées par la soumission volontaire du contrat à une autre loi* »⁹⁵. On peut certainement reconnaître, à travers ces précisions, ce que M. RACINE nomme les lois d'application impérative, qu'il considère comme une sous-catégorie de lois de police. Pour cet auteur, en effet, « *(l)es lois d'application impérative ne sont en réalité qu'une sous-catégorie des lois de police. Cette terminologie ne devrait normalement s'appliquer qu'aux lois de police intervenant dans des domaines où la loi applicable dépend de la volonté des individus. Au sens strict, le caractère impératif d'une règle empêche que les volontés individuelles écartent la règle en question. La matière contractuelle est particulièrement intéressée.* »⁹⁶

Une seconde sous-catégorie de lois de police (selon une acception large) comprend les « *lois dont l'application doit être uniforme sur le territoire afin de permettre à ceux qui agissent sur ce territoire de le faire en toute sécurité, sans avoir à se livrer à des recherches ou*

⁹² *Op. cit.*, p. 288 et s., n° 14 et s. Pour sa part, GRAULICH distinguait deux types de règles d'application immédiate. « *(L)es unes prescrivent l'application de la loi interne en considération de la finalité de celle-ci, d'autres adoptent la même solution en fonction d'une politique législative d'assimilation de certains rapports internationaux « mixtes » aux rapports internes.* » V. « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mél. Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 629, spéc. p. 634.

⁹³ *Op. cit.*, spéc. p. 288, n° 14.

⁹⁴ *Op. cit.*, spéc. p. 288, n° 15.

⁹⁵ *Op. cit.*, spéc. p. 290, n° 16. On peut certainement reconnaître dans cette catégorie ce que M. NUYTS nommera plus tard les « lois de police protectrices ». V. « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 et s. ; p. 245 et s.

⁹⁶ Note sous Cass., 1^{ère}, civ., 19 octobre 1999, *JDI* 2000, p. 329-341, spéc. p. 332.

vérifications dont le système mis en place cherche précisément à les dispenser. »⁹⁷ L'on songe notamment à la jurisprudence *Lizardi*⁹⁸. L'auteur entend certainement assurer aux normes d'application territoriale la qualification de loi de police.⁹⁹

Enfin, une troisième sous-catégorie de lois de police (au sens large) englobe les règles dont l'observation « (...) importe non seulement aux particuliers qu'elles visent directement, mais à une collectivité plus large »¹⁰⁰. M. MAYER considère que cette sous-catégorie englobe les règles encadrant la validité des contrats au regard du droit de la concurrence. L'exemple relève d'un ordre public de direction.

Une seconde conception de la notion de loi de police, plus stricte, se limite à la dernière des sous-catégories énumérées ci-dessus. Selon nous, seule cette dernière conception restrictive doit être retenue.

M. FALLON s'est également attaché à distinguer les concepts de loi de police et de loi d'application immédiate dans son étude consacrée à la règle d'applicabilité¹⁰¹. Selon lui, la loi de police ne désigne pas une technique dérogatoire d'application d'une norme, mais la politique législative qui commande la réglementation impérative de certains rapports juridiques en vue de protéger des intérêts jugés fondamentaux¹⁰². En somme, alors que la règle d'application immédiate désignerait une technique particulière d'applicabilité d'une norme, la loi de police ne s'intéresserait qu'au contenu de cette norme, à la politique substantielle lui imprimant un caractère particulièrement impérieux¹⁰³.

⁹⁷ *Op. cit.*, spéc. p. 290, n° 16.

⁹⁸ Cass., Ch. req., 16 janvier 1861, *D.P.* 1861, 1, p. 193 ; S. 1861, 1, p. 305, note MASSE ; *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (B. ANCEL et Y. LEQUETTE), Dalloz, 4^{ème} éd. 2001, n° 5.

⁹⁹ On sait, en effet, que selon les auteurs revendiquant la spécificité de la méthode des lois de police, le champ d'application de ces dernières ne serait pas forcément territorial. On comprend dès lors la nécessité éprouvée par M. MAYER de réserver une sous-catégorie particulière des lois de police aux lois d'application territoriale. Nous rejetons, quant à nous, à l'instar de Mme JOBARD-BACHELLIER, l'idée consistant à rattacher cette solution jurisprudentielle au mécanisme des lois de police. V. *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984. Du reste, cette jurisprudence semble tout à fait exceptionnelle et relever de l'histoire du droit international privé. En effet, aujourd'hui, l'article 11 de la convention de Rome lui ôte tout intérêt puisqu'il prévoit que « Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part. »

¹⁰⁰ *Op. cit.*, spéc. p. 291, n° 16.

¹⁰¹ Celle-ci tranche la question de l'application d'une règle de droit « à raison du rattachement d'une situation de vie à l'assise du système juridique auquel elle appartient » et englobe donc notamment aussi bien les règles d'application immédiate que les règles de rattachement. V. « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *mél. R. Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 285-322, spéc. p. 287.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 302.

¹⁰³ Il résulte de cette différence que la technique de mise en œuvre des lois de police différerait de celle des lois d'application immédiate en ce qu'elle pourrait indifféremment consister en une règle directe d'applicabilité ou en une règle de rattachement de type bilatéral. Sur la distinction entre loi de police et règle d'application immédiate, dans le même sens que M. FALLON, V. not. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit*

La doctrine n'est toutefois pas rigoureuse sur cette distinction et assimile souvent les unes aux autres, ce qui obscurcit le débat concernant les questions de la détermination autant que de la mise en œuvre de l'impérativité au plan international.

Pour notre part, délaissant les précisions apportées par M. FALLON, nous appréhenderons le concept de loi de police à travers la dernière sous-catégorie mise en évidence par M. MAYER. Cette conception stricte semble au demeurant bien rejoindre l'opinion de celui qui contribua largement à la notoriété de ce qu'il préférerait nommer les « lois d'application immédiate ».

Si la confusion règne actuellement autour des lois de police, c'est parce que le contexte socio-juridique a changé depuis l'époque de celui qui a fait renaître le concept. Se replonger dans les origines de la notion permettra donc de partir sur une base relativement stable et de comprendre l'intérêt d'une conception restrictive des lois de police.

3. Retour sur les critères d'identification initiaux des lois de police.

41. Si l'on se replace dans le contexte socio-juridique ambiant lors de la « redécouverte » des lois de police dans les années soixante, on constate que l'approche qui en était alors retenue était restrictive (a). Plus précisément, la notion était associée au concept de structure (b). De son côté, la jurisprudence a fourni des exemples ne démentant pas cette conception stricte (c). A partir de cette approche restrictive initiale, il faudra préciser le domaine raisonnablement couvert par les lois de police (d).

a) Une approche initialement restrictive.

42. On sait que l'essor de la notion de « lois de police » est dû notamment à FRANCESKAKIS¹⁰⁴, qui les a, parmi les premiers, décrit comme regroupant les normes « dont l'observation est nécessaire pour assurer la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »¹⁰⁵. A condition de la prendre « à la lettre », elle rend compte

international privé, t. I, 8^{ème} éd. 1993, LGDJ, Paris, p. 427, note 8 : « L'expression de loi d'application immédiate (ou nécessaire) évoque le mode d'application de ces règles, qui se soustrait à la médiation de la règle de conflit. L'expression de loi de police met l'accent sur le fond de la règle, sur la raison pour laquelle elle bénéficie de cette application immédiate. On peut évidemment imaginer des lois d'application immédiate, parce que pourvues de ce caractère par le législateur, qui ne seraient pas au fond de véritables lois de police dont l'objet légitimerait ce statut ».

¹⁰⁴ FRANCESKAKIS a en effet joué un rôle fondamental, en France du moins, dans la diffusion de la théorie des lois de police. Par ailleurs, deux autres auteurs sont également étroitement associés à la « redécouverte » des lois de police. Il s'agit de DE NOVA, « Conflit de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges Maury*, 1960, t. I, p. 377 ; et de SPERDUTI, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *RCDIP* 1977, p. 257.

¹⁰⁵ V. notamment « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1966-1969, p. 149 et s., spéc. p. 165. Déjà dans sa thèse intitulée *le Renvoi et les conflits de systèmes* (Paris, 1958), FRANCESKAKIS aborde le phénomène des règles d'application immédiate. V. spéc. p. 11, n° 7 et s. L'auteur évoque, à propos de ces normes, « un refus global et indifférencié des lois étrangères » et plus généralement « un refus

d'une approche restrictive des lois de police qui doit être pleinement approuvée. Depuis lors, l'expression est familière aux internationalistes et continue aujourd'hui de faire couler beaucoup d'encre, traduisant ainsi les difficultés que l'on éprouve à en trouver un critère satisfaisant.¹⁰⁶ Pourtant, un tel débat n'aurait jamais vu le jour si, au lieu de s'attacher à chercher le contenu des lois de police, on s'en était tenu à une approche descriptive, rendant compte de leurs effets. Car l'expression était initialement employée comme synonyme de loi d'application immédiate pour décrire un phénomène (FRANCESSAKIS préférait l'expression « loi d'application immédiate » et disait d'ailleurs volontiers lui-même que la définition qu'il en donnait était « purement descriptive »). Mais très vite, elle a servi de réceptacle à la recherche d'un contenu en matière d'ordre public. Dès lors, à l'instar du concept d'ordre public, toute tentative visant à déterminer des critères permettant d'identifier ce contenu était vouée à l'échec.¹⁰⁷ Mais surtout, dès lors qu'on les considérait à travers leur contenu, perdant de vue que leur originalité résidait avant tout dans la méthode, il en est résulté une extension constante dont témoigne le relatif succès qu'elles ont connu en jurisprudence. C'est dire que le lien initialement mis en avant entre les lois de police et le concept de « structure » a été perdu de vue.

b) Importance de la notion de « structure ».

43. Si l'on s'en tient à une approche purement descriptive (et originelle), le seul critère fiable¹⁰⁸ d'identification des lois de police devant être retenu est celui tiré de l'intervention d'un organe dans leur mise en œuvre¹⁰⁹. C'est là un critère « neutre »¹¹⁰, correspondant à une

d'internationalisation des faits que de pareilles règles recouvrent. » (p. 14, n° 10). Ce faisant, l'auteur insiste bien sur l'originalité de la méthode.

¹⁰⁶ C'est pourquoi on peut lire encore, par ex., dans la huitième édition du Précis Dalloz de droit international privé d'Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, que « (f)aute d'un critère de portée générale, il est impossible de considérer qu'il existe une catégorie, un bloc homogène des lois de police. Tout effort de systématisation est nécessairement voué à l'échec. S'agissant d'une question de degré, de mesure, la qualification de loi de police ne peut résulter que d'un examen concret de chaque disposition législative. Elle appelle irrésistiblement la méthode du « cas par cas », qui s'apparente à celle suivie pour la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. » Evidemment, il en résulte inéluctablement, comme le soulignent ces auteurs, « un risque d'arbitraire ». V. p. 147, n° 131.

¹⁰⁷ C'est aussi l'importance attachée à cette recherche du contenu des lois de police qui explique la tentation de procéder à une bilatéralisation des lois de police.

¹⁰⁸ Les critères d'identification des lois de police conditionnent l'étendue de la notion. Et parmi eux, ce sont ceux qui invitent à en retenir une conception restrictive qui sont les plus fiables. En effet, la conception extensive des lois de police vient « brouiller les pistes » et rend encore plus malaisée l'entreprise consistant à rechercher des critères quelque peu fiables des lois de police.

¹⁰⁹ Les autres critères de distinction des lois de police sont largement présentés par les ouvrages généraux de droit international privé et par la plupart des auteurs qui abordent la question des lois de police. Ils s'attachent en particulier à tracer les frontières entre ce concept et d'autres notions voisines telles les lois de droit public, les lois politiques, ... Nous laisserons donc de côté ces questions. V. notamment, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2004, spéc. p. 140 et s., n° 127 et s. ; V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux, Etude critique des méthodes*, GLN Joly, 1990, spéc. p. 171 et s.

approche descriptive (et partant, « minimaliste ») des lois de police. FRANCESKAKIS insistait en effet sur leur caractère distinctif qui « réside dans cette idée d'organisation »¹¹¹, de structure. L'application de la loi de police serait donc souvent subordonnée à l'intervention d'un organe du for. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE considérait plus précisément que l'on était en présence d'une loi de police lorsqu'il y avait, dans la mise en œuvre de la norme en cause, intervention d'un service public ou d'une autorité du for. Cette dernière expression paraît juste mais mérite d'être précisée. Elle peut en effet être comprise comme englobant les structures émanant directement de l'Etat, auquel cas les lois de police seraient vraiment réduites à la portion congrue ; elle peut s'entendre largement, englobant tout type d'organisation.

FRANCESKAKIS précisa le concept d'« élément d'organisation étatique » caractérisant les lois de police. Tirant les conséquences de l'emprise grandissante de l'Etat sur les relations privées, il l'étendit à « tout élément d'organisation juridique qui intéresse directement la société étatique ». Il s'interrogea enfin sur une extension à tout type d'organisation ne relevant pas de l'initiative directe de l'Etat mais d'importance vitale pour lui.¹¹² De fait, la référence à l'Etat à propos du critère de l'« organisation » présente l'inconvénient de lier la qualification au mode de gestion de la structure en cause. Aussi on se ralliera à une conception large de cette notion de structure, sans égard notamment à son caractère privatiste ou publiciste.

¹¹⁰ On aurait pu songer également à un autre critère « neutre » : celui de l'application territoriale. De fait, si lois de police et lois territoriales ne sont pas synonymes, les lois de police, du moins selon une conception stricte, appelleront souvent un champ d'application territorial. En effet, ce critère s'associe bien à l'idée de structure, d'organisation. On sait cependant que FRANCESKAKIS rejetait ce critère. Il présente de toute façon l'énorme inconvénient d'être peu explicite, en particulier si l'on retient une conception large des lois de police. En effet, si l'on y englobe les lois protectrices du consommateur, le critère tiré de l'application territoriale de la loi de police est d'un maniement plus délicat. Par exemple, la jurisprudence a recours au critère de rattachement du pays de résidence habituelle du consommateur pour appliquer impérativement la loi du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation. On peut considérer ce critère tiré du lieu de résidence comme étant de nature territoriale. Cependant, il en va de même du lieu d'exécution. Ainsi, (abstraction faite des solutions de la convention de Rome) si un contrat est conclu par un consommateur résidant en France et qu'il doit être exécuté à l'étranger, que penser alors du critère tiré du lieu d'exécution ? La loi en vigueur en ce lieu pourrait tout aussi bien revendiquer la qualification de loi de police. Quelle loi de police faudra-t-il privilégier, en particulier en cas de contrariété ? On sait qu'en droit positif, la question sera très vite résolue puisque le juge fera primer la loi de police du for. Mais l'exemple montre que le doute sera souvent permis quant au choix du critère de rattachement déclenchant la mise en œuvre d'une loi de police, notamment en droit de la consommation. On peut même y voir un signe que la qualification de loi de police est inadaptée en la matière. En effet, si la sphère d'application de la loi de police conditionnait réellement son efficacité, comme on le dit, cette sphère d'efficacité devrait être relativement aisée à identifier. On peut douter de la réelle « nécessité d'application » d'une loi dont la sphère d'application soulève des difficultés d'identification.

¹¹¹ V. *Rép. Dalloz dr inter.*, 1^{ère} éd., V° « Conflits de lois », n° 126 et s.

¹¹² *Ibidem*.

De même, l'évolution du concept de loi de police à travers la jurisprudence témoigne du passage d'une conception étroite à une conception élargie. Partir des décisions anciennes permet de le comprendre.

c) *Les lois de police dans la jurisprudence ancienne.*

44. Dans l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits*¹¹³ qui contribua à la notoriété et à la diffusion de la méthode, l'application du critère tiré de la structure est relativement aisée. On le sait, dans cette décision, le Conseil d'Etat jugea que les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement du comité d'entreprise s'appliquaient à « *toute personne physique ou morale exerçant en France les responsabilités d'employeur* ». ¹¹⁴ Cette solution a été suivie par la jurisprudence (notamment civile) postérieure.¹¹⁵ De fait, l'évolution contemporaine du droit du travail s'est faite dans un sens favorable aux intérêts des travailleurs (notamment en matière de défense de leurs droits à travers des institutions collectives). On conçoit aisément la mise en œuvre du critère de la « structure » dégagé par FRANCESKAKIS à propos de l'obligation d'instituer un comité d'entreprise. En raisonnant par analogie à partir de ce critère, on peut envisager une certaine extension du domaine des lois de police.

d) *Le domaine d'extension possible des lois de police.*

45. On peut concevoir l'extension opérée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation - par un phénomène de « contagion » - à propos des règles relatives au licenciement du personnel protégé.¹¹⁶ En effet, on peut estimer, avec M. Bernard AUDIT, que la protection particulière organisée dans ces règles est « *directement et étroitement liée au fonctionnement de l'institution* » ¹¹⁷. Dès lors que l'entreprise qui exerce en France des responsabilités

¹¹³ CE, Ass., 29 juin 1973, *RCDIP* 1974, p. 344, concl. Mme Questiaux ; *JDI* 1975, p. 538, note SIMON-DEPITRE ; *Dr. soc.* 1976, p. 50, obs. SAVATIER ; *Rev. soc.* 1976, p. 663, note BISMUTH ; *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (B. ANCEL et Y. LEQUETTE), 4^{ème} éd. 2001, Dalloz, n° 53. Plus récemment, V. Soc., 14 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 642, obs. M.-A. MOREAU ; *D.* 2001, *somm.*, p. 2171, obs. C. NICOD. Soc., 14 janvier 2004, *Bull. V.*, n° 14.

¹¹⁴ Cet arrêt atteste en outre d'une conception restrictive des lois de police. En effet, le Conseil d'Etat a procédé à l'examen de l'ordonnance de 1945 imposant la constitution d'un comité d'entreprise. Pour se prononcer sur le domaine d'application dans l'espace de ce texte, il a fait référence à la Constitution de 1958, plus exactement au renvoi qu'elle fait à celle de 1946, laquelle prévoit que « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* ». Aujourd'hui, on pourrait y ajouter une référence aux droits fondamentaux reconnus aux travailleurs exerçant leur activité en France et dans l'Union Européenne.

¹¹⁵ V. not. Cass., ch. mixte, 28 fév. 1986, *Dr. soc.* 1986, p. 406, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1986, p. 699, obs. A. LYON-CAEN ; *RCDIP* 1986, p. 501, note P. LAGARDE ; *adde* P. RODIERE, « A propos d'Air Afrique », *Dr. soc.* 1986, p. 709 ; Cass., soc., 3 mars 1988, *JCP G* 1988, IV, p. 713 ; *RCDIP* 1989, p. 63, note G. LYON-CAEN ; *JDI* 1989, p. 78, note MOREAU-BOURLES ; Cass. soc., 14 février 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 639, obs. M.-A. MOREAU.

¹¹⁶ En ce sens, V. Cass., A.P., 10 juillet 1992, 1^{ère} esp., *RCDIP* 1994, note B. AUDIT ; *JCP éd. G* 1993, n° 22063, note P. RODIERE.

¹¹⁷ *Op. cit.*, spéc. p. 76.

d'employeur est soumise, de façon impérative, à l'obligation de constituer un comité d'entreprise, il faut étendre le domaine de la loi française aux dispositions qui affectent directement son fonctionnement. Ainsi en va-t-il de la réglementation concernant les conditions du licenciement des représentants du personnel ; il apparaît en effet que l'organisation du comité d'entreprise ou d'établissement soit inséparable de la protection des salariés qui y exercent des fonctions.

On peut également concevoir aisément la mise en œuvre de l'idée de structure à propos de la loi du 16 juillet 1984 relative aux activités physiques et sportives. Celle-ci a été modifiée par la loi du 6 juillet 2000¹¹⁸. Cette réforme a notamment pour objet de subordonner l'exercice de l'activité d'agent sportif à la possession d'une licence délivrée par les fédérations sportives disposant d'une délégation ministérielle. Apparaît alors l'implication d'un organe (les fédérations) lors de la mise en œuvre de la disposition en cause.¹¹⁹ L'objectif de cette législation est assez clairement exprimé dans le texte lui-même. Il était question de moraliser le « marché international » des transferts de sportifs professionnels et de protéger les sportifs contre des pratiques douteuses. Le critère de « l'intervention d'une structure » caractéristique des lois de police apparaît à plus d'un titre. D'abord, la loi du 16 juillet 1984 (modifiée une première fois par une loi du 13 juillet 1992) soumettait l'exercice rémunéré de l'activité d'agent sportif à une déclaration préalable au ministère des sports, lequel pouvait prononcer des sanctions pénales ainsi que des interdictions d'exercer à l'encontre de l'intermédiaire ayant porté « *atteinte aux intérêts matériels ou moraux d'un ou plusieurs sportifs.* »

En outre, une loi du 6 juillet 2000 a accentué les traits caractéristiques des lois de police. Notamment, le régime de déclaration est remplacé par un régime d'autorisation ; l'exercice de l'activité d'intermédiaire sportif est subordonné désormais à l'obtention d'une licence délivrée par les fédérations sportives « *disposant d'une délégation ministérielle aux*

¹¹⁸ J.O. 8 juillet 2000.

¹¹⁹ Pourtant, dans l'arrêt Cass., 1^{ère}, civ., 18 juillet 2000, (D. 2000, *Actualités*, p. 1743 ; JDI 2001, p. 97, note E. LOQUIN et G. SIMON), la Cour de cassation, contrairement à la cour d'appel (semble-t-il) n'a pas reconnu le caractère de loi de police à cette loi, en particulier l'article 15-2. Dans cette affaire, un ressortissant français établi en France avait négocié, pour le compte d'un club de football tunisien, le transfert d'un joueur auprès d'un club français. Invoquant le défaut d'agrément par la FIFA ainsi que le défaut d'accréditation par le club français de l'intermédiaire, le club tunisien refusa de payer la commission prévue au « contrat de négociation ». L'intermédiaire assigna le club en paiement de ladite commission. La cour d'appel avait refusé de faire droit à cette demande, se fondant sur le caractère d'« ordre public » de la loi du 16 juillet 1984. C'est par substitution de motifs que la Cour de cassation, en recourant à l'article 4 de la convention de Rome, a rejeté le pourvoi formé par l'intermédiaire. Ce choix nous semble curieux. En l'occurrence, nous n'aurions pas hésité à conférer le caractère de loi de police à la disposition en cause. Dans le même sens, V. E. LOQUIN et G. SIMON, *op. cit.* V. cependant, approuvant le raisonnement de la Cour de cassation et admettant qu'une loi de police au sens de l'article 7 de la convention de Rome n'intervienne que si les règles de principe (*i. e.* les art. 3 et 4) ne désignent pas celle-ci : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *in Mél. en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois 2005, p. 393, spéc. p. 407, n° 30.

personnes ». Le système vise incontestablement à assurer une certaine « police du sport », à l'image des règles relatives à la concurrence visant à assurer la « police du marché ».

On peut aussi concevoir une extension des lois de police aux règles entourant l'action en revendication intentée à l'encontre d'une société soumise à une procédure collective ouverte devant le juge français par une « attraction » des organes de la procédure.¹²⁰ De même, le critère de l'intervention d'une structure apparaît relativement aisé à mettre en oeuvre en droit de la concurrence.

L'article 10.2 de la convention de Rome illustre aussi le lien entre l'implication d'un organe et loi de police. Ce texte, qui concerne le domaine de la loi du contrat, prévoit qu' « *(e)n ce qui concerne les modalités d'exécution et les mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution (du contrat), on aura égard à la loi du pays où l'exécution a lieu.* » Il vise donc notamment les mesures d'exécution qui relèvent de l'organe judiciaire du lieu d'exécution de la mesure en question.¹²¹

En revanche, en droit de la consommation, l'idée de structure nous paraît difficilement transposable. Plus généralement, nous ne pensons pas que les règles consuméristes soient « nécessaire(s) à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique » du pays. Il sera préférable d'envisager une autre méthode en ce qui les concerne, en raison des inconvénients décisifs que présentent les lois de police. De fait, elles ont fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine, ce qui a conduit certains auteurs à entreprendre des tentatives de bilatéralisation des lois de police.¹²² Il nous semble cependant que si l'objectif en paraît louable, l'entreprise se heurte à des obstacles théoriques décisifs puisque par nature même, une loi de police repose sur des critères établis exclusivement par la *lex fori*. En somme, dès lors que l'on bilatéralise une loi de police, on la disqualifie.

En effet, à s'en tenir à leur caractéristique incontestée, les lois de police paralysent, en quelque sorte, le jeu de la règle de conflit bilatérale. Le postulat selon lequel les lois émanant de chacun des systèmes juridiques de la planète doivent être traitées sur un pied d'égalité est battu en brèche. Elles sont, si ce n'est la négation même du droit international privé, du moins

¹²⁰ La chambre commerciale de la Cour de cassation les a en effet considérées comme internationalement impératives. V. not. Cass., com., 8 janvier 2002, inédit; pourvoi n° 98-20181.

¹²¹ Le rapport Giuliano-Lagarde (*JOCE* n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1-50) est très peu explicite sur ce texte. La formule est suffisamment large pour englober certainement « *des actes de livraison, des mesures conservatoires, des moratoires, des délais de grâce, que la jurisprudence et la doctrine modernes rattachent volontiers à la loi locale, sur la base de fondements divers et incertains (lois de forme, lois pénales et administratives, lois de police, lois d'application immédiate, etc...)* » V. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Précis*, p. 514, n° 384.

¹²² V. not. les thèses de Mme DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, 1973 et de Mme TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1972.

une exception dans le paysage internationaliste. Poussée à son paroxysme, la méthode porte en elle le germe destructeur du droit international privé. Tout nous porte donc à prôner une conception très restrictive en matière de lois de police. Cependant, dans la mesure où la pratique est bien ancrée dans le droit positif,¹²³ il semble plus constructif de chercher à en circonscrire le domaine d'application en le précisant. Car c'est aborder ici précisément l'une des faiblesses des lois de police que d'évoquer l'imprécision de leurs critères d'application. En effet, ils varient selon les systèmes juridiques. Ainsi en recherchant les domaines dans lesquels leur utilisation semble la mieux adaptée, on parvient tout à la fois à atténuer l'une de leurs principales faiblesses tout en en restreignant le domaine d'application. Le recours aux distinctions de droit interne pourrait s'avérer utile à cette fin.

B. Positionnement des lois de police au regard des distinctions de droit interne en matière d'ordre public.

46. Les lois de police seront confrontées successivement aux deux distinctions les plus importantes établies en droit interne, à savoir la distinction entre ordre public normatif et ordre public finaliste (1), puis celle entre ordre public de protection et ordre public de direction (2). Les liens entre les lois de police et ces distinctions invite à retenir une conception restrictive des lois de police.

1. Lois de police et distinction entre approche normative et approche finaliste de l'ordre public.

47. Confronter successivement les lois de police à l'approche finaliste (a) puis à l'approche normative de l'ordre public (b) permettra de comprendre que cette dernière semble la plus apte à saisir le concept.

a) L'antagonisme entre lois de police et conception finaliste de l'ordre public.

48. L'approche finaliste de l'ordre public met l'accent sur la recherche d'un certain résultat concret (par exemple, la protection d'une partie faible). Ainsi s'opère une distinction, au sein de la norme, entre les fins poursuivies et les moyens proposés pour y parvenir. Seules les premières s'imposent aux parties. Or les lois de police se particularisent notamment par l'impossibilité de dissocier, quant à leur force obligatoire, les moyens et les fins poursuivis. Il faut donc recourir à une telle qualification avec parcimonie. N'est une loi d'application immédiate que celle, notamment, qui impose à la fois un résultat et les moyens permettant d'y parvenir. En revanche, on ne peut pas parler de loi d'application immédiate lorsque la loi en

¹²³ La jurisprudence et les conventions élaborées dans le cadre des conférences de La Haye illustrent le phénomène.

cause ne présente pas une volonté d'application allant jusqu'à exclure l'applicabilité d'une loi étrangère. Ce n'est que si et dans la mesure où cette dernière ne permet pas de parvenir au résultat préconisé par la règle en cause que s'ensuivra sa mise à l'écart.

b) Lien entre lois de police et conception normative de l'ordre public.

49. Si la notion de loi de police est relative et en proie à des divergences de conceptions, ce qui ne saurait surprendre eu égard à leur appartenance à l'ordre public (au sens large), les auteurs semblent s'accorder sur certains points, et notamment (même implicitement) sur le lien qu'elles entretiennent avec l'approche normative de l'ordre public. Ainsi M. MAYER voit dans ces règles « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* »¹²⁴, la manifestation d'une « *prise en considération de l'intérêt de l'Etat* »¹²⁵.

De même, la doctrine internationaliste classique qui enseigne traditionnellement que les lois de police prennent en charge l'intérêt de l'Etat, met ce faisant l'accent sur l'aspect normatif de l'ordre public.¹²⁶ La technique même révèle une conception normative. En effet, si selon le raisonnement savignien, il faut partir de l'analyse de la situation juridique en cause pour dégager le siège du rapport de droit et y affecter le facteur de rattachement adéquat permettant de désigner la loi applicable, le raisonnement est inversé dans la méthode des lois de police. L'analyse se concentre sur la recherche du champ d'application de la norme en cause. Autrement dit, il s'agit de s'interroger sur la volonté du législateur par opposition à la méthode « traditionnelle » qui repose sur la délimitation des sphères de la volonté privée.

C'est notamment en raison des liens entre l'ordre public normatif et les lois de police que nous adhérons à une conception stricte des lois de police. En effet, s'agissant de la catégorie englobant les considérations relatives à la protection de particuliers, l'application de la norme n'est en principe pas nécessaire en soi. Il est possible de dissocier le but poursuivi des moyens pour y parvenir. Les moyens permettant de parvenir à l'objectif de protection ne sont pas imposés. C'est la protection qui constitue le principe d'ordre public. La règle protectrice n'est que l'illustration, en droit substantiel, de ce principe innervant le droit positif. Il se pourrait très bien qu'une loi autre que la loi prétendument de police en matière de protection des

¹²⁴ Selon la célèbre définition de FRANCESCOAKIS.

¹²⁵ P. MAYER : « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », in *Droits* 1985, n° 2, p. 129-143, spéc. p. 142, n° 26.

¹²⁶ Le droit international privé contemporain fournit des illustrations d'une systématisation du recours aux lois de police à travers la méthode des « *governmental interest* » (théorie bâtie autour de l'intérêt des Etats à l'application de leurs lois). V. not. CAVERS, « Contemporary Conflicts Law in American Perspective », *RCADI*, t. 131, p. 122 et s. De même, le critère tiré de la prise en considération de l'intérêt de l'Etat n'est pas sans rappeler la méthode « statutiste » caractérisée notamment par son unilatéralisme, ayant marqué l'histoire du droit international privé.

particuliers satisfasse les objectifs du législateur. Au contraire, s'agissant de la force obligatoire des lois de police, il est impossible de dissocier les moyens des fins poursuivis, les deux s'imposant face à une volonté contraire. Autrement dit, la conception large des lois de police ignore la distinction entre l'ordre public finaliste et l'ordre public normatif. On peut en dire autant en ce qui concerne la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction.

2. Lois de police et distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction.

50. S'il est un domaine dans lequel le concept de loi de police semble incontestablement trouver sa place, c'est dans celui de l'ordre public de direction (a). Mais en ce qui concerne l'ordre public de protection (b), on constate que cette même terminologie ne peut être conservée qu'au prix d'une déformation.

a) Le domaine incontesté des lois de police : l'ordre public de direction.

51. M. LECLERC souligne le lien étroit existant entre la notion d'ordre public de direction telle que reçue en droit interne et les lois de police. Selon l'auteur, en effet, les lois de police « assurent la traduction fidèle de l'ordre public conçu comme une technique d'éradication de toute disposition contraire. Autrement dit, l'ordre public sous-jacent aux lois de police d'application immédiate s'identifie à cet ordre public économique de direction qui se propose de concourir à une certaine direction de l'économie nationale en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait la contrarier. »¹²⁷

De son côté, Madame IDOT, qui relève que de nombreuses dispositions du droit de la concurrence appartiennent incontestablement à la catégorie des lois de police¹²⁸, précise que « (c)ette solution s'explique par la finalité macro-économique de ces règles. Elles ont pour objectif la régulation du marché, et relèvent à ce titre de l'ordre public de direction. »¹²⁹ La cour d'appel de Paris, dans l'arrêt *Labinal*¹³⁰, a ainsi qualifié de « lois de police économique », certaines règles communautaires de concurrence. On parle d'ailleurs souvent du principe de territorialité du droit de la concurrence.

¹²⁷ Thèse préc. note 59, spéc. p. 375, n° 395.

¹²⁸ « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI* 1995, p. 321 et s. spéc. p. 322-323, n° 4. V. également not. P. MAYER pour qui il est « manifeste que les règles du droit de la concurrence doivent être appliquées à tout accord dont les effets anticoncurrentiels seraient ressentis sur le marché de l'Etat qui les a édictées, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont choisi de soumettre cet accord. », « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, LGDJ, Paris, 1996, tome 261, p. 511, spéc. p. 522, n° 17.

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 323, n° 4.

¹³⁰ CA Paris, 19 mai 1993, *JDI* 1993, p. 957, note L. IDOT ; *Europe*, juill. 1993, n° 299. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre cet arrêt dans une décision du 14 février 1995, V. *Europe*, avril 1995, n° 145.

L'un des avantages de retenir une conception stricte des lois de police en les cantonnant essentiellement à l'ordre public de direction, concerne la détermination du lien requis avec le territoire pour en déclencher l'application. En effet, le critère tiré de la territorialité des lois de police trouve la plupart du temps aisément sa place dès lors que l'on raisonne en matière d'ordre public de direction. Ainsi, pour emprunter un exemple au droit de la concurrence, que l'on classe incontestablement dans la catégorie « ordre public de direction », affirmer que le droit communautaire de la concurrence est d'application territoriale signifie que son emprise s'étend par exemple aux effets anticoncurrentiels ressentis sur le territoire. De même, si l'on reprend la loi concernant l'institution du comité d'entreprise, la Cour de cassation a recours au critère tiré de l'exercice de la fonction d'employeur en France.¹³¹ Si l'ordre public de direction apparaît donc incontestablement comme le domaine de prédilection des lois de police, l'extension du concept à l'ordre public de protection soulève en premier lieu des difficultés d'ordre théorique.

b) L'inadaptation de la méthode des lois de police à l'ordre public de protection.

52. M. LECLERC a montré l'antagonisme existant entre les lois d'application immédiate et l'idée d'assurer la protection de certaines catégories de personnes particulièrement vulnérables. Pour le comprendre, il suffit de se rappeler que selon FRANCESCAKIS, l'idée qui sous-tend la théorie des lois de police, c'est le refus d'internationalisation des faits que ces lois recouvrent.¹³² Ce refus emporte pour lui une conséquence capitale : il ne permet « aucune sorte de comparaison de la loi interne avec les législations étrangères ». ¹³³ En effet, par définition, la loi de police exclut toute prise en considération du contenu matériel de la norme désignée par la règle de conflit.

Or précisément, le mécanisme spécifique de l'ordre public social étendu, comme le préconise M. LECLERC, au domaine plus général de l'ordre public de protection, commande de résoudre un conflit de normes substantielles au profit de celle s'avérant la plus favorable à la partie qu'elle vise à protéger. Ainsi, comme le souligne l'auteur, « *(p)ar (le) repli qu'il impose sur la norme protectrice du for, sans tenir compte de règles étrangères plus favorables, le mécanisme d'application immédiate contrecarre la fonction de l'ordre public*

¹³¹ V. l'arrêt préc. (note 113) CE, Ass., 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits*. Toutefois, on a déjà fait part de nos réserves à l'égard du critère tiré de la territorialité qui est équivoque. V. *supra*, note 110.

¹³² *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, spéc. p. 14. L'importance décisive de cette caractéristique a d'ailleurs parfaitement été perçue par M. LECLERC dans sa thèse. L'auteur y insiste en effet à de nombreuses reprises sur le refus d'internationalisation de ce type de normes, et partant, sur ce que l'on pourrait appeler une sorte d'« empiètement » du droit interne sur les relations internationales.

¹³³ *Ibidem*.

social de protection, orienté vers la recherche de la solution matériellement la plus satisfaisante au profit de la personne protégée. »¹³⁴ Restera alors à préciser le seuil minimal de protection requis pour satisfaire l'objectif de protection. Et ce seuil minimal de référence peut très bien être désigné par une règle de conflit bilatérale, de telle sorte que l'objectif de droit substantiel de protection soit pris en compte au stade de la désignation de la loi applicable. Mais la loi ainsi désignée n'est pas conflictuellement obligatoire,¹³⁵ dans la mesure où les parties peuvent très bien y déroger dans un sens favorable à la partie au profit de laquelle le système protecteur a été institué. L'approche finaliste de l'ordre public permet donc de comprendre comment il est possible de bilatéraliser une règle de conflit englobant un objectif de droit substantiel. Un tel processus est favorable à l'harmonie internationale des solutions. D'où l'intérêt d'examiner les méthodes se rattachant à une conception finaliste de l'ordre public.

§ II : Les méthodes se rattachant à une conception finaliste de l'ordre public.

53. Les méthodes se rattachant à une conception finaliste de l'ordre public mettent l'accent, non pas sur la volonté d'application d'une norme, mais sur la recherche d'un résultat plus ou moins déterminé. C'est dire que la conception finaliste privilégiera une approche concrète. Il faut se souvenir également des liens établis en droit interne entre l'approche finaliste, l'ordre public de protection et les « principes du droit ». La méthode de l'exception d'ordre public international semble, selon nous, se prêter à une telle approche de l'ordre public (A). Les règles à coloration substantielle, apparues plus récemment dans le paysage juridique, en ce qu'elles intègrent « le but social »¹³⁶ dans le présumé de la règle de conflit, se situent dans le sillage de l'exception d'ordre public international (B).

A. L'exception d'ordre public international.

54. Le mécanisme de l'exception d'ordre public international¹³⁷, en ce qu'il se rattache à une conception finaliste, s'oppose radicalement à la méthode des lois de police qui, elle, se rattache à une approche normative. Cette opposition se manifeste notamment par quelques

¹³⁴ Thèse préc. note 59, spéc. p. 379, n° 400. C'est pourquoi l'auteur a recours à la notion de loi d'application minimale au sujet des normes exigeant le respect d'un seuil minimal, sous peine de dénaturer le concept de « loi de police d'application immédiate ». *Op. cit.*, p. 380, n° 400.

¹³⁵ Pour reprendre une expression de M. PATOCCHI, elle est revêtue d'une « impérativité relative », en ce sens qu'il n'est possible d'y déroger que dans un sens favorable au consommateur ou au travailleur. V. *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Librairie de l'Université, Genève, 1985, p. 134, n° 280.

¹³⁶ L'expression est de M. BUCHER. V. « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993-II, p. 9-116, spéc. p. 71.

¹³⁷ V. not. P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959.

différences essentielles. D'abord, d'un point de vue technique (1) ; ensuite, contrairement à l'approche initialement « descriptive » des lois de police, le concept d'ordre public international a vocation à désigner notamment un contenu (2). Enfin, alors que la bilatéralisation des lois de police apparaît théoriquement impossible, l'approche finaliste de l'ordre public autorise, théoriquement, une ouverture sur les autres pays, notamment à travers les concepts d'ordre public de proximité et d'effet atténué de l'ordre public (3).

1. Précisions quant au mécanisme.

55. Le mécanisme de l'exception d'ordre public réagit en aval de la mise en œuvre de la règle de conflit, *a posteriori*, parce que l'application de la loi qu'elle désigne aboutit à consacrer un résultat choquant aux yeux du juge saisi. Le juge qui entend le mettre en œuvre doit donc rechercher le contenu de la loi étrangère¹³⁸. La doctrine et la jurisprudence s'accordent généralement pour définir le phénomène de l'exception d'ordre public international « *comme un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi.* »¹³⁹

A la différence des lois de police, la norme appliquée en vertu de l'exception d'ordre public international n'est pas conflictuellement obligatoire.¹⁴⁰ Par ce mécanisme, il s'agira de contrôler le respect de certaines valeurs jugées fondamentales, ce qui se traduit, quant au régime de l'ordre public, par une correction du résultat concret jugé choquant. C'est pourquoi le premier effet du mécanisme sera dans tous les cas un effet négatif, à savoir l'éviction de la

¹³⁸ C'est ce qui explique, par exemple, la censure d'une décision des juges du fond dans laquelle ceux-ci avaient déclaré sans effet une clause d'exclusion de garantie insérée dans un contrat de vente de sacs de terreau entre un producteur néerlandais et un importateur français. Les juges auraient dû déterminer la loi applicable et en identifier le contenu. V. Cass., 1^{ère}, civ., 4 oct. 1989, *RCDIP* 1990, p. 316, note P. LAGARDE ; *JDI* 1990, p. 415, note KAHN ; *D.S.* 1990, p. 266, note B. AUDIT.

¹³⁹ V. par ex. : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Précis*, n° 252, p. 338.

¹⁴⁰ La distinction entre lois de police et exception d'ordre public international n'est pourtant pas toujours très claire en jurisprudence. En atteste par exemple un arrêt de la cour d'appel de Pau du 1^{er} mars 2001 (*RJDA* 2001, n° 939, p. 812). Mettant en œuvre l'article 7.2 de la convention de Rome, les juges se prononcèrent sur les lois de police en ces termes : « *de telles règles dérogatoires au principe de liberté du choix de la loi applicable et attentatoires à la stabilité juridique de situations de droit créées à l'étranger, se caractérisent par leur vocation à établir ou respecter un ordre public entendu stricto sensu, c'est-à-dire relatif aux valeurs morales et philosophiques et aux impératifs économiques dont le droit français est consubstantiellement imprégné.* » Si la conception stricte des lois de police retenue par les juges doit être approuvée, on peut leur reprocher d'estomper la distinction entre exception d'ordre public international et lois de police, au point de conduire à une confusion entre les deux méthodes. Ainsi, selon nous, si les « valeurs morales et philosophiques » auxquelles il est fait référence relèvent de la méthode de l'exception d'ordre public international, les « impératifs économiques » relèvent plutôt de celle des lois de police. De nombreuses autres décisions témoignent d'une « confusion des genres » en la matière, que ce soit à travers la démarche suivie par les juges pour finalement évincer la loi étrangère (V. par ex. TGI Dunkerque, *JDI* 1986, p. 713, obs. Ph. KAHN) ou à travers l'évocation du contenu même de ces deux concepts. V. TI Niort, 1^{er} juillet 1998, (*RJDA* 1999, p. 464, n° 598) le juge mêlant confusément à propos d'un même problème de droit, à la fois le concept de loi de police, celui d'exception d'ordre public international et faisant même intervenir l'article 5 de la convention de Rome (alors que le litige ne relevait pas du domaine matériel de ce texte...)

loi dont l'application concrète conduit à un résultat intolérable. L'aspect normatif est ici occulté par la volonté de parvenir à un résultat substantiel supportable par le for. Au plan technique, il en découle qu'en principe, la loi étrangère contre laquelle est mis en œuvre le mécanisme de l'exception d'ordre public ne sera évincée qu'en ses effets jugés contraires à l'ordre public international.¹⁴¹ Cette éviction sera déterminée en fonction du contenu des valeurs fondamentales véhiculées par le for.

2. Précisions quant au contenu de l'ordre public international.

56. Si l'on reprend les nuances observées en droit interne à propos des rapports entre les concepts d'impérativité et d'ordre public, c'est bien davantage avec le second que le concept d'ordre public international entretient des liens. Il intéresse en effet un contenu, la limitation à la volonté des parties n'apparaissant qu'en second plan.

A l'image de l'ordre public de droit interne, les contours de l'ordre public international sont insaisissables. La seule certitude entourant le contenu de la notion est qu'il est plus étroit que le contenu de l'ordre public interne.¹⁴² Pour le reste, à l'instar de toute notion servant à désigner le contenu de l'ordre public, l'ordre public international est tributaire de considérations politiques et idéologiques variables selon les temps et les lieux. A une approche stricte s'oppose une approche extensive.

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE¹⁴³, en France, s'est particulièrement attaché à définir le concept d'ordre public international. Il distingue, selon un critère tiré de leur fonction, deux catégories de règles relevant de l'exception d'ordre public international. La première regroupe les cas d'éviction des règles étrangères « (...) *qui méconnaîtraient les principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées, expression de la morale et de la justice*

¹⁴¹ Toutefois, la jurisprudence française n'apparaît pas très claire sur ce point. V. les ex. donnés par MM. LOUSSOUARN, BOUREL et de VAREILLES-SOMMIERES, *Précis*, p. 354, n° 258.

¹⁴² La distinction entre ordre public interne et ordre public international est établie maintenant depuis longtemps en jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation considère qu'une loi étrangère, même non conforme aux règles impératives du droit français, ne saurait être considérée comme étant en contradiction avec l'ordre public au sens du droit international privé. V. Cass., 1^{ère} civ., 30 mai 1967, *RCDIP* 1967, p. 728, note P. BOUREL ; *D.* 1967, p. 629, note P. MALAURIE ; *JCP* 1968, II, n° 15456, note MEYER-JACK. Cass., 1^{ère} civ., 15 décembre 1969, *RCDIP* 1971, p. 512, note P. BOUREL ; *JDI* 1971, p. 565, obs. R. DAYANT.

¹⁴³ On sait, en effet, que c'est à lui que l'on doit la célèbre formule employée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948 (*RCDIP* 1949, p. 89 ; *GAJDIP* n° 19, p. 168). La Haute Juridiction y définit l'ordre public international comme regroupant les « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». Une autre formule est également restée célèbre. C'est celle du juge Cardozo qui estime que le droit étranger ne devrait être évincé que « [if it] *would at least violate some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep rooted tradition of the common weal* » (*Loucks v. Standard Oil Company*, 224 NY 99, 111, 120 NE 198, 202, 1918, réf. citée par A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois », *RCADI* 1993-II, p. 9-116, spéc. p. 24, n° 5).

objectives, que certains qualifient de principes internationaux ». ¹⁴⁴ Il s'agit de protéger les principes de droit naturel selon la conception du for. On peut alors citer à titre d'exemple, en France, l'indisponibilité du corps humain et la liberté matrimoniale. La seconde regroupe les cas d'éviction des règles étrangères afin de sauvegarder les « *fondements politiques, sociaux de la civilisation française* ». ¹⁴⁵

BATIFFOL et M. LAGARDE reprennent et synthétisent la formule puisqu'ils estiment que l'exception d'ordre public international permet notamment d'évincer les lois qui paraissent inconciliables avec une certaine politique législative ¹⁴⁶. Certains auteurs n'hésitent pas à y voir un certain élargissement du concept, leur permettant d'envisager la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international en matière de protection des consommateurs, laquelle incarnerait, « (...) *aujourd'hui, au sein des pays de l'Union européenne, une préoccupation réelle, fondée sur la défense de la partie faible et se traduisant par une politique législative active.* » ¹⁴⁷ Sans aller nécessairement jusque là, on concèdera volontiers que le mécanisme de l'exception d'ordre public international recèle des potentialités permettant d'intégrer ce type d'objectif au stade du présupposé d'une règle de conflit qui prendrait alors une coloration substantielle. Le passage par le concept d'ordre public de proximité permettra de comprendre le cheminement.

3. L'ordre public de proximité.

57. La présentation du mécanisme (a) est un préalable nécessaire à la compréhension de ses potentialités en vue de l'élaboration de règles de conflit à coloration matérielle (b).

a) Présentation du mécanisme.

58. On sait que M. LAGARDE s'est fait, en France, l'ardent défenseur du concept d'*Inlandsbeziehung*. ¹⁴⁸ Selon cette théorie, le degré d'intervention de l'ordre public n'est plus

¹⁴⁴ *Précis de droit international privé*, Dalloz, 2^{ème} éd., 1933, n° 270, définition citée par MM. LOUSSOUARN, BOUREL et de VAREILLES-SOMMIERES, *Précis*, 8^{ème} éd., n° 254, p. 343. (Et reprise par l'ensemble des ouvrages de droit international privé).

¹⁴⁵ MM. LOUSSOUARN, BOUREL et DE VAREILLES-SOMMIERES évoquent désormais la nécessité de sauvegarder l'intérêt national contre une loi étrangère en présentant une divergence dans « *les buts moraux, sociaux, économiques* ». V. *Précis*, n° 254, p. 344.

¹⁴⁶ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, T. I, 7^{ème} éd., p. 577, n° 359, 8^{ème} éd., p. 585, n° 363. Toutefois, M. LAGARDE estime, dans la dernière édition du *Traité*, qu'une approche comparative de l'ordre public en droit international privé serait « plus féconde » que la présentation de LEREBOURS-PIGEONNIÈRE. Elle conduirait à « *soumettre à un test de droit comparé les dispositions du droit étranger qui s'éloignent des dispositions du for et de leur opposer l'ordre public lorsqu'elles s'écartent de manière essentielle du standard de droit comparé* ». V. *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁷ V. N. HOUX, « La protection des consommateurs dans la convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables », *Petites Affiches* du 1^{er} mars 2001, n° 43, p. 6 ; P. A. du 2 mars 2001, n° 44, p. 5, spéc. P.A. n° 43, 17, n° 28.

¹⁴⁸ *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse préc. note 137. V. aussi, récemment, sur ce concept, JOUBERT (Nathalie) : *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse multigr., Paris I, 2002. Adde P. COURBE, « L'ordre public de proximité », *mél. en*

fonction du rôle qui lui est attribué, mais du lien existant entre la situation juridique et le territoire du for. Le juge tient compte du lien existant entre la situation et le for pour caractériser l'atteinte portée au sentiment du droit dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international. Par ailleurs, la jurisprudence (notamment suisse et allemande) ayant fait application de cette théorie laisse apparaître que l'intensité du lien requis pour déclencher l'éviction de la loi étrangère est inversement proportionnel à l'importance du principe auquel il est portée atteinte¹⁴⁹. En somme, plus le principe auquel il sera porté atteinte revêtira une importance considérable, moins les juges se montreront exigeants en ce qui concerne l'intensité des liens entre la situation et le for pour déclencher le mécanisme. En revanche, lorsque le principe auquel il sera porté atteinte revêtira une importance moindre, les juges auront tendance à exiger que la situation en cause entretienne des liens manifestes avec le for. Par exemple, s'il est porté atteinte à la jouissance des droits civils d'un individu, qui est un principe qui revêt une importance essentielle notamment dans les pays démocratiques, le juge se satisfera certainement d'un lien relativement faible, « accidentel », entre la situation en cause et le for pour réagir au nom de l'ordre public. Au contraire, en matière contractuelle par exemple, pour décider s'il doit appliquer la *lex causae* accordant à la partie lésée des dommages punitifs, le juge du for (dont le droit, par hypothèse, n'admet pas de tels dommages punitifs) aura sans doute tendance à prendre en considération l'existence de liens plus importants entre la situation et le for, telle la nationalité du débiteur¹⁵⁰. En effet, la question de l'octroi de dommages punitifs à une partie lésée dans un contrat ne peut sans doute pas être considérée comme incarnant une valeur essentielle dans un système juridique donné. Ainsi, le juge sera peut-être tenté de faire intervenir l'ordre public lorsque le débiteur sera un ressortissant national alors qu'il condamnera peut-être plus facilement le débiteur étranger au paiement de ces dommages par application du droit étranger, estimant que la situation n'entretient alors pas de liens suffisants avec le for.

Toujours est-il que le concept d'*Inlandsbeziehung*, qui conduit à prendre en compte les liens entre la situation et le for dans le processus d'intervention de l'ordre public, semble particulièrement avoir un rôle à jouer dans le cadre des contrats internationaux de consommation. En effet, comme le souligne M. LECLERC, ce type de contrats est caractérisé

l'honneur de P. LAGARDE, Dalloz, 2005, p. 227 ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 65 et s.

¹⁴⁹ En ce sens, V. not. A. BUCHER, *Rec. des Cours* préc. note 45, spéc. p. 53, n° 26.

¹⁵⁰ Toutefois, dans le contexte communautaire, la prise en compte d'un tel critère risque de violer le principe de non discrimination en raison de la nationalité posé par l'article 12 TCE. Sur ce principe et ses incidences sur le droit des conflits de lois, V. les développements *infra*, n° 163 et s. Sur ses incidences en droit international privé en général, V. M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003.

généralement par son faible degré d'internationalité. Partant de ce postulat, on peut estimer qu'ils s'inscrivent davantage que d'autres dans la sphère sociale d'un Etat avec lequel ils entretiennent donc des liens étroits.¹⁵¹ Cette précision permet d'entrevoir le rôle historique que ce mécanisme peut jouer dans l'évolution des règles de conflit visant à prendre en compte, au stade de leur présupposé, des considérations tirées d'objectifs recherchés par le droit substantiel.

b) Potentialité du mécanisme en vue de l'élaboration de règles de conflit à coloration substantielle.

59. Il apparaît possible, en précisant le lien de proximité requis dans le cadre de la théorie de l'*Inlandsbeziehung* (en Allemagne) ou de la *Binnenbeziehung* (en Suisse), d'inclure dans le présupposé de la règle de conflit à la fois la précision du lien requis (tiré du critère plus général et neutre de proximité) et une considération tirée de l'ordre public, en imprimant à celui-ci un caractère finaliste (non seulement la règle doit être impérative, mais en outre, elle doit être protectrice.) L'aspect finaliste l'emporte alors sur la considération normative dans la mesure où c'est un résultat qui est recherché. Ceci explique que la volonté des parties puisse valablement s'exprimer en faveur d'une loi plus protectrice.

Le concept de *Binnenbeziehung* permet donc de rendre compte de la possibilité de dégager des règles de conflit directement inspirées de l'ordre public. De fait, M. BUCHER a mis en évidence le rôle historique du concept d'ordre public dans l'évolution générale du droit international privé vers la prise en considération du « but social des lois ». L'auteur a en effet montré que du point de vue de la méthode, il était parfaitement possible de rapprocher les règles d'ordre public des règles de conflit de lois traditionnelles, dans la mesure où les critères servant à cerner le domaine d'application spatiale des règles d'ordre public sont en principe les mêmes que ceux utilisés dans les règles de conflit de lois, unilatérales comme bilatérales. La conséquence qu'il en tire est que « *de véritables règles de conflit peuvent avoir pour objet de déterminer le domaine d'application spatial de certaines dispositions internationalement impératives du for* »¹⁵². Une fois identifié le rattachement justifiant l'intervention de l'ordre public, il devient parfaitement envisageable de le bilatéraliser dans le cadre d'une règle de conflit. Celle-ci perd alors sa neutralité et devient teintée d'une coloration substantielle. C'est dire le lien qui unit le mécanisme de l'exception d'ordre public international aux règles de conflit à coloration substantielle, plus récentes.

¹⁵¹ Thèse préc. note 59, spéc. p. 194-195, n° 191.

¹⁵² *Op cit.*, n° 29, p. 57.

B. Les règles de conflit à coloration substantielle.

60. S'inscrivant dans une certaine évolution du droit international privé (1), les règles de conflit à caractère substantiel¹⁵³, par-delà leur diversité (3), partagent des traits communs (2).

1. Genèse des règles de conflit à caractère substantiel.

61. L'évolution historique du droit international privé est marquée par le passage d'une conception purement répartitrice¹⁵⁴ (selon laquelle la règle de conflit est uniquement destinée à classer les relations privées entre les divers ordres juridiques avec pour conséquence d'attribuer un caractère exclusif au rattachement retenu) assignée à la règle de conflit à une fonction régulatrice¹⁵⁵ (dans laquelle le rattachement s'analyse comme « *un simple instrument placé au service d'une règle de conflit elle-même subordonnée à l'idée que se fait l'ordre juridique du for d'un juste et efficace règlement des relations internationales.* »)¹⁵⁶

Plus récemment, M. BUCHER a montré en quoi le contexte socio-juridique dans lequel SAVIGNY a élaboré son système de résolution des conflits de lois ne correspondait plus à la réalité contemporaine,¹⁵⁷ ce qui le conduisit à proposer un système de résolution des conflits de lois prenant en compte le « but social des lois ». Selon M. R. POUND, « *cette manière de concevoir le droit en fonction de l'utilité sociale, d'y voir un moyen pour atteindre des fins sociales, pour garantir des intérêts sociaux, publics et privés est devenue fondamentale dans la pensée juridique courante* ».¹⁵⁸

¹⁵³ V. not. PATOCCHI (P.M.) : *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Librairie de l'Université, Genève, 1985 ; SOIRAT : *Les règles de conflit à caractère substantiel*, thèse multigr., Paris I, 1995 ; A. BUCHER : « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », in *Mél. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 37.

¹⁵⁴ KEGEL opposait la justice de droit matériel à la justice de droit international privé. Il excluait donc, ce faisant, toute prise en compte, lors de la formulation de la règle de conflit, du résultat concret auquel celle-ci aboutit. Quant à WENGLER, parmi les « principes généraux du droit international privé » qu'il a dégagés, il en est qui sont inspirés de préoccupations d'ordre matériel. La pensée de ces auteurs exprimait une avancée par rapport à la conception purement répartitrice de naguère. En effet, les principes abstraits auxquels le droit international privé aspire et mis en évidence par ces auteurs (*i. e.* l'intérêt des parties, des tiers, les exigences du commerce juridique, la recherche de l'harmonie internationale des solutions notamment) abandonnent d'une certaine manière le caractère « aveugle » de la règle de conflit telle que classiquement conçue par SAVIGNY. Toutefois, si KEGEL assignait une certaine place aux intérêts de droit matériel, il « *n'est pas aisé (d'en) saisir la portée* », comme le souligne M. LECLERC (thèse préc. note 59, p. 71, n° 62.) Ainsi KEGEL, rejoint par WENGLER, réserve au juge du for la faculté de ne pas appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit dans l'hypothèse où celle-ci aboutirait à un résultat concret choquant au regard des conceptions du for en matière d'ordre public.

¹⁵⁵ Sur ce point, V. H. MUIR WATT, *Les fonctions de la règle de conflit*, thèse Paris II, 1985.

¹⁵⁶ F. LECLERC, thèse préc. note 59, p. 59, n° 49.

¹⁵⁷ « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé » préc. note 45, spéc. p. 60 et s., n° 32 et s.

¹⁵⁸ « The scope and purpose of sociological jurisprudence », *Harvard Law Review*, T. 25, 1971, p. 146, réf. citée par F. LECLERC, thèse préc. note 59, p. 93, n° 86.

Cette conception relativement récente¹⁵⁹ de la finalité du droit international privé s'est traduite concrètement par l'élaboration d'un certain nombre de règles appartenant à la catégorie large des « règles de conflit à caractère substantiel ». Eu égard au rôle historique privilégié qu'a joué le concept d'ordre public dans leur genèse, on comprend qu'elles s'inscrivent dans une logique consistant à atténuer l'intervention des mécanismes traditionnels en matière d'ordre public, lesquels constituent un frein à l'harmonie internationale des solutions. Cependant, leur efficacité en vue d'atteindre cette dernière est largement tributaire de leur insertion dans une convention internationale. Ce qui postule que les Etats signataires partagent une certaine communauté de droit. Cette combinaison entre l'approche localisatrice et l'approche substantielle n'est donc concevable qu'à partir du moment, à un stade ultérieur de l'évolution, où les droits substantiels nationaux se sont rapprochés au point de partager certains objectifs.¹⁶⁰

2. Caractères communs aux règles de conflit à coloration substantielle.

62. Les règles de conflit à caractère substantiel ont pour but avoué « (...) de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat voulu par l'auteur de la règle de conflit. »¹⁶¹ Par delà la diversité des schémas, ces différentes règles ont donc pour point commun d'orienter la règle de conflit vers un résultat matériel déterminé. Elles incorporent ainsi dans leur énoncé un présupposé de droit matériel.¹⁶² Elles partagent par ailleurs cette même originalité consistant à associer à la fonction d'aiguillage traditionnelle de la règle de conflit la recherche d'un résultat substantiel. Mais cette fonction régulatrice est reléguée derrière une volonté première d'assurer, par exemple, une certaine protection à la partie faible. Plus l'objectif recherché sera considéré comme prioritaire, plus la fonction localisatrice sera considérée comme secondaire par rapport à la fonction régulatrice.

¹⁵⁹ Des critiques ont bien sûr été formulées à l'encontre des règles de conflit à caractère substantiel. L'une d'elle, émanant notamment de WENGLER (*Internationales Privatrecht*, p. 62, cité par PATOCCHI, thèse préc. note 153, p. 274, n° 553), concerne l'atteinte qu'elles portent au principe d'égalité de traitement des situations internes et internationales. Selon ce principe, la méthode du rattachement a pour but de garantir aux relations privées internationales une réglementation équivalente à celles des relations privées internes. Ceci explique qu'*a priori*, la règle de rattachement bilatérale soit un instrument privilégié au service de ce principe. Or les règles à rattachement substantiel viennent perturber ce schéma et donc portent atteinte à ce principe. Mais WENGLER reconnaît cependant lui-même qu'un régime de faveur pour les situations internationales peut néanmoins se justifier par un besoin de réglementation spécifique (WENGLER, *Internationales Privatrecht*, p. 70, cité par PATOCCHI, thèse préc., p. 274, n° 555). V. également pour d'autres critiques, H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », *in* *mél. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 181-192, spéc. p. 186 et s. ; B. AUDIT, *Droit international privé*, 4^{ème} éd. 2006, Economica, Paris, spéc. p. 86-88, n° 109.

¹⁶⁰ En signant la convention de Rome, dont les articles 5 et 6 illustrent parfaitement ce type de méthode, on peut estimer que les Etats parties ont considéré que ce stade était atteint.

¹⁶¹ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, I, p. 9, spéc. p. 56, n° 41.

¹⁶² *Op. cit.*, spéc. p. 57, n° 42.

Les règles de conflit à caractère substantiel peuvent revêtir diverses formulations, certaines s'avérant plus protectrices de la partie faible que d'autres. Différentes figures ont ainsi été proposées en doctrine et certaines ont été consacrées par le législateur.¹⁶³

3. La variété des formules.

63. Affinant l'analyse de ce type de règles, M. VON OVERBECK¹⁶⁴ répertorie les solutions inspirées de préoccupations matérielles en plusieurs ordres, mettant ainsi en évidence leurs différences notamment quant à leur efficacité en vue d'atteindre l'objectif qu'elles prétendent poursuivre. Il distingue notamment les règles de conflit formulées de façon à appliquer la loi la plus familière à la personne que l'on veut protéger. Le second ordre regroupe des règles conçues pour réaliser si possible un résultat que l'on estime souhaitable, tel le maintien d'un contrat. Cet objectif peut également être exprimé de façon plus vague, telle la recherche de la protection d'une partie en situation d'infériorité. En réalité, nous verrons, à travers l'exemple de la recherche de la protection de la partie faible en droit international privé¹⁶⁵, que l'objectif mentionné par l'auteur au titre du premier ordre peut difficilement être rangé parmi les préoccupations matérielles auxquelles aspire la règle de conflit à coloration matérielle (a). Quant au second ordre, il conviendra de préciser les limites de l'asservissement de la règle de conflit en vue d'atteindre le résultat souhaité (b). Seront ainsi mises en évidence les vertus des articles 5 et 6 de la convention de Rome qui mettent en place un système équilibré en vue de protéger la partie faible (c).

a) L'inadaptation du rattachement rigide en vue d'assurer la protection de la partie faible.

64. Le principe de prévisibilité, dans la mesure où on peut tout autant le rapprocher du principe de proximité que de celui de protection, est impuissant à procurer une quelconque protection supplémentaire à la partie faible (α). Une comparaison concrète entre l'article 5 de la convention de Rome et une règle fondée sur ce principe de prévisibilité permettra de le comprendre (β).

α) Prévisibilité de la loi applicable et principe de proximité.

65. Classer, à l'instar de M. VON OVERBECK, les règles de conflit visant à assurer à certaines personnes l'application de la loi de leur environnement juridique parmi les règles à coloration matérielle repose notamment sur le postulat selon lequel l'application de cette loi,

¹⁶³ Pour ce qui est du droit international privé français, l'exemple venant immédiatement à l'esprit est tiré du droit de la filiation. Ainsi, les articles 311-16 à 311-18 sont un exemple de règles à coloration substantielle. Ils édictent des rattachements alternatifs exprimant leur faveur à l'égard des intérêts de l'enfant.

¹⁶⁴ « Les questions générales de droit international privé à la lumière des codifications récentes », *RCADI*, 1982, vol. 176, III, spéc. p. 75, n° 157.

¹⁶⁵ Sur ce thème, V. not. (outre la thèse de F. LECLERC préc. note 59) récemment SINAY-CYTERMANN (Anne), « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 737.

parce qu'elle est familière à l'intéressé (en tout cas, elle lui est relativement facilement accessible) lui procurera une certaine protection. Par ailleurs, elle présente indéniablement pour lui un avantage pratique d'ordre procédural.

Certes, si l'idée d'appliquer à une personne la loi de son environnement juridique est incontestablement animée d'un souci de protection à son égard, celle-ci revêt toutefois un caractère abstrait et aléatoire.¹⁶⁶ Et l'analyse des règles visant à assurer à une personne l'application de la loi de son environnement juridique conduit à les rapprocher du principe de prévisibilité, lequel peut tout autant être rattaché au principe plus général de proximité. Autrement dit, la fonction répartitrice conserve, dans ce type de règle, sa place prédominante. Or qualifier une règle de conflit de règle à coloration matérielle postule à tout le moins que la fonction régulatrice y joue un rôle plus important que la fonction répartitrice. Tout au plus peut-on parler d'adaptation ou de correction de la fonction répartitrice en vue de tenir compte d'un objectif particulier. Si l'on ajoute que pratiquement, la loi de l'environnement juridique de l'intéressé ne lui sera pas forcément plus favorable que celle résultant du jeu normal de la règle de conflit, on est conduit à douter de l'appartenance des règles de conflit calquées sur cette idée de prévisibilité à la catégorie des règles à coloration matérielle. Un exemple tiré de la comparaison entre ce dernier type de règle et les véritables règles de conflit à coloration matérielle permettra de mieux le comprendre.

β) L'exemple de la comparaison entre l'article 5 de la convention de Rome et le droit international privé suisse (l'art. 120 LDIP).

66. Il n'est pas exclu que les deux ordres d'objectifs présentés par M. VON OVERBECK influencent le choix d'une règle de conflit en faveur d'une catégorie d'individus. L'article 5 de la convention de Rome en fournit un exemple.¹⁶⁷ La thèse selon laquelle ce texte

¹⁶⁶ Il est vrai que l'application de la loi de l'environnement de la personne protégée peut lui procurer un avantage certain si l'on a égard aux démarches auxquelles celle-ci devra se plier pour mettre en œuvre, concrètement, son droit, en application d'une loi étrangère dans le cadre d'une action en justice. V. interprétant l'art. 5 de la convention de Rome en ce sens, un jugement rendu par le tribunal d'instance de Niort le 1^{er} juillet 1998 (*RJDA* 1999, p. 464, n° 598). On peut y lire que « (...) la convention de Rome fait prévaloir l'application du droit du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, car c'est le droit que la partie la plus faible est censée connaître le mieux, et qu'elle pourra donc le plus facilement mettre en œuvre pour faire respecter ses droits ; (or) tel n'est pas le cas d'un droit étranger, aussi complet et protecteur soit-il, dès lors que, par hypothèse, le consommateur en ignorera le contenu et qu'il ne pourra le connaître qu'après des démarches longues et complexes, notamment pour l'obtention de certificats de coutume qu'il faudra ensuite soumettre au juge du for (...) »

¹⁶⁷ Ce texte, rappelons-le, consacre le jeu de l'autonomie *in favorem*. Autrement dit, sous réserve du respect des conditions matérielles et spatiales posées par ce texte, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat, mais celle-ci ne peut priver le consommateur du bénéfice des dispositions impératives protectrices de la loi objectivement applicable, soit celle de son pays de résidence habituelle. V. le texte reproduit *in extenso infra*, note 1503.

s'inscrirait dans une logique de prévisibilité¹⁶⁸ n'est pas démentie par la lettre de l'article 5, dans la mesure où à défaut de choix, en principe, c'est la loi du lieu de résidence principale du consommateur qui s'applique. Cependant, la règle déroge à l'article 4 de la convention qui aiguille vers la loi du pays d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique, soit, en pratique, le professionnel. Mais après tout, pourquoi devrait-on estimer que le contrat entretient des liens plus étroits avec le pays du professionnel ?¹⁶⁹ Le principe de proximité qui sous-tend la convention n'est aucunement remis en cause par la règle spéciale de l'article 5, surtout lorsque l'on sait que les conditions spatiales et matérielles requises pour la mise en œuvre de ce texte sont particulièrement restrictives.

La dimension protectrice de la règle apparaît néanmoins lorsqu'on la compare avec l'article 4 (qui devrait s'appliquer en principe lorsque les conditions de l'article 5 ne sont pas réunies) qui, on l'a vu, aiguillera le plus souvent vers la loi du lieu d'établissement du professionnel. Ainsi, le principe de proximité, *a priori* neutre, se voit infuser une certaine dose de subjectivité en ce sens qu'il s'apprécie du point de vue du consommateur¹⁷⁰ (d'une certaine manière, la loi appartenant à l'ordre juridique qui lui est familier n'est-elle pas la loi qui lui est la plus proche ?)

Cependant, dans le mécanisme mis en place à l'article 5 de la convention de Rome, la relation qui peut être établie entre le principe d'application de la loi familière et l'objectif de protection est relative. Elle justifie qu'en l'absence de choix, ce soit la loi de la résidence du consommateur qui s'applique. Mais elle justifie aussi que ce que l'on pourrait considérer comme étant une présomption (de faveur) puisse parfaitement être écartée en cas de choix d'une loi par les parties, dès lors qu'il résultera de la comparaison des contenus respectifs des différentes lois en concours que la loi choisie par les parties s'avère plus favorable que celle objectivement applicable. Dans ces conditions, le principe de prévisibilité de la loi applicable ne permet pas, à lui seul, de procurer une protection au consommateur.

¹⁶⁸ Adoptant une telle interprétation à propos de l'article 5 et faisant bien la distinction entre protection et application de la loi de son environnement juridique au profit du consommateur, V. not. A.-C. IMHOFF-SCHEIER, *Protection des consommateurs et contrats internationaux*, Georg, Librairie de l'Université, Genève, 1981, spéc. p. 196 puis p. 200.

¹⁶⁹ Soit un contrat de consommation entre un professionnel établi en Australie et un consommateur résidant en France ; que l'on y applique la loi du vendeur (comme le préconise la règle de principe énoncée à l'article 4.2 de la convention de Rome) ou celle du consommateur, dans les deux cas, le principe de proximité n'est pas mis à mal. Il est vrai cependant qu'à la différence de l'article 4, l'article 5 ne comporte pas de clause d'exception.

¹⁷⁰ Ainsi, il ressort du rapport Giuliano-Lagarde préc. (note 121) que l'exclusion prévue à l'article 5.4 b) (qui concerne le « *contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.* ») s'explique d'une part par le principe de proximité puisque le rapport précise bien que dans cette hypothèse, « *le contrat présente des liens plus étroits avec l'Etat où réside l'autre partie contractante* ». Par ailleurs, il est précisé que dans ce cas, le consommateur « *ne peut raisonnablement pas s'attendre à ce que la loi de son Etat d'origine soit appliquée* ».

Aussi bien, les règles de conflit fondées exclusivement sur cette idée de prévisibilité se distinguent de la solution énoncée à l'article 5 de la convention de Rome. Un exemple souvent cité est l'article 120 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987¹⁷¹ qui impose, dans certaines circonstances, de façon impérative, l'application de la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur. Certains auteurs ont pu estimer que ce type de règle créait un lien indissoluble entre l'idée de prévisibilité et celle de protection¹⁷². Il suffit, selon nous, tout simplement, en tout cas pour ce qui concerne la loi suisse, de considérer que cet objectif de protection n'est pas son objectif principal.¹⁷³

Toujours est-il que l'intéressé ne sera pas admis à rapporter la preuve du caractère plus favorable de la loi qui aurait été pourtant choisie par lui. La personne devra se contenter de la protection procurée par la loi de son environnement juridique. Finalement, le consommateur se trouve paradoxalement, au regard du conflit de lois, dans une situation moins favorable que celle à laquelle il aurait pu aspirer en application du droit commun, à savoir l'autonomie de la volonté. La comparaison entre l'article 5 de la convention de Rome et l'article 120 de la loi suisse sur le droit international privé fait donc ressortir l'avantage de la première sur la seconde.

Il en ressort que si l'objectif d'une règle de conflit est réellement d'assurer la protection d'une certaine catégorie d'individus, elle devra s'attacher à réaliser cet objectif par un autre biais que la seule adaptation de la fonction localisatrice de la règle de conflit à leur situation. Une fois ce point acquis, plusieurs mécanismes se distinguant quant au niveau de protection recherché sont alors envisageables. Mais il ne faudrait pas pour autant que la règle de conflit à caractère substantiel en perde sa fonction localisatrice au détriment de sa fonction régulatrice.

b) Les inconvénients de la règle de rattachement souple.

67. Selon un schéma radicalement opposé à celui instaurant un lien indissoluble entre prévisibilité et protection, M. POCAR¹⁷⁴ propose un système dans lequel la recherche de la loi substantielle la plus favorable à la partie qu'il s'agit de protéger joue la place prééminente. Un

¹⁷¹ RCDIP 1988, p. 431.

¹⁷² M. POCAR évoque ainsi à ce sujet une « *équivalence reposant sur une fausse présomption* ». V. « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1984, vol. 188, p. 339, spéc. p. 395.

¹⁷³ D'ailleurs, de façon générale, le droit international privé suisse tend à privilégier l'idée de proximité plutôt que celle de protection de la partie faible. Ainsi, s'agissant du contrat de travail, l'art. 121 de la loi fédérale sur le droit international privé autorise les parties à un contrat de travail à le soumettre au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur est établi. A défaut de choix, le droit applicable est celui du lieu d'accomplissement habituel du travail. On remarque que l'autonomie de la volonté est très limitée. Pourtant, il existe toute une catégorie de salariés (les cadres, en particulier) qui sont en position de négocier leurs conditions de travail.

¹⁷⁴ « La protection de la partie faible en droit international privé » préc. note 172, spéc. p. 404.

tel système peut être qualifié d'extrême¹⁷⁵ dans la mesure où la fonction localisatrice de la règle de conflit est cette fois-ci totalement battue en brèche au profit d'une fonction régulatrice ; la règle de conflit y est systématiquement mise au service d'un résultat substantiel, en l'occurrence, celui d'assurer la protection de la partie faible. L'auteur permet en effet au consommateur de se prévaloir de la loi la plus favorable parmi celles présentant un quelconque lien avec le contrat. Si M. POCAR aspire, à travers son système, à un but fort louable, l'on ne saurait passer de la neutralité aveugle caractérisant jadis la règle de conflit à un système fondé systématiquement sur la recherche de la norme la plus favorable, sans perdre en chemin ce qui fait l'essence même du droit des conflits de lois. Un tel système contreviendrait à l'objectif d'harmonie internationale des solutions. En outre, la tâche du juge en serait considérablement alourdie¹⁷⁶.

M. LECLERC se situe dans la même ligne que M. POCAR, mais sa position est nettement moins radicale puisqu'il limite le choix de la loi la plus favorable à la partie en situation de faiblesse en fonction de critères objectifs. Ainsi, le système qu'il propose consiste, pour chaque type de contrat (et même parfois pour chaque type de règle substantielle) à édicter une règle de conflit alternative construite autour de deux critères objectifs de rattachement, la loi finalement appliquée étant celle qui protège le plus efficacement la partie faible¹⁷⁷.

Les inconvénients respectifs des deux grands systèmes qui viennent d'être présentés permettent de mettre en valeur les vertus des articles 5 et 6 de la convention de Rome.

c) Un système équilibré : les articles 5 et 6 de la convention de Rome.

68. Hormis les deux écueils qui précèdent, il existe une variété de moyens d'orienter la règle de conflit en vue de l'obtention d'un résultat substantiel. Les articles 5 et 6 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles en fournissent une illustration. On reviendra largement sur ces textes au cours de l'étude. Nous nous contenterons donc ici d'une simple présentation du mécanisme inauguré dans les articles 5 et 6 de la convention de Rome. Le système qui est mis en place dans ces textes nous semble équilibré, en ce qu'il assure une protection à la partie faible tout en ménageant les intérêts de son cocontractant.

En effet, contrairement à la règle de rattachement rigide, l'autonomie de la volonté y est conservée, mais uniquement lorsqu'il en est fait usage dans un sens favorable respectivement aux consommateurs et aux travailleurs. Lorsque le contrat ne comporte pas de clause de choix

¹⁷⁵ Il a d'ailleurs, pour cette raison, suscité la critique d'une doctrine largement dominante. V. notamment P. MAYER, « La protection de la partie faible (...) » préc. note 128, spéc. p. 528/529, n° 27.

¹⁷⁶ Pour une critique du système préconisé par M. POCAR, V. not. P. LAGARDE, note sous Cass., soc., 6 novembre 1985 et Ch. Mixte, 28 février 1986, *RCDIP* 1986, p. 505, spéc. p. 507.

¹⁷⁷ A un « rattachement incontournable » est associé un « rattachement complémentaire ». V. sa thèse préc. note 59, spéc. p. 574 et s., n° 647 et s.

de loi, l'article 5 commande que la loi en vigueur au lieu de résidence habituelle du consommateur s'applique. Ce dernier sera d'une certaine manière protégé puisque cette loi est celle de son environnement juridique, celle qu'il est à même de connaître le plus facilement. Par ailleurs, en limitant l'alternative à la loi choisie par les parties et à celle en vigueur au lieu de résidence habituelle (pour le consommateur) et au lieu d'exécution habituelle du travail (pour le travailleur), la sécurité juridique est préservée. Ainsi, les intérêts du cocontractant de la partie faible ne sont pas négligés.

Restera à voir comment ces normes spéciales s'articulent avec les mécanismes généraux du droit international privé intéressant l'ordre public et plus précisément de quelle manière, dans le cadre d'une combinaison entre droit communautaire et droit international privé, elles peuvent contribuer à l'élaboration d'un droit international privé communautaire satisfaisant. Mais avant d'envisager une combinaison entre ces deux matières, il faut montrer que le principe même d'une telle combinaison est parfaitement envisageable. Autrement dit, il faut au préalable tempérer les spécificités de ce qu'il convient d'appeler un droit international privé communautaire.

1^{ère} partie : **RECHERCHES SUR LES SPÉCIFICITÉS D'UN DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ DE SOURCE COMMUNAUTAIRE.**

69. Actuellement, notamment en raison du vaste chantier offert au droit communautaire en droit international privé depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la doctrine s'interroge sur les fruits de la rencontre entre ces deux disciplines. Plus particulièrement, elle s'interroge sur les éventuelles spécificités d'un droit international privé de source communautaire. Bien que notre analyse se concentre exclusivement sur les domaines touchant à l'impérativité et à l'ordre public en droit communautaire et à leurs relations avec le droit international privé des contrats, cette question plus générale concernant l'élaboration d'un droit international privé de source communautaire ne peut être éludée. En effet, l'approche téléologique du droit communautaire implique que son intervention en la matière soit guidée, plus ou moins directement, par ses objectifs fondamentaux. Autrement dit, sous l'angle du droit communautaire substantiel, l'impérativité attachée aux principes fondamentaux véhiculés par le droit communautaire se trouve d'emblée associée à tout projet normatif, y compris lorsqu'il s'agit d'élaborer des règles touchant au droit international privé.

Si l'on envisage maintenant le droit communautaire en tant que source de normes de droit international privé dans les domaines touchant à l'ordre public et à l'impérativité en matière contractuelle, la question de l'impérativité est au cœur du dispositif de résolution du conflit de lois. On sait en effet que cette matière est traditionnellement le lieu d'expression privilégié des volontés particulières, qui se manifeste, en droit international privé, par la faculté offerte aux parties à un contrat international de choisir la loi qui lui est applicable, sous réserve de certaines dispositions impératives. C'est pourquoi l'enjeu des règles de conflit en matière contractuelle se cristallise sur les dispositions impératives de l'ordre juridique qu'elles désignent. Par ailleurs, les règles concernant l'impérativité et l'ordre public occupent une place essentielle dans tout instrument intéressant les conflits de lois en droit des contrats.

Eu égard à l'originalité de la structure communautaire, construite autour d'objectifs visant à l'avènement d'un marché intérieur, la question se pose plus particulièrement de savoir si et dans quelle mesure celle-ci appelle l'élaboration de règles de conflit particulières ; ce qui revient finalement à se demander en quoi elle ne se satisferait pas des règles existantes en la matière. La question concerne aussi bien le contenu que les méthodes¹⁷⁸ de ce droit international privé communautaire.

¹⁷⁸ En résumé, pour M. FALLON, « *L'apport du droit communautaire privé au droit international privé général réside dans sa relation avec la réalisation du marché intérieur, à un double titre. En termes de contenu, (...) les*

70. En ce qui concerne le contenu, il est désormais acquis en doctrine que le droit communautaire substantiel n'est pas sans conséquences sur les solutions du droit international privé traditionnelles des Etats membres¹⁷⁹. Mais la mesure de cet impact ne se laisse pas aisément identifier et divise la doctrine. La difficulté de préciser cet impact est pour une large part due à la différence fondamentale d'approche des deux matières. Alors que le droit international privé est un droit abstrait, qui s'intéresse aux méthodes, le droit communautaire adopte une approche très concrète, focalisée autour de ses objectifs fondamentaux. Le principe de l'impact du droit communautaire substantiel sur le droit international privé étant acquis, la question se pose de savoir quelle place conférer aux considérations tirées du bon fonctionnement du marché intérieur dans le cadre de la construction d'un droit international privé communautaire. Se pose également inévitablement la question de savoir s'il est opportun de dissocier les situations intracommunautaires des situations impliquant des Etats tiers à l'Union. Cette dernière question en appelle une autre, d'ordre institutionnel, concernant la compétence du droit communautaire pour légiférer en droit international privé.

71. En ce qui concerne les méthodes, récemment, un auteur¹⁸⁰ s'est attaché à montrer que les normes produites par le droit communautaire dérivé déterminaient systématiquement leur domaine d'application spatial de façon unilatérale. A l'issue de ce constat, l'auteur en appelle à une remise en cause des solutions actuelles de droit international privé, en vue de les adapter aux prétendues exigences communautaires. Cependant, outre que les conséquences d'un tel constat ne s'imposent pas d'elles-mêmes, celui-ci nous semble partiellement erroné, dans la mesure où le droit positif offre plusieurs contre-exemples au constat effectué par l'auteur, dont le plus significatif pour notre matière est certainement incarné par la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »)¹⁸¹. De même, dans le domaine du droit des assurances, le

règles communautaires de conflit de lois sont susceptibles de véhiculer de nouvelles valeurs, au même titre que les règles communautaires servant au contrôle des règles nationales de conflit de lois. Outre l'accentuation de règles de caractère substantiel, l'on songe aux implications du principe fondamental de la liberté de circulation (...) En termes de méthode, les règles communautaires de droit international privé accentuent la fonction des règles directes d'applicabilité. Elles s'efforcent, en matière de conflits de lois ou de compétence internationale, de mettre ces règles au service de l'identification d'un espace communautaire, plutôt que d'en faire une technique de délimitation du domaine d'application dans l'espace de règles nationales. » V. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, vol. 252, p. 13-281, spéc. p. 229/230, n° 131.

¹⁷⁹ V. toutefois V. HEUZÉ, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 393) qui nie toute influence véritable du droit communautaire substantiel sur les conflits de lois.

¹⁸⁰ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, éd. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005.

¹⁸¹ Proposition présentée par la Commission le 15 décembre 2005, (COM (2005) 650 final), *JDI* 2006, p. 404 ; *JCP éd. G* 2005, act., 1791. V. not. C. CASTETS-RENARD : « Proposition de règlement sur la loi applicable

législateur communautaire a explicitement opté pour des règles de conflit bilatérales, du moins à l'intérieur de l'Union.

72. Des recherches concernant la spécificité d'un droit international privé de source communautaire nous conduiront à entreprendre une démarche en trois temps. Il faudra d'abord pénétrer les arcanes du droit communautaire substantiel afin de comprendre de quelle manière il appréhende le droit international privé. Une présentation de la mainmise du droit communautaire sur le concept d'ordre public permettra de constater qu'il est la clé de voûte de la structure communautaire (titre I). A partir de là pourront être recherchées les éventuelles spécificités du contenu (titre II) ainsi que des méthodes (titre III) du droit international privé communautaire.

aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) : conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle », *D.* 2006, n° 22, *Point de vue*, p. 1522 ; P. LAGARDE, *op. cit.* note 20.

Titre I : La mainmise du droit communautaire sur le concept d'ordre public.

73. Pour déterminer la mesure de l'emprise du droit communautaire sur le droit international privé, il faut logiquement se placer de son point de vue. Ainsi, se pencher sur l'appréhension, par le droit communautaire, des droits nationaux, permet de comprendre précisément la nature de son impact sur les droits internationaux privés nationaux. La démarche appelle une précision de sa sphère d'application tant sous l'angle matériel que spatial. En effet, pour que le droit communautaire interfère sur une situation impliquant le droit international privé, encore faut-il s'assurer que les sphères d'application spatiale respectives des deux matières peuvent coïncider et que l'intervention de l'une n'exclut pas l'autre.

Le domaine du droit communautaire se définit, d'une part, en fonction d'une matière. Contrairement aux structures juridiques étatiques, le droit communautaire matériel présente la particularité de se développer dans un cadre très précis, en fonction d'objectifs déterminés tendant essentiellement à la réalisation d'un marché intérieur. L'intervention du législateur communautaire obéit aux principes de compétence d'attribution et de subsidiarité (en vertu de l'article 5 TCE). On peut ainsi écarter d'emblée l'idée selon laquelle le droit communautaire aurait une emprise absolue sur le droit international privé.

D'autre part, son domaine se définit, à l'instar de toute structure juridique, en fonction d'un espace déterminé, en l'occurrence, l'espace communautaire. Ainsi, les libertés communautaires (qui relèvent du droit primaire) n'ont *a priori* vocation à intervenir que dans les relations intracommunautaires.¹⁸² Les précisions ainsi fournies doivent servir de point de départ à la recherche de l'emprise des libertés communautaires sur le droit international privé.

74. Mais l'analyse des critères matériels et spatiaux servant à préciser les contours du droit communautaire fera apparaître les difficultés de déterminer cette emprise. Celles-ci résultent de la combinaison de plusieurs facteurs.

D'abord, les libertés communautaires organisées dans le traité CE se présentent sous la forme d'interdictions ; elles sont formulées de façon « négative ». Ensuite, l'approche du droit communautaire est concrète puisque c'est au cas par cas qu'est appréciée l'existence d'une entrave. Le mode de raisonnement de la Cour de justice, qui repose essentiellement sur l'interprétation téléologique, conduit celle-ci à traiter de la même manière, au regard du

¹⁸² Selon une approche internationaliste du droit communautaire, Mme M.-N. JOBARD-BACHELLIER analyse notamment les instruments de droit dérivé adoptés dans le domaine des libertés communautaires et dans celui du droit de la concurrence comme des « règles matérielles transfrontières de la Communauté européenne ». V. « L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois », in J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET (sous la dir. de), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, éd. Bruylant, 2003, p. 185, spéc. p. 185.

contrôle des entraves aux échanges, toutes les normes nationales, quelle que soit leur nature¹⁸³. Le droit international privé ne fait pas exception. Enfin, le droit communautaire raisonne en fonction de ses propres catégories, ce qui oblige à mettre en rapport ces dernières avec les catégories des droits internes pour mesurer l'incidence du droit communautaire sur une matière. Ces grandes catégories sont les biens, les services, les capitaux et les personnes ; ces dernières pouvant elles-mêmes mettre en œuvre différentes libertés communautaires (à savoir, la liberté d'établissement et de prestation de services) ou être appréhendées en tant que citoyens ou travailleurs.

75. Ainsi le raisonnement téléologique occupe une place essentielle en droit communautaire, ce qui permet de comprendre que son domaine d'application (tant matériel que spatial) soit tributaire de ses objectifs fondamentaux. Il est en effet délimité en fonction de ce que ceux-ci requièrent. Cette spécificité de l'approche communautaire se traduit par l'originalité de son intervention, conditionnée, sur le plan matériel, par le concept d'entrave. De fait, l'examen de la jurisprudence communautaire en matière de contrôle des entraves aux échanges intracommunautaires fera ressortir l'unicité des paramètres employés par la Cour selon qu'il s'agisse de définir le domaine d'application matériel ou spatial du droit communautaire. En effet, elle contribue à délimiter le domaine d'application du droit communautaire dans l'espace par référence à ses objectifs consistant à éradiquer les entraves aux échanges communautaires. Ceci explique que dépassant la lettre du traité, elle ait étendu son domaine à certaines situations purement internes et à certaines situations débordant le cadre communautaire.

Une présentation générale du concept d'ordre public dans la structure communautaire est indispensable en vue de comprendre le fonctionnement de celle-ci (chapitre I) et en quoi l'étendue du domaine matériel de l'ordre public substantiel du droit communautaire (chapitre II) influence son étendue spatiale (chapitre III).

¹⁸³ La célèbre formule retenue dans l'arrêt *Dassonville* est à cet égard significative. La Cour y dit pour droit que « toute réglementation commerciale des Etats membres » peut constituer une entrave. Dans l'arrêt *Hubbard* (CJCE, 1^{er} juillet 1993, aff. C-20/92, *Rec.*, p. I-3777), la Cour de justice a relevé que l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets.

Chapitre I : Présentation générale de l'ordre public dans le contexte communautaire.

76. Le système juridique communautaire illustre parfaitement l'hétérogénéité de l'ordre public.¹⁸⁴ Celui-ci y est en effet omniprésent et protéiforme. Mais l'approche communautaire du concept d'ordre public se distingue d'une approche traditionnelle à plusieurs égards, procurant ainsi un éclairage nouveau à l'ordre public¹⁸⁵. D'abord, selon une approche matérielle, l'ordre public y est avant tout un instrument mis au service des objectifs propres au droit communautaire, visant à réaliser un marché intérieur sans frontières. C'est dire que cet ordre public « proprement communautaire » s'inscrit dans une perspective économique.¹⁸⁶

La structure communautaire repose ainsi sur un certain nombre de principes trouvant leur siège dans les traités institutifs et qui revêtent une importance primordiale en vue d'atteindre son objectif essentiel d'instauration d'un marché intérieur. Ce sont ces principes que l'on regroupera sous le concept d'ordre public substantiel du droit communautaire, dans la mesure où ils s'analysent comme des instruments absolument indispensables en vue de réaliser les objectifs mêmes du droit communautaire. On englobera dans cet ordre public communautaire les règles relatives à la concurrence, le principe de non discrimination en raison de la nationalité qui trouve des applications particulières dans les libertés de circulation (marchandises, capitaux, personnes, services).

Mais ce n'est là que l'un des « visages » de l'ordre public en droit communautaire. Un ordre public d'une autre nature a fait son apparition plus récemment. Les révisions successives des traités constitutifs reflètent en effet une volonté d'apporter des limites à la logique de marché et de promouvoir des valeurs non exclusivement économiques. Si bien que l'évolution du droit communautaire illustre la problématique fondamentale en matière d'ordre public : étant présent dans tous les domaines du droit, il s'agit de rechercher un équilibre entre divers impératifs antagonistes. Le droit communautaire est amené à jouer un rôle de premier rang

¹⁸⁴ Une présentation de l'ordre public en droit communautaire n'est en effet vraiment pas une tâche aisée parce que la notion y apparaît à de très nombreuses reprises et recouvre des concepts très différents. En outre, l'ordonnement des articles du traité, en particulier dans la première partie intitulée « Principes », est quelque peu déroutant. Cette partie, dont le titre laisse à juste titre penser qu'il intéresse l'ordre public, regroupe des textes très disparates, mêlant notamment des aspects institutionnels à des préoccupations de fond.

¹⁸⁵ V. not. KARIDIS (G.) : « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE* 2002, p. 1.

¹⁸⁶ De fait, - du reste, comme l'intitulé même du traité le laisse entendre -, les objectifs annoncés dans les traités institutifs relèvent d'une approche économique. De même, les concepts fondamentaux du droit communautaire ainsi que l'analyse retenue sont économiques. Ainsi en va-t-il de la libre circulation, de la concurrence. De façon générale, sur les liens entre droit communautaire et économie, V. S. POILLOT-PERUZZETTO et M. LUBY, *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, 1998, p. 18 et s.

dans cette recherche de conciliation entre divers impératifs contradictoires. Ce qui suppose qu'il dispose de moyens lui permettant d'aboutir à cet équilibre.

C'est aborder précisément un autre apport du droit communautaire en matière d'ordre public, qui se situe sur un plan institutionnel. Il a évolué dans un cadre juridique très clairement défini qui permet d'éclairer la nature de l'ordre public en cause, en particulier au regard de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction. En effet, lorsqu'il intervient, le législateur communautaire doit nécessairement se fonder sur une base juridique, laquelle a pour siège le traité. Il en va du respect du principe d'attribution des compétences. Or, plus le domaine d'intervention du droit communautaire s'est accru, plus les bases juridiques lui permettant d'entreprendre une action en vue de rapprocher les droits nationaux se sont diversifiées. Le choix de la base juridique permet, dans une certaine mesure, d'éclairer la manière dont l'arbitrage a été effectué. C'est donc sous cette double perspective : évolution de l'ordre public véhiculé par le droit communautaire (section I) et diversité des bases juridiques touchant à l'ordre public (section II) qu'il convient d'étudier l'ordre public en droit communautaire.

Section I : *La physionomie de l'ordre public matériel dans la structure communautaire.*

77. Si incontestablement, initialement, le droit communautaire véhiculait un ordre public qui lui était propre (§ I), le raisonnement téléologique qu'il a mené à partir de ses objectifs, notamment de libre circulation, a permis à celui-ci d'étendre son emprise sur l'ensemble des disciplines juridiques (§ II) de telle sorte que d'autres préoccupations lui sont apparues comme autant de limites à une approche tendant exclusivement à la réalisation d'un projet visant à l'instauration d'un marché intérieur (§ III).

§ I : L'ordre public : un instrument au service de l'intégration européenne.

78. La présentation générale des objectifs du droit communautaire (A) permettra de comprendre que le principe de non discrimination en raison de la nationalité est la clé de voûte de la structure communautaire (B). Ce principe est décliné dans les différentes matières relevant du droit communautaire matériel (C).

A. Présentation générale des objectifs du droit communautaire.

79. Les traités fondateurs ont assigné à la Communauté un objectif précis : la réalisation d'un marché intérieur¹⁸⁷. L'article 2 du traité débute en effet ainsi : « *La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une union économique et monétaire (...)* »¹⁸⁸ Ce texte présente les objectifs généraux de la structure, sa raison d'être.¹⁸⁹ L'article 3 précise les moyens permettant de les réaliser. Ces moyens sont présentés sous la forme d'actions devant être entreprises par la Communauté en vue de parvenir aux objectifs qui lui sont assignés. L'article 3 TCE est très riche et très hétéroclite¹⁹⁰, mais il est possible de regrouper ces différents moyens en différents « étages » formant ce que MM. MERTENS DE WILMARS et NYSSSENS¹⁹¹ appellent « la structure économique de l'Union ». Ces auteurs y distinguent plusieurs niveaux de fonctionnement permettant de mettre en évidence la diversité d'actions de la Communauté. Cette présentation permet également de faire ressortir une certaine hiérarchie entre eux.

Le premier comprend les quatre grandes libertés, à savoir la mise en œuvre des dispositions relatives à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, ainsi qu'à la liberté d'établissement, complétée par les règles de concurrence. Le second comprend les « politiques communes » sectorielles et concerne des domaines dans lesquels les institutions sont investies de compétences d'intervention très importantes. Le troisième niveau englobe des instruments hétérogènes, visant à assurer la gestion, la sauvegarde ainsi que la correction des mécanismes du marché. Ces instruments peuvent poursuivre indifféremment des objectifs

¹⁸⁷ L'article 3, par. 1, lettre c) TCE précise notamment que ce marché intérieur est « *caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux* ».

¹⁸⁸ Néanmoins, il laissait entrevoir l'évolution qui allait se produire ultérieurement. En effet, le préambule du traité manifestait l'intention de ses auteurs d'évoluer vers un rapprochement des peuples qui dépasse la sphère économique. Celui-ci précise que l'Union européenne vise « *à mettre en œuvre des politiques assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans les autres domaines* ».

¹⁸⁹ Selon l'article 4 du traité CE, « *l'action des Etats membres de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité, l'instauration d'une politique économique fondée sur l'étroite coordination des politiques économiques des Etats membres, sur le marché intérieur et sur la définition d'objectifs communs, et conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre.* »

¹⁹⁰ Ce texte « programmatique » définit les actions de la Communauté. Parmi elles figurent des actions qui traduisent les objectifs purement économiques de la structure. Ainsi, il pose notamment « *l'interdiction, entre les Etats membres, des droits de douane et des restrictions quantitatives à l'entrée et à la sortie des marchandises, ainsi que toutes autres mesures d'effet équivalent* » (art. 3, par. 1, lettre a) ; il prévoit l'instauration d'un « *régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* » (art. 3, par. 1, lettre g)). D'autres actions ne relèvent pas de la sphère purement économique mais d'autres domaines très variés. Ainsi l'article 3, par. 1 prévoit le développement, au plan communautaire, d'une « *politique dans le domaine de l'environnement* » (lettre l) ; il préconise également « *une contribution à une éducation et à une formation de qualité ainsi qu'à l'épanouissement des cultures des Etats membres* » (lettre q)). Enfin, le texte comporte des dispositions d'ordre institutionnel puisqu'il prévoit « *le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché intérieur* » (lettre h)).

¹⁹¹ « Intégration européenne et correction des mécanismes du marché. Un modèle économique et social », in *mél. FARJAT, Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 557 et s., spéc. p. 559/560.

économiques ou non économiques, ou bien simultanément les deux. Enfin, le quatrième niveau regroupe des politiques d'importance moindre eu égard aux objectifs assignés à la structure communautaire. Il s'agit par exemple de la santé publique (article 129 TCE), de la culture (article 128 TCE).

Le premier niveau mis en évidence par ces auteurs forme la clé de voûte de tout l'édifice communautaire. C'est lui qui rend compte de l'originalité de la construction communautaire, de sa raison d'être. Ce sont ainsi les quatre grandes libertés et les règles relatives à la concurrence que nous nous proposons de regrouper sous le concept d'ordre public substantiel du droit communautaire¹⁹² et qui nous intéresseront plus particulièrement, dans la mesure où ce sont elles qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit international privé. Il faut toutefois y ajouter le principe général d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité, qui figure parmi les « principes » de la Communauté et y occupe une place essentielle, dont les quatre grandes libertés sont des applications particulières.

B. La place essentielle du principe de non discrimination en raison de la nationalité.

80. Le principe de prohibition des discriminations en raison de la nationalité¹⁹³ occupe une place essentielle dans l'édifice communautaire puisqu'il permet l'intégration des économies des Etats membres en vue de réaliser un marché intérieur. L'article 12, alinéa 1^{er} TCE (qui s'est substitué successivement à l'article 7 du traité originaire puis à l'article 6 du traité CE)

¹⁹² Notre acception du concept d'« ordre public en droit communautaire » se distingue donc de celle généralement retenue. En effet, bien que ce concept soit quelque peu ambigu en raison de la pluralité de points de vue, liée à la coexistence de normes nationales et communautaires, introduite par le droit communautaire (à ce sujet, V. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire », *D.S.* 1993, *chron.*, p. 177-182), si l'on envisage l'ordre public en se plaçant du point de vue communautaire (*i. e.* en prenant la norme communautaire comme norme de référence), il désigne généralement « une exception créant, en faveur de la norme nationale, un espace de liberté » (*op. cit.*, spéc. p. 177). Le concept recouvre ainsi les exceptions aux grandes libertés désignées, en droit communautaire, par l'expression « raison impérieuse d'intérêt général ». Nous nous écartons donc de ce schéma puisque nous nous plaçons strictement du point de vue communautaire, sans envisager pour l'instant ses rapports avec les droits nationaux. En somme, en passant en revue les normes de source communautaire revêtant une importance fondamentale en droit communautaire, nous raisonnons à partir de la structure communautaire de la même manière que l'on raisonnerait à partir d'un ordre juridique national pris isolément.

¹⁹³ Sur le principe de non discrimination en raison de la nationalité, V. not. BELLOUDET-FRIER, « Le principe d'égalité », *AJDA* n° spécial, juillet/août 1998, p. 152 ; A. BLECKMANN, « Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du traité CEE », *RTDE* 1976, p. 469 et *Rép. Dalloz droit communautaire*, v. « Egalité de traitement », avril 1992 ; M. DONY, « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la CJCE », in *Union européenne et nationalités. Le principe de non discrimination et ses limites*, E. BRIBOSIA, E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), Bruylant, 1999 ; H. GILLIAMS, « Discriminations en raison de la nationalité », in A. BARAV et C. PHILIP, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 367 ; P. GARRONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE* 1994, p. 425 ; K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, p. 3 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999 ; PULJAK (Marie-Paule), *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003.

interdit toute discrimination en raison de la nationalité dans l'ensemble du domaine d'application du droit communautaire. Ce principe est doté d'une autorité toute particulière dont témoigne son appartenance aux principes généraux du droit¹⁹⁴. Par ailleurs, il est doté de l'effet direct¹⁹⁵, mais uniquement vertical, en ce sens qu'il ne peut être invoqué qu'à l'encontre d'une disposition de droit national ou communautaire, mais pas à l'encontre d'un particulier¹⁹⁶.

Il vise à éliminer toutes les mesures qui « *imposent à un ressortissant d'un autre Etat membre un traitement plus rigoureux, ou le placent dans une situation de fait ou de droit désavantageuse par rapport à la situation faite, dans les mêmes circonstances, à un national* »¹⁹⁷. Il exige, plus précisément, que « *les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée* »¹⁹⁸. La Cour de justice retient une conception très large de la notion de discrimination. Ainsi, elle estime que toute discrimination directe ou indirecte¹⁹⁹, dissimulée ou de fait, est susceptible d'entraver les échanges. Cependant, elle a eu l'occasion de préciser que n'était pas discriminatoire une différence de traitement due à une simple disparité de législations nationales applicables à des opérateurs distincts²⁰⁰ dès lors que ceux-ci sont visés selon des critères objectifs²⁰¹.

La Cour de justice adopte une approche pragmatique et concrète de la notion, ce qui la conduit, d'une part, à dépasser les discriminations formelles pour rechercher si celles-ci consacrent une discrimination matérielle. Elle considère ainsi que « *le traitement différent de situations non comparables ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une*

¹⁹⁴ CJCE, 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, aff. C-117/76, *Rec.*, p. 1753. La Cour estime que ce principe est « *l'expression (...) du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire* ».

¹⁹⁵ V. not. les arrêts CJCE, 28 juin 1978, *Kenny*, aff. 1/78, *Rec.*, p. 1489 ; CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. C-186/87, *Rec.*, p. 195, *CDE* 1990, p. 388 ; *JCP éd. G* 1989, II, n° 21304, note H. CALVET et J. G. HUGLO.

¹⁹⁶ Du moins, s'agissant des relations entre particuliers, la Cour de justice semble cantonner l'application du principe aux « *dispositions contractuelles présentant un caractère obligatoire de nature quasi-réglementaire* » (V. par ex. l'arrêt CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. 36/74, *Rec.*, p. 1405). V. M.-P. PULJAK, thèse préc. note 193, spéc. p. 19, note 18. *Contra*, en faveur de la reconnaissance d'un effet horizontal à l'article 12 TCE : A. BLECKMANN, « *Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du traité CEE* » préc. note 193.

¹⁹⁷ CJCE, 13 déc. 1984, *Haug-Adrion*, aff. 251/83.

¹⁹⁸ V. l'arrêt *Ruckdeschel* préc. note 194. *Adde* CJCE, 12 avril 1984, *Unifrex c/ Commission*, *Rec.*, p. 1969.

¹⁹⁹ Selon M. LENAERTS, il y a discrimination directe « *lorsqu'une réglementation communautaire ou nationale applique un critère de distinction prohibé ou soumet des cas différents à une réglementation formellement identique* ». Il y a discrimination indirecte « *lorsque, bien que n'appliquant pas de critère de distinction prohibé, une réglementation communautaire ou nationale applique d'autres critères de distinction dont les effets sont identiques ou du moins analogues à ceux auxquels aboutirait l'application du critère de distinction prohibé, ou encore lorsqu'une réglementation communautaire ou nationale établit une distinction purement formelle de cas différents, mais leur applique, en réalité, un traitement identique* ». V. « *L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples* » préc. note 193, spéc. p. 12.

²⁰⁰ CJCE, 3 juillet 1979, *Van Dam*, aff. 185/78 à 204/78, *Rec.*, p. 2345.

²⁰¹ CJCE, 14 juillet 1988, *Lambert*, aff. 308/86, *Rec.*, p. 4369.

*discrimination ; qu'une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une absence de discrimination matérielle ; que la discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes »*²⁰². Par ailleurs, une discrimination matérielle peut être tolérée dès lors que des raisons objectives la justifient.

D'autre part, cette approche concrète conduit la Cour à condamner des normes dont le dispositif n'est pas explicitement discriminatoire, mais dont l'application aboutit à désavantager le ressortissant d'un autre Etat membre au profit du national. C'est ainsi qu'elle juge que « *la règle de l'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat »*²⁰³.

Le champ d'application du principe coïncide avec celui du droit communautaire en général²⁰⁴. Ainsi, il chapeaute toutes les matières couvertes par le traité CE. C'est dire que l'extension du domaine général du droit communautaire emporte avec elle une extension corrélatrice de celui du principe de non discrimination en raison de la nationalité²⁰⁵. Finalement, ne lui échappent que les matières dans lesquelles les Etats membres disposent d'une compétence exclusive. Par ailleurs, les bénéficiaires de ce principe sont les personnes (physiques et morales) auxquelles le droit communautaire s'applique.

Le principe de non discrimination en raison de la nationalité constitue la clé de voûte de l'édifice communautaire. Les libertés fondamentales de circulation décrites (sous la forme d'interdictions) dans le corps du traité sont des applications particulières du principe général de non discrimination²⁰⁶.

²⁰² CJCE, 17 juillet 1963, *Gouvernement de la République italienne c/ Commission, Rec.*, p. 335 ; CJCE, 20 septembre 1988, *Royaume d'Espagne c/ Conseil des Communautés européennes, Rec.*, p. 4563.

²⁰³ CJCE, 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. C-41/84, *Rec.*, p. 1.

²⁰⁴ V. à cet égard la formule employée dans l'arrêt *Cowan* préc. La Cour précise que l'égalité de traitement induit par le principe de non discrimination concerne les « *personnes se trouvant dans une situation régie par le droit communautaire* ». Depuis les modifications successives du traité créant la citoyenneté européenne, V. not. CJCE, 12 mai 1998, *Maria Martinez Sala, Rec.*, I-2691. La Cour y déclare qu'un citoyen de l'Union européenne qui réside légalement sur le territoire de l'Etat membre d'accueil peut se prévaloir du principe général de non discrimination en raison de la nationalité dans toutes les situations relevant du domaine d'application *rationae materiae* du droit communautaire.

²⁰⁵ C'est ainsi que l'extension, par voie prétorienne et par le droit dérivé des bénéficiaires du droit communautaire a eu pour effet d'accroître le domaine *rationae personae* du principe de non discrimination.

²⁰⁶ Le principe de l'égalité de traitement (ou de non discrimination) d'un côté et les libertés de circulation de l'autre entretiennent donc des liens étroits. La Cour de justice a cependant clairement conféré au premier son autonomie par rapport aux secondes en jugeant que les mesures nationales qui entrent dans le champ d'application du traité en raison de leurs effets sur les échanges intracommunautaires sont soumises à l'article 12 TCE sans qu'il soit nécessaire de les rattacher à des dispositions plus spécifiques. V. not. CJCE, 30 octobre 2000, *Angelo Ferlini, Rec.*, p. I-8081.

C. Présentation des principales libertés de circulation.

81. L'article 39, paragraphe 2 TCE précise le principe de portée générale de non discrimination en matière de libre circulation des travailleurs. Selon ce texte, il « *implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre travailleurs des Etats membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.* » Le règlement relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté²⁰⁷ reprend ce principe en énonçant, à l'article 7, paragraphe 1, que le ressortissant d'un Etat membre « *ne peut être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail* ». Par ailleurs, les articles 7 à 12 du règlement précisent les conditions de mise en œuvre du principe au bénéfice du salarié et de sa famille.

En matière de marchandises, l'article 28 du traité CE prévoit que « *(l)es restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres.* » L'article 43, en matière de droit d'établissement, interdit « *les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre* ». De même, dans le domaine des services, l'article 49 prohibe « *les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté (...) à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.* » Enfin, l'article 56 TCE impose la libre circulation des capitaux et des paiements.

Les règles qui viennent d'être sommairement présentées sont au service de l'« intégration négative »²⁰⁸, en ce sens qu'elles supposent l'absence d'harmonisation sur le point à l'occasion desquelles elles sont invoquées. Eu égard à l'approche téléologique de la Cour de justice, elles se sont avérées être une puissante technique d'intégration.

²⁰⁷ Règlement 1612/68/CEE du 15 octobre 1968, JOCE n° L 257 du 19 octobre 1968, rectific. JOCE n° L 295 du 7 décembre 1968.

²⁰⁸ J. MERTENS DE WILMARS et H. NYSENS, « Intégration européenne et correction des mécanismes du marché. Un modèle économique et social européen », in *Mél. FARJAT, Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 557, spéc. p. 559. Pour M. CALAIS-AULOY (« Un code européen de la consommation ? », in F. OSMAN (dir.) *Vers un code européen de la consommation*, actes et débats du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 399, spéc. p. 402), l'expression désigne le phénomène de déréglementation, *i. e.* d'alignement des législations nationales vers le bas (*race to the bottom*) soi-disant induit par la jurisprudence communautaire visant à éradiquer les entraves aux échanges au sein de l'Union, en particulier l'arrêt *Cassis de Dijon* (CJCE, 29 février 1979, *Rewezenral c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649. Sur cet arrêt et, plus largement, sur la jurisprudence en matière de contrôle des entraves aux échanges, V. *infra*, n° 102 et s.)

§ II : L'approche téléologique de l'ordre public en tant que moteur de l'intégration.

82. C'est grâce à un mode de raisonnement téléologique (A), qui reflète une conception dynamique de l'entreprise communautaire, que le droit communautaire a pu largement déployer ses effets dans d'autres sphères que la sphère purement économique dans laquelle il était originellement confiné (B).

A. Présentation du mode d'interprétation téléologique de la Cour de justice²⁰⁹.

83. La Cour de justice occupe une place essentielle parmi les sources du droit communautaire. Elle est créatrice de droit, au même titre que le Conseil et la Commission. Elle a pour mission d'assurer le « respect du droit » (article 220 TCE) et a le monopole de l'interprétation authentique (article 234 TCE). Sa mission normative prend un relief tout particulier dans le contexte communautaire où les traités sont rédigés en termes généraux et relativement imprécis ; par ailleurs, la procédure permettant de les modifier est lourde. Dans ces conditions, l'importance du rôle de la Cour de justice en tant que créatrice de droit n'en est que renforcée.

Dans l'ensemble, celle-ci a repris les méthodes interprétatives préconisées par l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités selon lesquelles l'interprétation doit se faire d'après le « *sens ordinaire à attribuer aux termes du traité, dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ». Elle a cependant fait prévaloir le « contexte général » et « l'objet et le but » des traités institutifs – dans le cadre respectivement de la méthode systématique²¹⁰ et de la méthode téléologique – sur l'interprétation littérale²¹¹.

Combinées entre elles, ces deux méthodes (en particulier la méthode téléologique) ont largement contribué à l'évolution dynamique de la structure. La Cour a elle-même précisé sa démarche interprétative. Ainsi « *chaque disposition de droit communautaire doit être replacée dans son contexte et interprétée à la lumière de l'ensemble des dispositions de ce droit, de ses finalités et de l'état de son évolution à la date à laquelle la disposition en cause*

²⁰⁹ Sur ce thème, V. not. P. PESCATORE : « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation de la Cour de justice ; contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », in *Miscellanea W. J. van der Meersch*, Bruxelles, Bruylant, 1972, t. II, p. 325-363.

²¹⁰ La méthode systématique s'entend de « *l'interprétation des normes dans le cadre de leur rapport systématique avec d'autres normes et avec l'ensemble de la réglementation, en tenant compte de leur place et de leur fonction dans un ensemble organisé* ». V. G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Armand Colin, 7^{ème} éd. 1999, spéc. p. 156. Pour un ex. de mise en œuvre concrète de cette méthode, V. par ex. CJCE, 3 février 1976, *Manghéra*, aff. 59/75, *Rec.*, p. 91. La Cour y déclare que le paragraphe 1^{er} de l'article 37 (31) TCE doit « *être considéré dans son contexte, en relation avec les autres paragraphes du même article et à sa place dans le système général du traité* ». De même, pour savoir s'il convient ou non de conférer l'effet direct à une directive, il faut s'attacher à « *sa fonction dans le système du traité* » (CJCE, 17 décembre 1970, *SACE de Bergame*, aff. 33/70, *Rec.*, p. 1213).

²¹¹ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. 6/60, *Rec.*, p. 1125.

doit être faite. »²¹² La méthode téléologique conduit la Cour à orienter son interprétation des règles en cause selon leurs buts et leurs objectifs en vue de leur réalisation. Par exemple, en droit de la concurrence, pour dire si l'expression « exploiter de façon abusive une position dominante sur un marché » visait également les concentrations d'entreprises, elle estima qu'il fallait « envisager à la fois l'esprit, l'économie et les termes de l'article 86 (82), compte tenu du système du traité et des finalités qui lui sont propres »²¹³. De même, pour conférer l'effet direct au principe d'égalité de rémunérations entre les hommes et les femmes prévue à l'ancien article 119 (actuel article 141) TCE, la Cour s'est référée à la nature de ce principe, à l'objectif qu'il poursuivait, ainsi qu'à sa place dans le système du traité²¹⁴.

Ce mode de raisonnement illustre parfaitement la spécificité de la structure juridique communautaire par rapport aux ordres juridiques nationaux. En effet, il participe à la définition même du domaine du droit communautaire, aussi bien sous l'angle matériel que spatial. Par ailleurs, il conduit les organes communautaires à faire abstraction des catégories juridiques connues des différents ordres juridiques internes. En effet, le droit communautaire raisonne de façon concrète en termes d'objectifs à atteindre, tels la réalisation du marché intérieur, la protection du travailleur, la protection du consommateur, etc... Néanmoins se constatera parfois une coïncidence entre ces objectifs et les subdivisions du droit privé, dont les exemples les plus significatifs sont certainement le droit de la consommation ou encore le droit du travail.

84. Ce principe d'interprétation téléologique a conduit, dans le contexte communautaire, à accorder une place essentielle au principe de l'effet utile, qui permet de « donner aux actes toute la portée nécessaire à l'accomplissement de leurs objectifs »²¹⁵, de privilégier « l'interprétation qui permettra à la mesure de déployer les effets les plus étendus »²¹⁶. Ce principe requiert un raisonnement liant le domaine d'application (matériel, personnel ou spatial) aux objectifs de l'acte puisqu'il conduit à s'intéresser d'abord à ceux-ci pour conférer à l'acte la portée nécessaire à leur accomplissement. L'effet utile des libertés de circulation a

²¹² CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit*, *Rec.*, p. 3415.

²¹³ CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, *Rec.*, p. 244.

²¹⁴ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, *Rec.*, p. 455.

²¹⁵ V. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, éd. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, spéc. p. 592.

²¹⁶ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 524. Sur cet effet utile, V. plus généralement les développements de l'auteur p. 522 et s., p. 592 et s. Elle cite (p. 524, note 1500) à ce sujet notamment une étude de S. GRUNDMANN, « Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof – Zugleich eine rechtsvergleichende Studie zur Auslegung im Völkerrecht und im Gemeinschaftsrecht », Konstanz, Hartung-Gorre Verlag, 1997. Mme FRANCO rapporte que l'auteur explique notamment que dans le contexte communautaire, parmi les différentes méthodes d'interprétation connues, la méthode téléologique est appelée à jouer un rôle fondamental car elle correspond au mieux à la nature de cet ordre juridique.

ainsi imposé la primauté du droit communautaire²¹⁷, l'effet direct de certaines dispositions du traité²¹⁸ et même l'effet direct vertical de certaines directives²¹⁹. L'approche téléologique du droit communautaire explique que celui-ci ait pu largement dépasser le domaine qui lui était initialement imparti dans les traités institutifs.

B. La mise en œuvre : l'évolution générale du système juridique communautaire.

85. Le raisonnement téléologique mené par le droit communautaire à partir des principes fondamentaux a permis une extension considérable de la sphère de compétence communautaire, aussi bien sur les plans personnel (1) que matériel (2).

1. L'extension du domaine personnel.

86. Si, initialement, le droit communautaire envisageait les destinataires des libertés communautaires essentiellement sous l'angle des opérateurs (professionnels), ce qui en limitait logiquement les bénéficiaires, la Cour de justice a ensuite estimé que les destinataires des services, et plus généralement les consommateurs, en bénéficiaient également. C'est en effet là le « *corollaire des libertés de circulation consacrées par le traité CE* »²²⁰. La démarche est bien décrite par M. FALLON : « (...) *le droit communautaire a incorporé d'autres corollaires de l'économie de marché, à mesure de l'apparition de ceux-ci dans la science économique. Ainsi, une conception ouverte des rapports de marché a conduit à inclure le consommateur comme un opérateur autonome, partenaire de l'entreprise.* »²²¹.

L'intérêt des consommateurs a donc d'abord été consacré directement en rapport, en tant qu'« accessoire » - pour reprendre l'expression de l'auteur - à l'exercice d'un droit économique. Ainsi, dans l'arrêt *G.B.-Inno-B.M.*²²² du 7 mars 1990, la Cour de justice a précisé que « *la libre circulation des marchandises concerne non seulement le commerce professionnel mais également les particuliers* »²²³ ; dans le même arrêt, elle a consacré la liberté des consommateurs, consistant en la faculté de « *se rendre librement sur le territoire d'un autre Etat membre en vue de s'y approvisionner dans les mêmes conditions que la*

²¹⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre Enel*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1143.

²¹⁸ CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.*, p. 631. Dans cet arrêt, la Cour confère l'effet direct à la liberté d'établissement en l'absence d'adoption de directives en prévoyant la mise en œuvre.

²¹⁹ CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.*, p. 1337.

²²⁰ L'expression est de M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^{ème} éd. 2002, p. 22. L'auteur explique en effet que « *la prise en compte de valeurs non économiques (...) serait inhérente à la mise en œuvre juridique des principes mêmes de l'économie de marché.* » (*Op. cit.*)

²²¹ *Droit matériel général (...)*, p. 19. Sur ce phénomène, V. aussi, du même auteur, « Les droits accessoires à l'exercice des droits économiques de la personne dans la Communauté », *Annales de droit de Louvain*, 1993, p. 235-253.

²²² Aff. C-362/88, *Rec.*, p. 667. Sur cet arrêt, V. nos développements *infra*, n° 468.

²²³ Point 8.

population locale »²²⁴. C'est suivant un raisonnement analogue que la Cour a étendu le bénéfice des libertés de circulation à des ressortissants d'Etats tiers, en tant que membres de la famille d'un travailleur²²⁵.

De façon plus audacieuse, elle a étendu le bénéfice des libertés fondamentales à des catégories de personnes n'entrant pas dans le domaine d'application d'une liberté spécifique prévue par le traité. Ainsi, l'application du principe de non discrimination a été assurée aux étudiants au motif que le traité prévoit une politique de formation professionnelle. Dès lors, la problématique de leur déplacement entre dans le « domaine » du traité au sens de l'article 12 TCE²²⁶.

L'extension du droit communautaire est souvent impulsée par le raisonnement téléologique mené par la Cour de justice. Par la suite, le législateur communautaire prend souvent le relais. Enfin, une modification des traités institutifs peut entériner, consolider, voire parachever l'évolution. Ainsi, dans le domaine de la libre circulation des personnes, réservées originellement au travailleur communautaire et à sa famille²²⁷, les libertés de circulation et de séjour ont été progressivement accordées par le législateur communautaire à presque tous les ressortissants des Etats membres par trois directives du 28 juin 1990²²⁸ concernant les travailleurs ayant cessé leur activité professionnelle, les étudiants et subsidiairement les autres ressortissants des Etats membres. Ultérieurement, les modifications successives des traités ont débouché sur une citoyenneté européenne attribuée à tous les ressortissants des Etats membres²²⁹. Le domaine d'application personnel du droit communautaire et, partant, de l'ordre public communautaire, a donc connu une extension considérable. Il en va de même de son domaine matériel.

2. L'extension du domaine matériel.

87. La jurisprudence relative au contrôle des entraves a joué un rôle fondamental dans la reconnaissance de valeurs dépassant les préoccupations mercantiles initiales du droit

²²⁴ *Idem*. Sur ce même thème, V. également l'arrêt CJCE, 31 janvier 1984, *Luisi et Carbone*, aff. jointes 286/82 et 26/83, *Rec.*, p. 377.

²²⁵ V. par ex. CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.*, p. I-4265.

²²⁶ CJCE, 13 février 1985, *Gravier*, aff. 293/83, *Rec.*, p. 593.

²²⁷ A défaut, pour le traité, de prévoir les modalités concrètes d'accès des bénéficiaires des libertés d'établissement et de prestations de services aux territoires des Etats membres, c'est le droit dérivé qui encadrerait la matière. V. le règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 (*JOCE* n° L 257/2 du 19 octobre 1968) relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, qui est le fondement de la directive 68/360 du même jour (*JOCE* n° L 257/13 du 19 octobre 1968) relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des travailleurs des Etats membres et de leur famille à l'intérieur de la Communauté ; enfin, la directive 73/148 du 21 mai 1973 (*JOCE* n° L 172/14 du 28 juin 1973) relative à la suppression des restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des Etats membres à l'intérieur de la Communauté en matière d'établissement et de prestation de services.

²²⁸ *JOCE* n° L 180/28 du 13 juillet 1990 et *JOCE* n° L 317/59 du 18 décembre 1993.

²²⁹ Art. 17 TCE.

communautaire, notamment en recourant à la théorie des « raisons impérieuses d'intérêt général ».²³⁰

Le législateur communautaire prend parfois le relais. En effet, c'est là où le droit primaire permet aux Etats d'entraver les échanges au nom de l'intérêt général (donc par hypothèse, en l'absence d'harmonisation dans le domaine considéré) qu'il convient d'agir sur les disparités des législations nationales. Ceci explique que la législation communautaire ait investi nécessairement des domaines qui dépassent les préoccupations strictement liées à l'objectif de réalisation d'un marché intérieur. C'est ainsi que la consécration, par la voie du rapprochement des législations, de valeurs supérieures trouve un fondement privilégié dans l'article 93 TCE, selon lequel la Communauté tend à prendre pour base un niveau de protection élevé « *en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs* ». On y retrouve des raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la Cour et donc consacrées par le traité. C'est en cela que l'émergence de ces objectifs entretient un lien fonctionnel avec le régime des libertés de circulation dérivant notamment des articles 28, 49 et 56 TCE.

Ainsi, une explicitation du contenu de l'intérêt général peut faire l'objet d'un acte communautaire dans la mesure où le concept permet de justifier une entrave aux échanges. Le processus permet de communautariser un intérêt général. L'adoption d'une politique d'harmonisation des conditions de commercialisation de services ou de marchandises peut ainsi traduire une volonté d'esquisser un modèle juridique conciliant le principe fondamental de la liberté d'entreprendre avec les exigences de valeurs supérieures d'intérêt général (dont certaines sont citées par l'art 93 TCE), telles la protection des droits fondamentaux de la personne, la protection du consommateur, la préservation de la moralité.²³¹ Cette prise en compte de valeurs étrangères à des préoccupations purement mercantiles²³² (les libertés de circulation) a finalement transformé la physionomie du projet communautaire initial.

²³⁰ Par ex., depuis le célèbre arrêt *Cassis de Dijon* (CJCE, 20 fév. 1979, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649), la Cour de justice a reconnu que la protection des consommateurs pouvait constituer une « raison impérieuse d'intérêt général » permettant de justifier une mesure indistinctement applicable. Dans l'arrêt *Ortscheit* (CJCE, 10 nov. 1994, aff. C-320/93), c'est la protection de la santé qui est érigée en « raison impérieuse d'intérêt général ». Sur ce concept et l'arrêt *Cassis de Dijon*, V. les développements *infra*, n° 102 et s.

²³¹ V. par ex. la directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* n° L 298 du 17.10.1989, p. 23, modifiée par la directive 97/36/CE, *JOCE* n° L 202 du 30.7.1997, p. 60.

²³² V. également le projet de traité instituant l'Union européenne, adopté par le Parlement européen suivant une résolution du 14 février 1984 (*JOCE* 1984, C 77). Il faisait une large place aux valeurs non économiques, telle la protection des droits de l'homme notamment. V. le commentaire de M. FALLON in *Droit matériel (...)*, p. 22/23.

§ III : L'évolution de la philosophie générale sous-tendant le projet communautaire.

88. On pouvait initialement estimer que le domaine d'intervention du droit communautaire concernait exclusivement l'ordre public de direction eu égard aux objectifs initiaux du droit communautaire. Si ce droit se présente à l'image d'un système juridique d'inspiration avant tout libérale, la nécessité semble s'être fait ressentir de tempérer ce schéma en posant des limites lui permettant de conserver un « visage humain », suivant un modèle « Rhénan ». Selon ce dernier, « *le marché, c'est l'instrument, le moyen, la concurrence nécessaire pour la vitalité et l'efficacité du système, mais (il) n'est pas le but (...). Le but, lui, est de caractère social, il consiste à avoir une société si possible équitable (...) ou si possible harmonieuse (...)* »²³³ Cette description reflète une conception humaniste de l'Europe, à l'image de celle préconisée par certains auteurs²³⁴. De fait, les termes désormais employés à l'article 2 du traité CE traduisent les préoccupations de cet ordre juridique qui consistent à « *promouvoir dans l'ensemble de la Communauté, un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les Etats membres* ». La formule employée évoque le modèle rhénan décrit par M. ALBERT.

Par ailleurs, les droits fondamentaux trouvent désormais une place dans le projet communautaire, même si, sur un plan formel, ils restent extérieurs au traité communautaire. En effet, la Charte des droits fondamentaux, proclamée conjointement par les Présidents du Conseil, du Parlement européen et de la Commission en marge du Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000²³⁵, même si elle est dépourvue de valeur juridique contraignante, témoigne d'une volonté de prise en compte des droits fondamentaux de la personne dans le cadre de la politique générale menée par l'Union.²³⁶ Ces valeurs constituent autant de limites à un schéma purement libéral. Elles doivent être conciliées avec les objectifs économiques. Et c'est le droit communautaire qui est amené à procéder à un arbitrage entre eux.

²³³ M. ALBERT : « Le modèle rhénan a-t-il encore un avenir ? », in *Le contrat social en Europe*, Institut d'Etudes Européennes, Université Catholique de Louvain, 1997, p. 217 et s., spéc. p. 219.

²³⁴ V. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *TCFDIP* 2003/2004, éd. Pedone, Paris, 2005, p. 65, spéc. p. 89.

²³⁵ *JO C* 364 du 18 décembre 2000, p. 1. V. à ce sujet : J.-Y. CARLIER et O. DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

²³⁶ A quoi il faut ajouter que l'article 6 du traité sur l'Union fait lui aussi référence aux droits de l'Homme.

L'évolution générale de la philosophie sous-tendant le projet communautaire a eu pour corollaire une diversification des bases juridiques permettant au législateur communautaire d'adopter des mesures notamment en vue de rapprocher les droits nationaux.

Section II : L'ordre public à travers la dualité des fondements de l'harmonisation.

89. De même qu'en droit interne, la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction s'avère parfois délicate à mettre en œuvre, on retrouve en droit communautaire une difficulté similaire lorsqu'il s'agit de faire le départ entre les mesures liées au principe de liberté des échanges et celles qui reposent sur une base juridique autonome. L'évolution institutionnelle qu'a connue l'Union reflète cette ambivalence puisque sont venues s'ajouter au fil du temps différentes bases juridiques dont le choix permet d'éclairer les motivations essentielles d'une mesure d'harmonisation.

En effet si, originellement, les organes communautaires pouvaient développer des mesures de rapprochement des législations des Etats membres uniquement en vue de faciliter la circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux au sein de la Communauté, d'autres perspectives lui ont été ouvertes au fil du temps. Suite à plusieurs modifications successives du traité, ils ont acquis des compétences permettant de développer des politiques substantielles pouvant transcender les exigences liées à l'établissement d'un marché intérieur. Les politiques de protection des consommateurs, des travailleurs ou encore de l'environnement en fournissent des illustrations. L'émergence de telles politiques d'accompagnement a nettement mis en évidence la diversité des préoccupations du législateur communautaire, conduisant ce dernier à rechercher un équilibre entre elles.

On peut transposer, à la dualité des fondements de l'harmonisation entreprise par le droit communautaire, la distinction établie en droit interne entre ordre public de protection et ordre public de direction, en estimant que les mesures adoptées sur la base de textes visant à assurer la libre circulation des échanges au sein de l'Union relèvent de l'ordre public de direction, tandis que celles adoptées sur un fondement autonome (notamment en droit de la consommation et en droit social), reflètent davantage un ordre public de protection. Le parallèle ne peut être établi toutefois qu'en procédant à une adaptation rendue nécessaire par le contexte communautaire. Ainsi, en droit communautaire, l'ordre public de direction ne serait pas garant de l'intérêt général - la structure communautaire ne s'apparentant pas à un ordre juridique classique qui seul a vocation à prendre en charge les intérêts d'une société donnée -, mais de l'objectif essentiel de la structure qui est sa raison d'être, à savoir la réalisation d'un marché intérieur. Par comparaison, certaines mesures adoptées sur un

fondement autonome, en droit de la consommation et en droit social notamment, envisagent pour leur part respectivement les intérêts individuels des consommateurs et des travailleurs.

On a vu cependant que l'émergence récente de l'ordre public du marché venait quelque peu brouiller la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction²³⁷. Mais, préférant évoquer une réorientation de la distinction plutôt que son obsolescence, on peut estimer que la distinction classique se présente, dans le contexte communautaire, sous un jour nouveau. L'ordre public de protection y apparaît en quelque sorte comme une limite à la logique du marché sous-tendant les libertés de circulation.

Eu égard à la dualité des fondements de l'harmonisation communautaire qui vient d'être présentée, l'on est conduit à rechercher un enseignement du choix d'une base juridique déterminée (§ III). Le droit du travail (§ I) puis le droit de la consommation (§ II) serviront de cadre à cette recherche.

§ I : L'exemple du droit du travail.

90. Le droit social permet nettement de mettre en évidence l'enjeu du rapprochement des droits nationaux au sein d'une structure intégrée (A) en raison des liens que la matière entretient avec la sphère économique (B). Par ailleurs, elle peut être envisagée sous un angle purement social (C).

A. L'enjeu de l'harmonisation.

91. C'est en droit du travail, lequel entretient un lien étroit avec la sphère économique, que le droit communautaire a sans doute le plus clairement illustré la problématique générale en matière d'ordre public, consistant à rechercher un équilibre entre divers impératifs. En effet, en cette matière, une initiative du législateur visant à protéger les travailleurs contribuera tout en même temps à égaliser les conditions de concurrence au sein de l'Union²³⁸. Et plus généralement, les politiques sociales menées tant par le législateur communautaire que par les législateurs nationaux ne seront pas sans répercussions sur les libertés de circulation consacrées par le traité ainsi que sur les conditions de concurrence entre les entreprises.

Dès le début de la construction communautaire, la question sociale constituait un enjeu important dans un contexte d'économie de marché.²³⁹ La logique libérale permet en effet aux employeurs de s'implanter librement là où la main d'œuvre est au moindre coût. Mais en vue

²³⁷ V *supra*, n° 29.

²³⁸ V. *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002, spéc. p. 6, n° 4.

²³⁹ Ce qui explique que dès les années 70, la Commission ait souhaité entreprendre l'élaboration d'un règlement portant unification des règles de conflits de lois en matière de relations de travail. V. *JOCE* n° C 49 du 18 mai 1972, *comm.* P. RODIERE, *RTDE* 1973, p. 1.

d'assurer une concurrence saine, l'idée peut émerger de vouloir harmoniser les droits du travail nationaux. Dans cette optique, le rapprochement des législations nationales est fondé sur le principe de libre concurrence qui relève du droit économique. Dans une autre perspective, « proprement sociale », on peut vouloir assurer une protection aux salariés en imposant aux droits nationaux des règles en ce sens. Le fondement du rapprochement des législations nationales est ici autonome, exclusivement social. L'évolution de l'action communautaire en la matière permet de constater que si, dans un premier temps, le droit du travail est envisagé en tant que « sous-produit » du droit économique, par la suite, s'y est adjoint un autre fondement, purement social.

B. Le droit social envisagé en tant que « sous-produit » du droit économique.

92. Le lien entre l'économique et le social apparaît dès la version initiale du projet communautaire.²⁴⁰ L'article 117 du traité CEE, qui était alors le siège de la « politique sociale », posait certes, en son alinéa un, un principe d'harmonisation en matière sociale, mais l'alinéa deux laissait entendre que le fonctionnement même du marché commun permettrait d'atteindre une certaine équivalence entre les législations sociales nationales, même s'il n'excluait pas une initiative communautaire en la matière.²⁴¹ Cet article 117 présentait déjà deux fondements distincts en matière de rapprochement des législations nationales en droit du travail. Mais puisque c'est avant tout par le « jeu du marché » qu'était censé se produire un rapprochement « naturel » des droits nationaux, aucun moyen concret n'était prévu par le traité en vue de rapprocher les droits des Etats membres sur un fondement purement social. En effet, l'ex-article 118 TCE confiait seulement à la Commission la mission d'encourager « la coopération entre les Etats membres » et de faciliter « la coordination de leur action » dans certains domaines relevant de leur politique sociale. Ce texte ne conférait pas à la

²⁴⁰ Ainsi, pour M. RODIERE, s'exprimant à propos du droit social européen, « (l)'impression générale est celle d'un droit qui est sans doute social par son objet, puisqu'il règle les droits des travailleurs salariés, mais dont les finalités de protection s'absorbent dans l'objectif général que constitue la réalisation du Marché intérieur. » V. *Droit social de l'Union européenne* préc. note 238, p. 7. Un tel lien n'est pas propre au droit communautaire. Mais, à titre de comparaison, si en France, les spécialistes du droit du travail revendiquent l'« autonomie du droit social », on peut difficilement invoquer ce concept à propos du droit social européen, ce dernier demeurant dans le sillage de l'approche économique initiale du droit communautaire. Tout au plus pourrait-on parler de « semi-autonomie » en raison de l'apparition, au fil de la construction européenne, de fondements juridiques propres à l'élaboration d'une politique sociale commune.

²⁴¹ Ce texte disposait en effet, notamment, que « (l)es Etats membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre, permettant leur égalisation dans le progrès. » (al. 1). Les Etats membres « estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent Traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives. »

Commission de pouvoir spécial qui lui aurait permis d'adopter des textes contraignants en matière de droit social.

Cependant, les espoirs placés dans le processus de rapprochement des législations nationales par le seul effet du marché ayant été déçus, le droit communautaire a adopté des mesures positives à cette fin. Et le fondement juridique alors utilisé permet de comprendre qu'il appréhendait initialement cette matière en tant que « sous-produit de l'ordre public de direction ». En effet, jusque l'Acte unique européen, les directives de rapprochement des législations sociales ont été, pour le plus grand nombre d'entre elles, fondées sur l'ex-article 100 (94 TCE).

Ce texte, qui constitue une base générale en vue d'harmoniser les droits nationaux, permet l'adoption, à l'unanimité, de directives visant à rapprocher les « *dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.* » Il a en particulier servi de fondement à l'adoption, entre 1975 et 1980, des directives relatives aux droits des travailleurs face aux restructurations ou aux difficultés des entreprises. De façon générale, le droit dérivé élaboré en matière de droit social a montré combien les directives étaient liées à des objectifs économiques. Plus précisément, les directives adoptées sur le fondement de l'article 100 tendent à égaliser les conditions de concurrence.

L'Acte unique européen avait toutefois introduit un article 118 A²⁴², visant notamment la protection du milieu du travail. Ce texte marquait le début de l'autonomie de l'approche purement sociale par rapport à l'approche économique, acquise plus franchement en 1992.

C. L'apparition d'un fondement autonome en matière de politique sociale.

93. En 1992, l'accord sur la politique sociale (annexé au traité de Maastricht)²⁴³ a fait disparaître la dissociation entre rapprochement spontané de la part des Etats et rapprochement

²⁴² Selon ce texte, « 1. Les Etats membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif l'harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine. 2. Le Conseil, statuant (à la majorité qualifiée et suivant une procédure associant notamment le Parlement), arrête par voie de directive les prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des Etats membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement des petites et moyennes entreprises. 3. Les dispositions arrêtées en vertu du présent article ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque Etat membre, de mesures de protection renforcée des conditions de travail compatibles avec le présent traité ».

²⁴³ Le droit du travail a connu un traitement particulier suite à la signature du traité de Maastricht. Un protocole sur la politique sociale et un accord sur la politique sociale annexé à ce protocole ont été greffés au traité, cependant que le traité communautaire en lui-même ne subissait pas de transformations en la matière. Ainsi, jusqu'au traité d'Amsterdam, deux corps de textes coexistaient en matière sociale.

imposé par le droit communautaire. Désormais, la formule utilisée est que la Communauté « *soutient et complète l'action des Etats membres* » en matière sociale (notamment en vue d'améliorer les conditions de vie et de travail). La formule trouve son pendant, en quelque sorte, selon une approche économique, puisqu'il est prévu par ailleurs que la Communauté et les Etats membres « *tiennent compte* » notamment de « *la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté* ».

Le traité d'Amsterdam a multiplié les domaines dans lesquels la Communauté peut adopter des mesures au titre d'une compétence qui lui a été attribuée spécifiquement en matière sociale. L'article 137.1 TCE prévoit en effet que la Communauté « *soutient et complète l'action des Etats membres dans les domaines suivants : - l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs ; - les conditions de travail ; - l'information et la consultation des travailleurs ; - l'égalité entre hommes et femmes sur le marché du travail et dans le travail ; - l'intégration des personnes exclues du marché du travail.* » L'instrument prévu à cet effet est la directive, adoptée à la majorité qualifiée.

Il est désormais possible d'appréhender le travailleur selon une approche individuelle. Cette autonomie du fondement social par rapport au fondement économique est renforcée par diverses références aux droits fondamentaux. En effet, l'article 136 TCE renvoie aux droits fondamentaux proclamés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 ainsi qu'à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée par le Conseil européen le 9 décembre 1989. De même, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclame certains droits au profit des travailleurs. Le traité, en renforçant les compétences spécifiques de la Communauté en matière sociale, consacre en quelque sorte l'indépendance des actions rattachées directement aux objectifs économiques par rapport à celles qui concernent en particulier la protection du travailleur. Désormais, les deux coexistent. L'évolution constatée à propos de l'intervention du droit communautaire en droit de la consommation présente des similitudes avec celle qui vient d'être retracée.

§ II : L'exemple du droit de la consommation.

94. A l'instar du droit du travail, le droit de la consommation entretient un lien inévitable avec l'objectif général de réalisation du marché intérieur (A). La matière peut également être appréhendée de façon autonome²⁴⁴ (B).

²⁴⁴ Sur la politique communautaire (droit matériel) en faveur des consommateurs, V. not. Th. BOURGOIGNIE : « Droit et politique communautaire de la consommation, de Rome à Amsterdam », *Rev. eur. dr. cons.* 1997, p. 194 et s.

A. Le rattachement initial aux objectifs de réalisation du marché intérieur.

95. Les initiatives du législateur communautaire en droit de la consommation étaient initialement basées sur l'article 100 du Traité originaire (devenu article 94), puis, depuis l'Acte unique de 1986, sur l'article 100 A (devenu article 95). Ce dernier texte permet au Conseil d'arrêter, conformément à la procédure de co-décision associant le Parlement européen, le cas échéant à la majorité qualifiée, les mesures relatives « *au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.* »

Ces deux textes n'ont pas pour but spécifique de protéger les consommateurs. Ils visent à établir un marché intérieur européen, c'est-à-dire un espace sans frontières intérieures dans lequel circulent librement les marchandises, les personnes, les services et les capitaux. Dans la mesure où la diversité des législations protégeant les consommateurs peut constituer une entrave aux échanges au sein de la Communauté, le Conseil a pu fonder des mesures visant à rapprocher les législations nationales des Etats membres en la matière sur l'article 100 A. Cet objectif de protection du consommateur apparaît alors comme un « *un sous-produit de la libre circulation.* »²⁴⁵

Il s'agissait donc, à travers ce fondement juridique, de rapprocher des règles nationales plus ou moins protectrices dont les disparités pourraient créer des entraves à la libre circulation des marchandises et des services ainsi que des distorsions de concurrence affectant le marché²⁴⁶. Et c'est notamment la jurisprudence en matière de reconnaissance de certains impératifs admis en dérogation à l'interdiction des entraves aux échanges qui a donné une impulsion à l'activité législative. En effet, dès lors que la Cour de justice admet que des raisons impérieuses d'intérêt général peuvent justifier une entrave aux échanges, on comprend que le législateur communautaire s'attache à harmoniser ce concept au sein de l'Union, précisément dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Par exemple, la Cour de justice, dans le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*²⁴⁷, a estimé que le souci de protection des consommateurs était une raison impérieuse d'intérêt général permettant de justifier, à certaines conditions, une entrave aux échanges communautaires. Plus tard, dans l'arrêt

²⁴⁵J. CALAIS-AULOY, « Un code européen de la consommation ? », in F. OSMAN (dir.) *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 399, spéc. p. 404.

²⁴⁶V. not. F. PICOD, « Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs », in *Vers un code européen de la consommation* préc. note précédente, p. 73, spéc. p. 77.

²⁴⁷CJCE, 29 février 1979, *Rewezenral c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 102 et s.

*Commission c/ République fédérale d'Allemagne*²⁴⁸, elle a érigé la protection des preneurs d'assurance et des assurés au rang de raison impérieuse d'intérêt général permettant ainsi, à certaines conditions, l'application impérative des règles contractuelles de protection de l'assuré en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel est offert un service d'assurance. Ce faisant, la Cour tolérait que certaines mesures nationales puissent freiner l'établissement du marché intérieur.

Pour parachever la réalisation du marché intérieur, le législateur pouvait alors recourir aux textes généraux du traité permettant d'adopter des mesures concernant l'établissement et/ou le fonctionnement du marché intérieur, c'est-à-dire les articles 100 et 100 A TCE. En particulier, en harmonisant le concept de raison impérieuse d'intérêt général, le législateur communautaire empêche en principe les Etats membres d'invoquer une telle raison. La protection des consommateurs n'est pas l'objectif immédiat des mesures adoptées sur le fondement de ces textes. Au fil des modifications successives des traités institutifs, ce schéma a évolué.

B. Vers l'autonomie de la politique consumériste.

96. Une étape est franchie avec la signature du traité de Maastricht en 1992. Il marque en effet l'apparition d'un fondement spécifique à la politique communautaire en faveur des consommateurs. Un article 129 A est ajouté au traité. Il prévoit, d'une part, que « *la Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs* » dans le cadre des mesures qu'elle adopte en vue de la réalisation du marché intérieur sur le fondement de l'article 100 A. D'autre part, de façon plus innovante, l'article 129 A envisage « *des actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les Etats membres en vue de protéger la santé, la sécurité et les intérêts économiques des consommateurs et de leur assurer une information adéquate* ». Ce texte permet donc au législateur communautaire d'entreprendre des actions spécifiques venant compléter et appuyer la politique menée en la matière par les Etats membres. Il dote la politique consumériste d'un fondement autonome par rapport à l'objectif général de réalisation d'un marché intérieur. Toutefois, un seul acte a été

²⁴⁸ CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, « Assurance », aff. 205/84, *Rec.*, p. 3755. Le droit des assurances a depuis lors notamment fait l'objet de directives particulières posant des règles de conflit de lois. Sur ces règles, V. les développements *infra*, n° 285 et s. La Commission a également précisé, dans une communication, le concept d'intérêt général en la matière. V. communication interprétative « Liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances », *JOCE* n° C 43 du 16 février 2000, p. 5-27.

adopté sur le fondement de l'article 129 A²⁴⁹. Toutes les directives l'ont été sur la base des textes visant à la réalisation ou l'achèvement du marché intérieur.

Désormais, depuis le traité d'Amsterdam, le nouvel article 153, disposition unique du Titre XIV intitulé « Protection des consommateurs », précise qu' « *Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts* ». Par ailleurs, « *Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de la Communauté* ». Enfin, l'article 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne renforce d'une certaine manière l'autonomie acquise par le droit de la consommation par rapport au fondement « libéral » puisqu'il prévoit qu' « *(u)n niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union* ».

Ainsi, à l'instar de ce que l'on a observé en droit du travail, deux fondements distincts peuvent justifier une action du droit communautaire en vue de rapprocher les droits nationaux en droit de la consommation²⁵⁰. L'un appréhende la matière de façon indirecte, en ce qu'elle concerne l'objectif de réalisation du marché intérieur. L'autre fondement est autonome et s'apparente à l'ordre public classique de protection. Cependant, il n'est pas certain que la consécration formelle d'un fondement spécifique en matière de protection des consommateurs aboutisse à un changement radical dans le choix de la base juridique des directives adoptées dans le cadre de la politique consumériste²⁵¹. Au demeurant, la Cour de justice a, quant à elle, souligné la « portée limitée » de l'article 153²⁵². Il semble que dans le cadre communautaire, la politique de protection des consommateurs est certainement vouée à demeurer très

²⁴⁹ Décision 3092/94/CE du Parlement et du Conseil du 7 décembre 1994, instituant un système communautaire d'information sur les accidents domestiques et de loisirs, *JOCE* n° L 331 du 21 décembre 1994, p. 1.

²⁵⁰ V. J.-P. PIZZIO, « L'application du droit primaire », in *Vers un code européen de la consommation* préc. note 208, p. 87, spéc. p. 90, n° 5.

²⁵¹ En ce sens, V. not. M. FALLON, *Droit matériel général des Communautés européennes*, Bruylant-Academia, 2^{ème} éd. 2002, p. 471/472. ; A.-M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 339/340, n° 564/565, p. 298/299, n° 493-495. *Contra* : M. LUBY, « Politique communautaire de protection des consommateurs : origine, finalité et devenir », *Jurisclasseur Europe*, t. 6, fasc. 2000, n° 28.

²⁵² CJCE, 7 mars 1996, *El Corte Ingles*, aff. C-192/94, *Rec.*, p. I-1281. La Cour souligne la « portée limitée » de l'article 129 A (devenu art. 153) et précise que ce texte n'édicte pas d'obligations à la charge des Etats membres et des particuliers (points 19 et 20).

imbriquée à l'objectif de réalisation du marché commun, puisque le consommateur est avant tout appréhendé en tant que « partenaire de l'entreprise »²⁵³.

§ III : Conclusion.

97. L'appréhension du droit du travail et du droit de la consommation par le droit communautaire a permis de mettre en évidence les liens qu'entretiennent les politiques visant à protéger certaines parties réputées en position de faiblesse avec les nécessités du marché intérieur. En droit communautaire, une entreprise d'harmonisation des législations des Etats membres dans le domaine de l'ordre public de protection poursuit en même temps pour objectif la réalisation du marché intérieur tout en égalisant les conditions de concurrence au sein de l'Union, en soumettant les opérateurs à des exigences minimales communes.

Pour autant, faut-il estimer qu'en raison de l'antériorité chronologique de l'objectif de réalisation du marché intérieur par rapport aux politiques de protection, la première considération doit systématiquement prévaloir dans l'hypothèse d'un conflit entre les deux? La question est importante, et on la retrouvera notamment lorsqu'il s'agira de s'interroger sur les méthodes d'applicabilité de ces normes sous l'angle du droit international privé. Pour sa part, la Cour de Luxembourg, à l'occasion des contrôles qu'elle effectue sur les législations nationales, ne fait pas systématiquement prévaloir les exigences liées à la libre circulation. Cela montre donc qu'il y a une place pour les deux considérations. L'enjeu consistera à trouver un juste équilibre entre elles.

On constate, pour le reste, que la production normative du droit communautaire ne se distingue finalement guère de celle des différents ordres juridiques internes. On a vu, en effet, en ce qui les concerne, qu'il était souvent difficile de faire le départ, à propos d'une norme, entre l'objectif visant à préserver l'ordre public de protection et celui relevant plutôt de l'ordre public de direction. Pour autant, dès lors que l'analyse de la norme permet d'en dégager l'objectif médiat et l'objectif immédiat, il nous semble possible d'en inférer une qualification au regard de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction. En outre, le droit communautaire devrait normalement pouvoir guider le choix de cette qualification dans la mesure où ses objectifs fondamentaux (liés à la réalisation du marché intérieur) n'ont *a priori* vocation à intervenir que dans les relations intracommunautaires. Ainsi, ce n'est qu'à leur sujet que l'hésitation devrait être permise. En revanche, dès lors que l'on envisage les relations entre l'ordre juridique communautaire et les

²⁵³ M. FALLON, *Droit matériel général*, p. 461.

Etats tiers, seule la considération tenant à l'ordre public de protection devrait pouvoir être prise en compte. Cette vision simpliste mérite toutefois d'être précisée, car toute la difficulté consiste précisément à délimiter le domaine d'application spatiale des libertés communautaires qui est largement tributaire de leur domaine d'application matériel.

Chapitre II : L'étendue matérielle de l'ordre public substantiel du droit communautaire.

98. Le mode de définition du domaine matériel du droit communautaire a subi des modifications depuis l'origine de la construction communautaire. Ainsi, M. FALLON a montré comment le concept d'entrave s'était substitué à une définition de ce domaine par la nature des rapports sociaux. En effet, désormais, comme l'explique l'auteur, « *(p)our déterminer l'applicabilité matérielle du droit communautaire, la matière au sens propre du terme importe moins que la réalité de l'affectation de l'une des libertés de circulation.* »²⁵⁴ Dès lors, « *(s)ans entrave, pas d'application du droit primaire des libertés de circulation. La soumission d'une matière juridique au droit primaire n'est donc que relative.* »²⁵⁵ La rencontre entre le droit communautaire et le droit international privé se fait donc autour du concept d'entrave, puisque c'est lui qui conditionne l'intervention même du droit communautaire. Ce n'est qu'autant qu'il y a entrave que le droit communautaire a vocation à intervenir. Or le juge communautaire n'a eu de cesse que d'étendre son contrôle en la matière sur les règles nationales.

L'approche économique du droit communautaire, visant à la réalisation d'un marché intérieur, le conduit à déterminer le domaine matériel des libertés fondamentales constitutives du marché en distinguant selon les marchandises, les services, les capitaux et les personnes.²⁵⁶ Cependant, toutes ces matières obéissent à un régime relativement similaire en ce qui concerne la détermination d'une entrave susceptible de les affecter. L'examen auquel se livre la Cour de justice commence systématiquement par la vérification de l'existence ou non d'une mesure d'harmonisation adoptée par le législateur communautaire. S'il existe un instrument procédant à une harmonisation complète dans le domaine considéré, aucune entrave émanant des Etats membres ne peut plus être admise, sauf pour l'instrument en question à prévoir éventuellement les circonstances et les conditions dans lesquelles une entrave peut être tolérée. S'il n'existe pas d'instrument communautaire réalisant une harmonisation complète de la matière en cause, une distinction fondamentale est faite selon que la mesure sous examen est ou non discriminatoire. Si tel est le cas, elle sera plus facilement condamnée que si elle est indistinctement applicable. En effet, elle ne pourra être justifiée que par l'une des raisons expresses d'intérêt général énumérées dans le traité. Si elle n'est pas discriminatoire

²⁵⁴ « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT, Dalloz, Actes, 2004, p. 31 et s., spéc. p. 38, n° 8.

²⁵⁵ *Op. cit.*, p. 39, n° 10.

²⁵⁶ L'article 3 TCE définit en effet le marché intérieur comme étant « *caractérisé par l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.* »

(i. e. indistinctement applicable) et sous réserve que la mesure en cause entre dans le domaine de l'article 28 TCE au sens de l'arrêt *Keck et Mithouard*, il faudra regarder si elle peut être justifiée par une exigence impérieuse d'intérêt général telle que dégagée par la jurisprudence. La présentation générale du contrôle de la compatibilité des normes nationales avec l'ordre public substantiel du droit communautaire (section I) est nécessaire en vue d'éclairer l'impact de celui-ci sur le droit privé (section II).

Section I : *Présentation générale du contrôle de la compatibilité de la norme nationale avec l'ordre public communautaire matériel.*

99. L'évolution du contrôle opéré par la Cour de justice en matière d'entraves à l'exercice des libertés fondamentales est marquée dans un premier temps par une extension de son domaine matériel (§ I). Elle a corrélativement forgé un concept qui apparaît comme une limite au contrôle prétorien en matière d'entraves en ce sens qu'il permet aux Etats membres de justifier certaines entraves (§ II). Puis, en 1993, la Cour a cherché à cantonner le domaine des règles susceptibles d'entraver les échanges intracommunautaires (§ III).

§ I : L'extension du domaine matériel du contrôle.

100. Le droit communautaire, par son approche téléologique, a étendu son emprise sur toutes les branches du droit connues des systèmes juridiques nationaux. Le souci d'assurer l'exercice effectif des libertés inhérentes à l'objectif de réalisation d'un marché intérieur commande une telle solution. La Cour de justice, qui joue avant tout le rôle de gardienne du respect de cet objectif, a interprété le domaine matériel du traité dans un sens dynamique en donnant d'abord une définition très large du concept de mesure d'effet équivalent (A), puis en étendant son contrôle aux mesures indistinctement applicables (B).

A. Une définition large du concept de mesure d'effet équivalent.

101. En matière de marchandises, l'arrêt *Dassonville*²⁵⁷ marqua une étape importante dans l'extension du contrôle opéré par la Cour en matière d'entraves. Elle y a en effet donné une définition très large de la mesure d'« effet équivalent » figurant à l'article 28 du traité. Elle affirme ainsi que « *toute réglementation commerciale des Etats membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalent à des restrictions*

²⁵⁷ CJCE, 11 juillet 1974, aff. 8/74, *Rec.*, p. 837, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire : droit communautaire des affaires, marché intérieur, politiques communautaires*, BOULOUIS (J.), CHEVALLIER (R.-M.), FASQUELLE (D.) et BLANQUET (M.), Dalloz, t. 2, 5^{ème} éd. 2002, n° 2.

quantitatives ». ²⁵⁸ La formule permet donc d'englober aussi bien des mesures relevant, selon les qualifications nationales, du droit public ou du droit privé. Inauguré en matière de marchandises, le contrôle prétorien des entraves a été étendu en matière de libre circulation des services ²⁵⁹, des personnes ²⁶⁰ et des capitaux ²⁶¹.

La notion de mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative a été par la suite abandonnée au profit de celle, plus large, d'entrave. Ainsi, dans le règlement 2679/98 du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur en matière de libre circulation des marchandises entre les Etats membres ²⁶², la notion est définie à l'article 1 comme « *une entrave à la libre circulation des marchandises entre les Etats membres, qui est imputable à un Etat membre du fait de son action ou de son inaction, qui est susceptible de constituer une violation des articles 30 à 36 du traité [aujourd'hui : articles 28 à 30] et qui provoque une perturbation grave de la libre circulation des marchandises en empêchant, retardant ou détournant, physiquement ou autrement, l'importation ou le transit de marchandises.* » A vrai dire, en ce qu'elle exige une « perturbation grave de la libre circulation de marchandises », cette définition ne rend pas bien compte du domaine du contrôle prétorien en matière d'entrave qui a connu un essor remarquable en 1979.

²⁵⁸ Dans le silence du traité, le législateur communautaire s'est attaché notamment à définir le concept de « mesure d'effet équivalent » à des restrictions quantitatives. Dans la directive 70/50/CEE du 22 décembre 1969 (JOCE n° L 13 du 19 janvier 1970) relative à la suppression des mesures équivalant à une restriction quantitative (qui n'est plus en vigueur depuis la fin de la période de transition), la notion est définie comme englobant les dispositions législatives, réglementaires et administratives, ainsi que tous les actes émanant d'une autorité publique, qui sont susceptibles « *de faire obstacle à des importations ou à des exportations qui pourraient avoir lieu en (leur) absence* », y compris celles qui rendent les importations en provenance des autres Etats membres plus difficiles ou plus onéreuses que l'écoulement de la production nationale (art. 3). L'article 2.3 en donne une liste d'exemples à titre indicatif. Sont concernées ainsi les conditions de paiement pour les produits importés différentes de celles imposées aux produits nationaux et difficiles à satisfaire ; les conditions portant sur la forme, les dimensions, le poids, la composition, la présentation, l'identification, le conditionnement pour les seuls produits importés et qui sont plus difficiles à satisfaire que pour les produits nationaux.

²⁵⁹ V. not. marquant l'amorce de l'extension du contrôle prétorien en la matière, *Van Binsbergen*, CJCE, 3 décembre 1974, aff. 33/74, *Rec.*, p. 1299 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, n° 19 ; *RTDE* 1975, p. 518-531, obs. Y. LOUSSOUARN.

²⁶⁰ V. not. le remarqué arrêt *Bosman*, CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-4921 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, n° 14 ; *RTDE* 1996, p. 127.

²⁶¹ La matière est d'ailleurs largement entendue ; elle englobe le droit des biens et notamment le droit de propriété. V. not. les arrêts *Trummer* (CJCE, 16 mars 1999, aff. C-222/97, *Rec.*, p. I-1661) et *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* (CJCE, aff. C-464/98, *Rec.*, p. I-173) concernant l'efficacité d'une sûreté immobilière ; les arrêts *Könle* (CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-302/97, *Rec.*, p. I-3099, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire* préc., n° 21 ; *Europe*, août/septembre 1999, *comm.* n° 299 par L. IDOT et n° 281 par D. SIMON ; *adde*, sur cet arrêt : *JDI* 2000, p. 496-497, obs. M. LUBY ; *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 2000, p. 229-230, obs. G. JAZOTTES ; *Common Market Law Rev.* 2000, p. 181-190, obs. A. LENGAUER), *Albore* (CJCE, 13 juillet 2000, aff. C-423/98, *Rec.*, p. I-5965) et *Reisch* (CJCE, 5 mars 2002, aff. jointes C-515/99, 519 à 524, 526 à 540/99, *Rec.*, p. I-2157, *Europe*, mai 2002, *comm.* n° 169 et 177) en matière d'accès à la propriété foncière.

²⁶² JOCE n° L 337 du 12 décembre 1998.

B. Le dépassement des mesures discriminatoires.

102. Si, initialement, le contrôle effectué par les organes communautaires en matière d'entraves était cantonné aux mesures ouvertement discriminatoires, il a très vite englobé les cas de discriminations indirectes. Dans son premier arrêt rendu dans le cadre d'une discrimination en raison de la nationalité indirecte, la Cour de justice évoque des « *formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* »²⁶³ que des discriminations ostensibles.

C'est dans la célèbre décision *Cassis de Dijon*²⁶⁴ que la Cour de justice va clairement étendre son contrôle en matière d'entraves aux mesures nationales indistinctement applicables. En effet, elle y dit pour droit que constituent des mesures d'effet équivalent, interdites par l'article 30, les obstacles à la libre circulation des marchandises résultant, en l'absence d'harmonisation des législations, de l'application à des marchandises en provenance d'autres États membres, où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, de règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre ces marchandises²⁶⁵, même si ces règles sont indistinctement applicables à tous les produits, dès lors que cette application ne peut être justifiée par un but d'intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises. La combinaison entre les arrêts *Cassis de Dijon* et *Dassonville* a permis à la Cour d'exercer un contrôle très étendu des législations nationales. Peu importe la nature

²⁶³ Arrêt *Sotgiu* du 12 février 1974, aff. 152/73, *Rec.*, p. 153, point 11. *Adde*, en droit social, l'arrêt CJCE, 7 mai 1998, *Clean Car Autoservice* (aff. C-350/96, *Rec.*, p. I-2521), à propos du critère tiré de la résidence dans le pays d'origine du travailleur. La Cour estime qu'« *une disposition nationale qui prévoit une distinction fondée sur le critère de résidence risque de jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres Etats membres. En effet, les non résidents sont le plus souvent des non nationaux* ».

²⁶⁴ Arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG*, 120/78, *Rec.*, p. 649, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, n° 3 ; *JDI* 1981, p. 106, obs. R. KOVAR ; *RTDE* 1980, p. 611, obs. J.-C. MASCLET ; *Rev. Mar. Commun* 1980, p. 505, note A. MATTERA ; *European Law Review* 1980, p. 213, note D. WYATT. Dans cette affaire, un importateur allemand s'était vu refuser, par une administration allemande, l'autorisation de mettre en vente, sur le marché local, du cassis de Dijon, au motif que celui-ci titrait de 15 à 20 % d'alcool, alors que la réglementation allemande exigeait un minimum de 25 %. L'importateur prétendait que cette exigence constituait une « mesure d'effet équivalent » au sens de l'article 30 (ancien) du traité. Le gouvernement allemand lui opposait notamment l'absence de caractère discriminatoire de la mesure litigieuse puisqu'elle était également applicable aux produits allemands. La Cour de justice y voit une « mesure d'effet équivalent » au sens de l'article 30 (ancien) du traité. Elle précise toutefois que les Etats membres peuvent, à certaines conditions, recourir à des mesures restrictives. Mais en l'occurrence, les motifs invoqués par le gouvernement allemand n'ont pas été admis à justifier la mesure concernant le taux minimal d'alcool devant être indiqué pour pouvoir mettre en vente une boisson. La Cour de justice, dans cet arrêt, confirme donc clairement que les mesures indistinctement applicables aux produits nationaux et à ceux provenant d'autres Etats membres entrent dans le domaine de l'article 30 (ancien) et peuvent être qualifiées de « mesures d'effet équivalent », ce qui était implicite dans l'arrêt *Dassonville*. En revanche, les mesures nationales indistinctement applicables et qui seraient justifiées par des exigences impératives d'intérêt général ne relèvent pas de l'article 30 (ancien) puisqu'elles ne constituent pas des « mesures d'effet équivalent ».

²⁶⁵ Dans l'arrêt *Keck et Mithouard* (CJCE, 24 novembre 1993, aff. C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 111 et s.), la Cour précisera qu'il s'agit en particulier des règles qui concernent la dénomination, la forme, les dimensions, le poids, la composition, la présentation, l'étiquetage et le conditionnement des marchandises.

juridique de la réglementation nationale : sont prohibées non seulement les entraves qui dérivent du droit public ou administratif, mais aussi celles qui relèvent du droit privé. L'arrêt *Cinéthèque contre Fédération nationale des cinémas français*²⁶⁶ permet d'illustrer l'étendue du contrôle prétorien. La Cour y estime que la législation française interdisant la commercialisation de vidéocassettes pendant un certain délai à partir de la sortie d'un film en salles, constitue une mesure entrant dans le champ d'application de l'article 30. La réglementation nationale en cause était pourtant tout aussi contraignante pour les produits nationaux que pour les produits étrangers (en l'occurrence, des vidéocassettes). Par ailleurs, le juge relevait lui-même que la mesure en cause n'avait pas pour objet de régir les échanges entre Etats membres et qu'elle ne favorisait pas la production nationale par rapport à celle des autres Etats membres²⁶⁷. Cependant, en l'espèce, elle est justifiée par le souci d'encourager la production cinématographique.

103. Au fil des contrôles qu'elle a été amenée à effectuer sur les pratiques nationales, la Cour a élaboré un régime globalement unitaire pour toutes les libertés : est interdite toute réglementation nationale qui est susceptible de gêner, rendre moins attrayant, empêcher ou dissuader les ressortissants communautaires dans l'exercice de leur droit à la libre circulation, sauf dans la mesure où elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général. Plusieurs décisions²⁶⁸ ont marqué autant d'étapes vers une transposition de la jurisprudence *Cassis de Dijon* en matière de services. A travers ses arrêts, la Cour de justice a adapté le régime du contrôle des entraves aux échanges, ainsi que celui des mesures indistinctement applicables, aux services²⁶⁹. Les conclusions rédigées le 11 juin 1991 par l'Avocat général van Gerven

²⁶⁶ CJCE, 14 juillet 1985, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec.*, p. 2605.

²⁶⁷ Point 21.

²⁶⁸ Il s'agit, outre l'arrêt *Van Binsbergen* préc. (CJCE, aff. 33/74, 3 décembre 1974, *Rec.*, p. 1299), des arrêts « *Assurances* » (CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne*, aff. 205/84, *Rec.*, p. 3755), « *Guides touristiques* » (v. not. CJCE, 26 février 1991, *Italie*, aff. C-180/89, *Rec.*, p. I-709), *Säger* (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-76/90, *Rec.*, p. I-4221).

²⁶⁹ L'évolution de la jurisprudence à propos des conditions d'accès à l'emploi et au marché du travail (qui relèvent de la libre circulation des personnes) témoigne d'une orientation similaire. L'arrêt *Bosman* (CJCE, 15 décembre 1995, aff. C-145/93, concl. C. O. LENZ, *RTDE* 1996, p. 127) rendu à propos des règles applicables au transfert de joueurs de football avait laissé supposer que les réglementations nationales indistinctement applicables aux nationaux et aux ressortissants communautaires pouvaient être déclarées contraires à la libre circulation des personnes. La Cour s'oppose dans cet arrêt aux dispositions nationales qui pourraient défavoriser les ressortissants communautaires souhaitant exercer leur activité professionnelle dans un autre Etat membre. Quand bien même les règles incriminées gêneraient aussi bien l'exercice de l'activité professionnelle à l'intérieur d'un même Etat membre, le droit communautaire peut les condamner si elles conditionnent l'accès au marché du travail et entravent ainsi la libre circulation entre Etats membres. Cette tendance a été récemment confirmée et accentuée. V. CJCE, 27 janvier 2000, *Volker Graf*, aff. C-190/98 ; CJCE, 13 avril 2000, *Jyri Lehtonen*, aff. C-176/96. Du premier arrêt, il ressort nettement qu'une réglementation nationale s'appliquant indépendamment de la nationalité et qui n'affecte pas davantage les travailleurs migrants que les nationaux peut heurter le droit communautaire si elle conditionne l'accès au marché du travail et de ce fait entrave les mouvements de main d'œuvre entre Etats membres. L'arrêt *Lehtonen* concernait une réglementation

dans l'affaire *SPUC*²⁷⁰ sont à cet égard significatives. On peut y lire, en effet, « *(q)ue même lorsqu'elles ne comportent aucune discrimination, les réglementations nationales qui entravent, ouvertement ou de manière occulte, effectivement ou potentiellement, la circulation intracommunautaire des services, relèvent en principe du champ d'application des (ex) articles 59 et 60 du traité CEE.* » On retrouve donc, en ce domaine, le principe d'interdiction des mesures discriminatoires, mais également celui d'interdiction des mesures non discriminatoires (ou indistinctement applicables) injustifiées qui génèrent une gêne aux échanges. S'agissant des premières, la Cour précise que doivent être éliminées, au profit des ressortissants des autres Etats membres, non seulement les discriminations en fonction de la nationalité, mais encore celles qui sont imposées en raison de la circonstance que le professionnel en cause est établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie.²⁷¹

La conception extensive de la Cour de justice du concept d'entrave a permis, on vient de le voir, une extension remarquable du domaine matériel du droit communautaire. La notion d'intérêt général forgée par la Cour en apparaît d'une certaine manière comme la contrepartie.

§ II : Les entraves autorisées.

104. Les traités institutifs contenaient depuis l'origine des dispositions permettant exceptionnellement aux Etats membres d'imposer l'application de mesures constituant une entrave aux échanges intracommunautaires (A). La Cour de justice, en recourant au concept de « raison impérieuse d'intérêt général », a permis d'étendre les possibilités, pour les Etats membres, d'imposer le respect de mesures constituant pourtant une gêne à l'exercice des libertés fondamentales (B). Cependant, à cette fin, ces mesures nationales doivent satisfaire le test de proportionnalité dont le rôle s'est renforcé avec le temps (C). Par ailleurs, pour

professionnelle belge relative aux délais de transfert des joueurs de basket-ball et imposant des délais plus restrictifs aux transferts entre clubs nationaux qu'aux mouvements en provenance de l'étranger. Cette réglementation nationale était donc plus sévère pour la mobilité interne que pour la mobilité internationale. La Cour n'en estime pas moins pour autant qu'une telle réglementation aboutit à entraver l'accès au marché du travail. Elle peut donc être condamnée par le droit communautaire.

²⁷⁰ CJCE, 4 octobre 1991, *Society for the protection of unborn children Ltd c/ Stephen Gragan*, aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685.

²⁷¹ V. CJCE, 18 janvier 1979, *van Wesemael*, aff. jointes 110 et 11/78, *Rec.*, p. 35, concl. Av. général J.-P. WARNER ; 17 décembre 1981, *Webb*, aff. 279/80, *Rec.*, p. 3305, concl. Av. gén. Sir Gordon Slynn. Dans ce dernier arrêt, la Cour de justice estime que si l'ex-article 60 (désormais 50), al. 3 du traité a pour but « *de rendre possible au prestataire l'exercice de son activité dans l'Etat membre destinataire de la prestation sans discrimination par rapport aux ressortissants de cet Etat membre* », elle « *n'implique cependant pas que toute législation nationale applicable aux ressortissants de cet Etat et visant normalement une activité permanente des entreprises établies dans celui-ci puisse être appliquée intégralement de la même manière à des activités de caractère temporaire exercées par des entreprises établies dans d'autres Etats membres* ».

mesurer l'impact du concept d'intérêt général, il faut prendre en compte l'harmonisation croissante des droits nationaux (D).

A. Les mécanismes prévus par les traités constitutifs.

105. Si l'article 28 interdit notamment les restrictions quantitatives à l'importation, une exception est prévue à l'article 30 qui précise que l'article 28 ne fait « (...) *pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation (...) justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, (...) ou de protection de la propriété industrielle et commerciale.* »²⁷²

De même, l'article 46.1 vient encadrer le principe de liberté d'établissement en réservant « (...) *l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.* » L'article 55 apporte quant à lui une dérogation au principe de liberté de prestations de services en renvoyant à l'article 46.1. En matière de libre circulation des travailleurs, une dérogation similaire est prévue à l'article 48.3 qui réserve des limitations à cette liberté, qui seraient « *justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ». Enfin, l'article 58.1 b) admet une dérogation au principe d'interdiction des restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements pour des « *motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.* »

Le juge communautaire s'est montré particulièrement soucieux d'assurer un contrôle de la notion d'ordre public. La Cour de justice a, par exemple, considéré que « *la notion d'ordre public dans le contexte communautaire, et notamment en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des travailleurs, doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté* »²⁷³. Par ailleurs, elle refuse de voir dans les objectifs visés dans le traité une réserve de souveraineté consentie aux Etats.²⁷⁴ La Cour de Luxembourg a encadré étroitement la possibilité, pour les Etats, de recourir à l'article 30 TCE. Elle a également précisé la nature des raisons expresses d'intérêt général en estimant qu' « *un Etat membre ne saurait être autorisé à se soustraire aux effets*

²⁷² Toutefois, le texte poursuit : « *ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres.* »

²⁷³ Arrêts CJCE, 4 déc. 1974, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*, aff. 41/74, *Rec.* 1974, p. 1337, point 8 ; CJCE, 27 oct. 1977, *Regina c. Pierre Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.* 1977, p. 1999, point 13.

²⁷⁴ Ainsi, dans l'arrêt *Denkavit* (CJCE, 5 octobre 1977, aff. 5/77, *Rec.*, p. 1555), la Cour a estimé que l'article 36 (actuel art. 30) n'avait pas pour objet de « *réserver certaines matières à la compétence exclusive des Etats membres* ».

(...) du traité sous prétexte des difficultés économiques occasionnées par l'élimination des entraves au commerce intracommunautaire » ; ainsi, « l'article 36 [actuel article 30] vise à sauvegarder des intérêts de nature non économique »²⁷⁵. Par ailleurs, elle a précisé que ce texte permettait que les « législations nationales fassent exception au principe de libre circulation dans la mesure où cela est et demeure nécessaire pour atteindre les objectifs visés par cet article »²⁷⁶. Enfin, en fermant la possibilité d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général aux fins de justifier une mesure nationale discriminatoire, elle a clairement affirmé le caractère exhaustif de la liste fournie à l'article 30 TCE. Ainsi, dans l'affaire *Commission contre Irlande* (dit « *Souvenirs d'Irlande* »)²⁷⁷, la Cour de justice a précisé le régime des réglementations indistinctement applicables. Il résulte de cette décision que les exigences impératives²⁷⁸ ne peuvent être invoquées pour justifier une réglementation discriminatoire. Celle-ci ne peut être justifiée qu'en recourant avec succès aux raisons expresses d'intérêt général énumérées limitativement à l'article 36 (devenu article 30) du traité. La solution fut transposée aux services dans l'arrêt *Bond van Adverteerders et autres c/ Etat néerlandais*.²⁷⁹ En effet, dépassant la lettre du traité, la Cour de Luxembourg a développé une théorie permettant aux Etats membres d'invoquer des raisons impérieuses d'intérêt général en vue de justifier l'application d'une mesure nationale ayant pour effet d'entraver les échanges. Cette création prétorienne est en quelque sorte la contrepartie de l'extension du domaine du contrôle qu'elle opère sur les normes nationales.

B. L'émergence du concept de « raison impérieuse d'intérêt général ».

106. Si les arrêts *Dassonville* et *Cassis de Dijon* marquaient une extension considérable du concept d'entrave prohibée par le droit communautaire, ce dernier en posa aussi nettement les limites en inaugurant le concept d'« exigence impérative » (point 8), lequel constitue un critère de justification pour des réglementations nationales indistinctement applicables aux nationaux et aux ressortissants des autres Etats membres, mais qui sont de nature à restreindre la libre circulation des marchandises. La liste de ces exigences impératives n'est pas prédéterminée. C'est la Cour de justice qui, au gré des questions dont elle est saisie, érige

²⁷⁵ CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec.*, p. 2727. Ainsi, M. FALLON analyse les « raisons d'intérêt général » prévues par le traité et les « raisons impérieuses d'intérêt général » d'origine prétorienne comme étant « (...) par essence de nature non économique, puisqu'elles expriment, au nom d'un principe de solidarité, la supériorité de certaines valeurs sur d'autres, qui sont économiques, à savoir les libertés de circulation. » V. *Droit matériel général* (...), p. 143.

²⁷⁶ CJCE, 15 décembre 1976, *Simmenthal*, aff. 35/76, *Rec.*, p. 1871.

²⁷⁷ CJCE, 17 juin 1981, aff. 113/80, *Rec.*, p. 1625.

²⁷⁸ Sur cette notion, V. *infra*, n° 106.

²⁷⁹ CJCE, 26 avril 1988, aff. 352/85, *Rec.*, p. 2085.

certaines valeurs au rang de raisons impérieuses d'intérêt général (en matière de marchandises) ou d'exigences impératives d'intérêt général (en matière de services).

C'est ainsi qu'ont été considérés comme relevant des exigences impératives d'intérêt général notamment la protection de l'environnement²⁸⁰, la nécessité de l'équilibre budgétaire de l'Etat²⁸¹, la liberté d'expression et le pluralisme de la presse²⁸².

Ce concept apparaît donc comme un instrument permettant d'encadrer l'objectif de réalisation du marché intérieur. Cependant, pour que la mesure en cause - qui, par hypothèse, constitue une raison impérieuse d'intérêt général - puisse primer le principe de libre circulation, encore faut-il qu'elle passe avec succès les différents tests élaborés par la jurisprudence, parmi lesquels celui de proportionnalité revêt une importance toute particulière, qui s'est d'ailleurs accentuée au fur et à mesure de l'élargissement du concept de raison impérieuse d'intérêt général.

C. Présentation générale du contrôle de proportionnalité.

107. La Cour a défini le principe de proportionnalité comme l'exigence que les mesures en cause « *soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs légitimement poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés* ». ²⁸³ Quant à l'appréciation concrète de la proportionnalité, la jurisprudence de la Cour permet d'en déceler certains critères généraux. On distingue le test d'interchangeabilité et celui d'efficacité. Le test d'interchangeabilité (ou de substitution) évalue si la protection du but poursuivi ne pouvait pas être assurée selon des moyens moins restrictifs de la circulation. Une mesure est interchangeable – et disproportionnée – si une autre mesure moins contraignante avait pu être adoptée. ²⁸⁴ Ainsi, le droit communautaire agit sur la teneur substantielle de la norme. Le contrôle de proportionnalité implique par ailleurs une évaluation de l'efficacité de la mesure. Une mesure inefficace est considérée comme inutile, donc disproportionnée. Le test d'efficacité tend donc « *à mesurer le degré d'utilité de la mesure par rapport à l'objectif*

²⁸⁰ CJCE, 7 février 1985, *Huiles usagées*, aff. 240/83, *Rec.*, p. 531.

²⁸¹ CJCE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82, *Rec.*, p. 523.

²⁸² CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.*, p. I-3689.

²⁸³ CJCE, 13 novembre 1990, *FEDESA*, aff. C-331/88.

²⁸⁴ Par exemple, dans l'affaire *Cassis de Dijon* préc. note 264, la Cour de justice érige le principe de protection économique du consommateur au rang d'une raison impérieuse d'intérêt général. Cependant, elle estime disproportionnée une interdiction de la mise en vente d'une boisson alcoolisée alors qu'une politique d'information du consommateur par voie d'étiquetage aurait suffi.

poursuivi. »²⁸⁵ Il se dédouble en tests d'aptitude et d'équivalence. Au fil des décisions de la Cour se dessine une conception communautaire d'une politique matérielle déterminée. Par exemple, la jurisprudence enseigne que le droit communautaire privilégie en particulier une politique d'information du consommateur, considérée comme un moyen efficace en vue d'assurer sa protection²⁸⁶.

Le test d'aptitude conduit à examiner « *si la mesure tend effectivement à réaliser le but poursuivi (...) et vise en réalité à vérifier si l'Etat poursuit réellement le but qu'il invoque* ». ²⁸⁷ Il s'agit en quelque sorte de parer à une pratique qui consisterait, de la part des pouvoirs publics nationaux, à prétexter d'un objectif légitime derrière lequel se cacherait en réalité une politique protectionniste. La Cour effectue souvent, désormais, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, un test d'équivalence, qui est présenté comme un sous-test du test d'efficacité. C'est précisément lui qui est à la source du principe de reconnaissance mutuelle.²⁸⁸

Si l'on raisonne en matière de libre circulation des marchandises, le test d'équivalence, qui est apparu pour la première fois dans l'arrêt *Biologische Produkten*²⁸⁹, est appelé à jouer lorsque le produit fait déjà l'objet, dans l'Etat membre d'origine, d'une réglementation à laquelle il se conforme. Il consiste à regarder si la norme de l'Etat d'origine réalise effectivement l'objectif poursuivi par l'Etat d'accueil. Dans l'affirmative, préférence doit être donnée à cette norme. Il s'agit ici d'examiner « *si la mesure en cause contribue utilement au but poursuivi alors que*

²⁸⁵ M. FALLON : « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, vol. 252, p. 13-281, spéc. p. 136, n° 77.

²⁸⁶ V. par ex. l'arrêt *GB-INNO-BM* du 7 mars 1990 (aff. C-362/88, *Rec.*, p. I-667). Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 468. La Cour se prononça sur la question de savoir si la législation luxembourgeoise réglementant la publicité, qui empêche le consommateur d'accéder à certaines informations (à savoir, la durée d'une offre promotionnelle spéciale et l'ancien prix) pouvait être justifiée par l'intérêt de la protection des consommateurs. Selon le gouvernement luxembourgeois, l'interdiction concernant la durée de l'offre spéciale aurait pour but d'éviter un risque de confusion entre les ventes spéciales et les soldes semestrielles, limitées dans le temps par la réglementation luxembourgeoise. L'interdiction de faire figurer l'ancien prix dans l'offre se justifierait par le fait que le consommateur ne serait, normalement, pas en mesure de contrôler la véracité d'un ancien prix de référence. Au surplus, l'affichage d'un ancien prix pourrait exercer sur le consommateur une pression psychologique excessive. La Cour rejette cette conception de la protection des consommateurs et y substitue celle du législateur communautaire. En effet, elle déclare « *que la politique communautaire en la matière établit un lien étroit entre la protection et l'information du consommateur* » (point 14). Elle renvoie ensuite au "programme préliminaire" adopté par le Conseil en 1975 (*JOCE* n° C 92, p. 1), lequel prévoit la mise en oeuvre d'une politique "de protection et d'information des consommateurs" ainsi qu'à la résolution du Conseil du 19 mai 1981 (*JOCE* 1981, n° C 133, p. 1), par laquelle il a approuvé un "deuxième programme de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs", dont les objectifs ont été confirmés par la résolution du Conseil du 23 juin 1986 concernant les futures orientations de la Communauté pour la protection et la promotion des intérêts des consommateurs (*JOCE* 1986, n° C 167, p.1).

²⁸⁷ M. FALLON : *Rec. des cours* préc. note 285, spéc. p. 136/137, n° 77.

²⁸⁸ Sur ce concept, V. *infra*, n° 200 et s.

²⁸⁹ CJCE, 17 décembre 1981, aff. 272/80, *Rec.*, p. 3277.

d'autres mesures, adoptées à l'étranger, y contribuent déjà de manière satisfaisante. »²⁹⁰ Ce test requiert donc de mesurer l'équivalence, formelle ou factuelle, des normes en présence et de reconnaître, le cas échéant, dans le pays d'accueil, la mesure étrangère. C'est donc le constat de l'équivalence entre deux normes qui entraîne une obligation juridique de reconnaissance mutuelle²⁹¹.

On comprend dès lors que lorsque le législateur communautaire a entrepris une mesure visant à harmoniser une raison impérieuse d'intérêt général, le concept ne puisse plus être invoqué par les Etats membres en vue de justifier une entrave.

D. L'incidence de l'harmonisation des droits nationaux.

108. Lorsque le législateur adopte un instrument en vue de rapprocher les droits nationaux, il empêche en principe les Etats membres d'invoquer aussi bien une raison expresse d'intérêt général dont la liste figure à l'article 30 TCE qu'une raison impérieuse d'intérêt général reconnue en jurisprudence. En effet, les mesures adoptées en droit dérivé sur le fondement des articles 94 et 95 TCE ont pour objet de parachever le marché intérieur. Elles tendent à agir sur les entraves que le droit primaire ne permet pas d'éradiquer. Or, tant que les Etats membres sont admis à se prévaloir d'une raison expresse ou d'une raison impérieuse d'intérêt général, ils empêchent l'achèvement du marché intérieur. Lorsqu'il entreprend une harmonisation sur le fondement des articles 94 et 95 TCE, le législateur communautaire harmonise le contenu de l'intérêt général. Dans cette mesure, il empêche les Etats membres d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général. Il faut donc concrètement déterminer la portée de cette harmonisation. Et c'est là que les difficultés apparaissent. En effet, celle-ci revêt des formes multiples qui ne sont d'ailleurs pas toujours concrètement identifiables²⁹². Des distinctions s'imposent selon la voie choisie par le législateur communautaire en vue de rapprocher les droits nationaux : l'harmonisation peut être totale ou partielle, maximale ou minimale²⁹³, ...

Lorsque le législateur communautaire a eu recours à une directive d'harmonisation totale ou maximale, en principe, les Etats membres ne devraient plus pouvoir invoquer avec succès une raison d'intérêt général à l'encontre de la loi d'un autre Etat membre, car les normes nationales sont tenues pour équivalentes. Toutefois, il faut sans douter réserver l'hypothèse où

²⁹⁰ M. FALLON, *Rec. des cours préc.* note 285, spéc. p. 137, n° 77.

²⁹¹ Pour des illustrations de mise en œuvre de ces tests, V. not. *infra*, n° 414 et s. à propos du détachement des travailleurs au sein de l'Union.

²⁹² On verra en outre (n° 26 et s.) que l'apparition, récemment, du concept de « domaine coordonné » aggrave les incertitudes entourant notamment la mesure du rapprochement des droits nationaux opérée par le législateur communautaire.

²⁹³ Sur l'harmonisation en droit communautaire en général, V. not. M. FALLON, *Droit matériel général (...)*, p. 215 et s.

un Etat membre n'aurait pas transposé la directive dans les délais impartis ou encore celle où il n'aurait pas procédé à une transposition conforme aux exigences communautaires. En outre, certains auteurs estiment qu'on ne peut exclure l'éventualité où, nonobstant l'harmonisation totale, les mesures adoptées respectivement par les Etats membres en vue de procéder à la transposition de la directive diffèrent à ce point qu'il demeure possible de prouver qu'elles ne sont pas équivalentes²⁹⁴.

Enfin, dans le cas de l'harmonisation minimale, les auteurs ne s'accordent pas vraiment sur la possibilité ou non, pour les Etats membres, d'invoquer avec succès une raison impérieuse d'intérêt général. Ainsi, pour Mme GAUDEMET-TALLON, une telle possibilité leur est offerte, l'équivalence entre les normes n'étant pas présumée, mais devant être prouvée²⁹⁵. Cette opinion n'est toutefois pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Ainsi, Mme JOBARD-BACHELLIER²⁹⁶ semble plus catégorique lorsqu'elle affirme qu'une mesure d'harmonisation même minimale empêche les Etats membres de se prévaloir d'une raison impérieuse d'intérêt général. Seules pourraient alors le cas échéant être invoquées par les Etats membres des raisons expresses éventuellement prévues dans l'instrument en cause²⁹⁷, à condition que celles-ci répondent aux critères de nécessité et de proportionnalité.

109. Sans entrer pour l'heure dans le débat, et en faisant abstraction des distinctions quant au degré de l'harmonisation, on peut affirmer globalement que plus le législateur étend son entreprise de rapprochement des droits nationaux, plus se réduisent les possibilités, pour les Etats membres, d'invoquer les raisons expresses d'intérêt général énumérées à l'article 30 TCE ainsi que les raisons impérieuses d'intérêt général dégagées par la Cour de Luxembourg. Par exemple, s'agissant de la raison tirée de la protection de la santé et de la vie des personnes, si elle a jadis fréquemment été invoquée par les Etats membres, elle ne l'est guère plus. Cette évolution s'explique par le développement considérable des mesures de contrôle sanitaire au niveau communautaire. La Cour a ainsi affirmé que l'invocation de la santé

²⁹⁴ En ce sens, V. H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 303, spéc. p. 321.

²⁹⁵ *Op. cit.*, *loc. cit.*

²⁹⁶ V. « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 475, spéc. p. 479.

²⁹⁷ Par exemple, l'article 3.4 de la directive « commerce électronique » (à propos de laquelle, V. *infra*, n° 225 et s.) prévoit que « Les États membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent [à la règle énoncée précédemment] si les conditions suivantes sont remplies: (...) les mesures doivent être (...) nécessaires pour une des raisons suivantes: - l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine, - la protection de la santé publique, - la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales, - la protection des consommateurs, y compris des investisseurs (...) »

publique au sens de l'article 30 TCE n'était plus envisageable dès lors que des directives d'harmonisation établissant des procédures communautaires de contrôle sanitaire avaient été adoptées.²⁹⁸ Une évolution similaire peut être observée en ce qui concerne la raison tirée de la protection de la propriété industrielle et commerciale. La problématique, en la matière, est de concilier le principe de libre circulation des marchandises avec la nécessité de protéger la propriété intellectuelle. Or de nombreuses directives ont été adoptées à cette fin.²⁹⁹ Le régime de circulation des biens auxquels est attaché un droit de propriété industrielle relevant de l'un de ces textes est défini par celui-ci.

Cependant, une procédure spéciale et complexe associant la Commission est prévue aux articles 95 par. 4 et suivants du traité³⁰⁰ en vue de permettre, sous réserve du respect de certaines conditions strictes, aux Etats membres d'invoquer certaines raisons expresses d'intérêt général.

110. Le contexte d'émergence du concept de raison impérieuse d'intérêt général, lequel s'inscrit dans la logique des raisons expresses d'intérêt général énumérées dans les traités institutifs, met en évidence qu'il est apparu comme une limite aux libertés de circulation. Il témoigne donc de ce que, très tôt, le droit communautaire n'a pu se cantonner à une logique concentrée sur l'éradication des entraves aux échanges. A la suite de l'arrêt *Cassis de Dijon*, la jurisprudence communautaire témoigne de la recherche d'un équilibre entre le souci d'assurer l'effectivité des libertés de circulation d'un côté, et celui d'assurer le respect de certaines valeurs apparaissant comme autant de limites à une conception purement libérale du marché intérieur, de l'autre.

Si l'arrêt *Cassis de Dijon*, riche en innovations conceptuelles, apparaît comme une étape cruciale dans le développement des concepts juridiques du droit communautaire, celui-ci a concrètement eu pour effet, en raison de la notion large d'entrave qui y était consacrée, d'inciter les plaideurs à contester de nombreuses mesures nationales dont les liens avec les

²⁹⁸ CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.*, p. 1629.

²⁹⁹ V. par ex. la directive du 21 décembre 1988 relative aux marques (*JOCE* L 10 du 11 février 1989) ; le règlement sur la marque communautaire du 20 décembre 1993 (*JOCE* L 11 du 14 janvier 1994) ; la directive relative à la protection juridique des dessins et modèles du 13 octobre 1998 (*JOCE* L 289 du 29 octobre 1998) ; le règlement sur les dessins et modèles communautaires du 12 décembre 2001 (*JOCE* L 3 du 5 janvier 2002).

³⁰⁰ Selon l'article 95.4 TCE, « Si, après l'adoption, par le Conseil ou par la Commission, d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 30 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien. » Le paragraphe 6 prévoit alors notamment que « (d)ans un délai de six mois après les notifications visées aux paragraphes [précédents], la Commission approuve ou rejette les dispositions nationales en cause après avoir vérifié si elles sont ou non un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché intérieur (...) »

échanges intracommunautaires étaient parfois ténus. La Cour a alors cherché à cantonner le domaine de l'article 28 TCE.

§ III : Le coup d'arrêt : la jurisprudence *Keck et Mithouard*.

111. L'arrêt *Cassis de Dijon*, qui avait pu favoriser une lecture expansive des libertés communautaires, a reçu un large coup d'arrêt dans le non moins célèbre arrêt *Keck et Mithouard*³⁰¹ (A). C'est là la seule certitude qui se dégage de cette décision. Quant à l'ampleur de ce coup d'arrêt ainsi que la mise en œuvre de la formule qui y est inaugurée, force est de reconnaître que plus de dix ans après, de nombreuses incertitudes subsistent (B).

A. Présentation de la décision.

112. Le tribunal de grande instance de Strasbourg avait posé à la Cour de Luxembourg, en application de l'ex-article 177 du Traité, deux questions préjudicielles concernant l'interprétation des règles communautaires relatives à la concurrence et à la libre prestation de services. Ces questions avaient été posées dans le cadre de procédures pénales engagées contre deux Français poursuivis pour avoir, en violation de dispositions françaises (l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1963 modifié par l'article 32 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), revendu en l'état, dans des hypermarchés, des produits à des prix inférieurs à leur prix d'achat effectif. L'article 32 de l'ordonnance de 1986 prohibe en effet (sauf exceptions) la revente à perte de produits aussi bien nationaux qu'importés. Pour leur défense, MM. Keck et Mithouard avaient souligné que les faits litigieux s'étaient produits dans une région frontalière avec l'Allemagne, dont la réglementation ne prohibe pas la revente à perte, si bien que l'obstacle qui en résulterait pour la libre circulation des marchandises trouverait son origine dans la disparité des réglementations des Etats membres en la matière. Après avoir situé l'affaire dans le domaine de la libre circulation des marchandises, la Cour précisa, en la modifiant, sa jurisprudence antérieure concernant le domaine de l'article 30 (ancien) du traité.

³⁰¹ CJCE, 24 novembre 1993, aff. C-267/91 et C-268/91, *Rec.*, p. I-6097 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, n° 4 ; *D.* 1994, *juris.* p. 187-191, note D. VOINOT ; *Europe*, janvier 1994, comm. n° 12, obs. A. RIGAUX et D. SIMON. V. égal. N. REICH, « The « November Revolution » of the European Court of Justice ; Keck, Meng and Audi revisited », *Comm. Market Law Rev.* 1994, p. 459-492 ; R. WAINWRIGHT et V. MELGAS, « Bilan de l'article 30 après vingt ans de jurisprudence : de Dassonville à Keck et Mithouard », *Rev. Marché commun* 1994, p. 533-539 ; A. MATTERA, « De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck : l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *Rev. Marché Unique* 1994/1, p. 117-160 ; M. TODINO et T. LUDER, « La jurisprudence « Keck » en matière de publicité : vers un marché unique inachevé ? », *Rev. Marché Unique* 1/1995, p. 171-193 ; D. WAELBROECK, « L'arrêt Keck et Mithouard, les conséquences pratiques », *JTD eur.* 1994, p. 160 ; R. JOLIET, « La libre circulation des marchandises : l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence communautaire », *JTD eur.* 1994, p. 145-151 ; E. MORGAN DE RIVERY et G. LE BRETON, « Le retraitement de l'article 30 TCE par la Cour de justice : trois ans après l'arrêt *Keck et Mithouard* », *D. affaires* 1997, p. 5 ; F. PICOD, « La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges », *RTDE* 1998, p. 169.

Elle rappelle dans un premier temps la solution résultant de l'arrêt *Cassis de Dijon* et la précise. Ainsi, les règles nationales indistinctement applicables posant certaines conditions en vue de la commercialisation de marchandises (portant notamment sur leur étiquetage, leur présentation, etc) peuvent constituer des mesures d'effet équivalent au sens de l'article 28 TCE, à défaut de pouvoir être justifiées par un but d'intérêt général.³⁰² La Cour ajoute, revenant ouvertement sur sa position antérieure, qu'en revanche, ne constituent pas des mesures d'effet équivalent les « *dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* ». ³⁰³

Les deux conditions ainsi exigées en vue de soustraire du « domaine de l'article 30 (28) » les règles limitant ou interdisant certaines modalités de vente sont à mettre en étroite relation avec le critère de l'accès au marché puisque dès lors qu'elles sont réunies, « (...) *l'application de réglementations de ce type à la vente des produits en provenance d'un autre État membre et répondant aux règles édictées par cet État n'est pas de nature à empêcher leur accès au marché ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux* ». ³⁰⁴ Ainsi, en matière de marchandises, lorsque la règle nationale en cause porte sur les modalités de vente d'un produit, elle ne relève pas du domaine de l'article 28 CE, à condition de s'appliquer de manière égale aux produits étrangers comme nationaux (il s'agit là de la définition même de la mesure indistinctement applicable) et qu'elle n'affecte pas la composition du produit.

Doivent certainement être considérées comme portant sur les modalités de vente des produits les méthodes de promotion des ventes³⁰⁵, les ventes avec prime, les ventes à pertes³⁰⁶, les ventes par correspondance, le démarchage à domicile, les dates et horaires de fermeture des magasins³⁰⁷, les périodes des soldes... Plus généralement, en reprenant les grandes classifications du droit privé, seraient certainement tributaires de cette qualification les réglementations concernant la formation du contrat, la prescription, la terminaison, le

³⁰² Point 15.

³⁰³ Point 16.

³⁰⁴ Point 17.

³⁰⁵ V. par ex. CJCE, 9 juillet 1997, *De Agostini*, aff. C-34/95, *Rec.*, p. 3843 (publicité trompeuse); CJCE, 9 février 1995, *Leclerc-Siplec*, aff. C-412/93, *Rec.*, p. 179 (réglementation prohibant la publicité télévisée dans le domaine de la distribution); CJCE, 29 juin 1995, *Commission c/ Grèce*, aff. C-391/92, *Rec.*, p. 1621 (réglementation interdisant la commercialisation de certains produits de santé en dehors des pharmacies).

³⁰⁶ V. CJCE, 11 août 1995, *Belgapom*, aff. C-63/94, *Rec.*, p. 2467 s'agissant d'une réglementation interdisant la vente de biens avec une marge bénéficiaire réduite.

³⁰⁷ V. par ex. CJCE, 2 juin 1994, *Tankstation*, aff. C-401/92, *Rec.*, p. 2199.

paiement du prix. En revanche, il en irait autrement du régime de la garantie des vices, dans la mesure où il peut, par son effet dissuasif, amener le producteur à adapter la composition ou le conditionnement de son produit³⁰⁸.

Mais à vrai dire, l'énumération qui précède est une extrapolation menée à partir de la motivation de l'arrêt *Keck*. Or les interrogations soulevées par cet arrêt sont loin, avec le temps, d'avoir trouvé toutes leurs réponses. La détermination de sa portée est pourtant décisive en vue de préciser l'impact des libertés communautaires sur le droit privé et donc le droit international privé.

B. La portée et le devenir de la décision.

113. L'arrêt *Keck et Mithouard* a été diversement apprécié en doctrine³⁰⁹. Mais la plupart des auteurs semblent s'accorder à estimer que la distinction opérée entre les règles relatives au conditionnement du produit et celles concernant ses modalités de vente n'est pas des plus pertinentes. De fait, dans les décisions postérieures à cet arrêt, la Cour semble plutôt mettre en avant le critère de l'accès au marché (déjà présent dans l'arrêt *Keck*) en vue de caractériser une entrave (2). De son côté, la doctrine a suggéré d'autres critères de distinction (1).

1. Les critères suggérés en doctrine.

114. M. MATTERA, s'inspirant de l'arrêt *Ligur Carni*³¹⁰, propose de classer les mesures indistinctement applicables en deux catégories. Dans un premier groupe seraient classées les mesures ayant pour effet de rendre la vente, et donc l'importation de produits en provenance d'autres Etats membres plus difficiles ou plus onéreuses qu'elles ne le seraient en leur absence. Ces mesures seraient à examiner au regard de l'article 28, car les effets restrictifs qu'elles comportent seraient de nature à caractériser une entrave (au sens large) aux échanges. S'agissant cependant d'effets non discriminatoires (car ils rendent plus difficile ou plus onéreuse la vente de produits aussi bien nationaux qu'importés), ils ne sauraient être qualifiés d'effets équivalant à ceux d'une restriction quantitative que dans la mesure où ils s'avèrent disproportionnés par rapport à l'exigence impérative poursuivie. Dans un second groupe figureraient les mesures n'ayant pas pour effet de rendre la vente et, partant, l'importation des

³⁰⁸ En ce sens, V. M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 31 et s., spéc. p. 42, n° 13.

³⁰⁹ V. les références préc. note 301.

³¹⁰ CJCE, 15 décembre 1993, affaires jointes C-277/91, C-318/91 et C-319/91, *Rec.*, p. I-6621.

produits en provenance d'autres Etats membres plus difficiles et plus onéreuses. Elles ne relèveraient donc pas des dispositions de l'article 28.³¹¹

De son côté, M. FALLON³¹² établit un parallèle entre le concept de modalité de vente dégagé dans l'arrêt *Keck et Mithouard* et celui d'entrave aléatoire ou sensible. Ce dernier critère n'est pas sans rappeler celui mis en avant à propos de la problématique des situations purement internes³¹³. Ce rapprochement a le mérite de mettre en lumière le lien fort qui unit la détermination des sphères d'application matérielle et spatiale du droit communautaire. Pour autant, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Keck* ne s'est pas engagée dans cette voie.

Car pour intéressantes qu'elles soient, ces suggestions nous semblent témoigner d'une certaine « sous-estimation » d'un concept pourtant fécond présent dans l'arrêt *Keck* et que des décisions postérieures ont mis en avant.

2. L'orientation de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Keck*.

115. De façon générale, on constate que dans des affaires plus récentes, la Cour de justice n'insiste plus sur la distinction entre conditionnement et méthodes de vente, mais sur la question de savoir si la mesure empêche l'accès de produits en provenance d'autres Etats membres davantage que les produits nationaux. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *TK-Heimdienst Sass GmbH*³¹⁴, la Cour semble vouloir préciser les conditions posées par elle dans l'arrêt *Keck* pour que les modalités de vente n'entrent pas dans le domaine de l'article 28 du traité³¹⁵. Après avoir relevé qu'en l'espèce, était discutée une disposition relative aux modalités de vente de produits (en l'occurrence, la norme autrichienne imposait à certaines entreprises notamment une obligation d'établissement dans une circonscription administrative déterminée pour que celles-ci puissent procéder à la vente ambulante dans cette circonscription), elle rappelle les conditions qu'elle y avait posées et en fait application à l'espèce en relevant qu' « *elle n'affecte pas de la même manière la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* »³¹⁶. En effet, selon elle,

³¹¹ « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck » (...) préc. note 301, spéc. p. 159/160.

³¹² V. *Droit matériel général* (...), p. 123.

³¹³ La Cour de Luxembourg, dans l'arrêt *Esso Española* (30 novembre 1995, aff. C-134/94, *Rec.*, p. I-4223), opère un rapprochement entre l'hypothèse d'une situation purement interne et le concept d'entrave aléatoire. Sur la problématique des situations internes, V. *infra*, n° 135 et s.

³¹⁴ CJCE, 13 janvier 2000, *Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb c/ TK Heimdienst Sass GmbH*, aff. C-254/98, *Rec.*, p. I-151 ; V. sur cet arrêt : N. DE GROVE-VALDEYRON, « Un nouvel infléchissement jurisprudentiel dans la notion d'entrave aux échanges – à propos de l'arrêt *Schutzverband* », *RMUE*, juillet-août 2000, p. 461 ; *Europe*, mars 2000, n° 73, obs. A. RIGAUX.

³¹⁵ Rappelons en effet que pour la Cour, les règles concernant les modalités de vente sont exclues du domaine de ce texte dès lors « *qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres* » (point 16).

³¹⁶ Point 25.

« pour que les produits en provenance d'autres États membres puissent avoir le même accès au marché de l'État membre d'importation que les produits nationaux, ils doivent supporter des coûts supplémentaires »³¹⁷.

De même, dans l'affaire *Familiapress*³¹⁸, la Cour reprend le critère de l'« accès au marché ». Y était discutée la compatibilité, au regard de l'article 28 du traité, d'une disposition du droit autrichien ayant pour effet, notamment, d'interdire aux éditeurs de périodiques de proposer aux consommateurs de participer à une loterie. Elle estima que la pratique en cause ne relevait pas d'une méthode de vente, mais qu'elle concernait bien « le contenu même des produits »³¹⁹. Mais la Cour ne se borna pas à mettre en œuvre la distinction établie dans l'arrêt *Keck*, puisqu'elle ajouta aussitôt que « dès lors qu'elle contraint les opérateurs établis dans d'autres États membres à modifier le contenu du journal, l'interdiction en cause compromet l'accès du produit concerné au marché de l'État membre d'importation et, partant, entrave la libre circulation des marchandises. »³²⁰ C'est dire que sans revenir sur la distinction de l'arrêt *Keck*, la Cour laisse entendre que finalement, le critère décisif pour apprécier l'existence d'une entrave est celui de l'accès au marché local.

Plus récemment, dans l'arrêt *Schmidt* du 23 février 2006³²¹, ce critère est également bien mis en avant par la Cour. Dans cette affaire était discutée la licéité, au regard de l'article 28 TCE, d'une réglementation autrichienne interdisant la vente ainsi que la prise de commande de bijoux en argent par voie de démarchage à domicile. La Cour de Luxembourg développe un long raisonnement au cours duquel elle reprend dans un premier temps la distinction établie dans l'arrêt *Keck*. Puis, la mesure autrichienne en cause faisant partie des modalités de vente au sens de celui-ci, elle vérifie ensuite si elle « n'est pas, en fait, de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits concernés en provenance d'autres États membres qu'elle ne gêne celui des produits nationaux »³²². Ainsi, quand bien même la mesure nationale litigieuse s'analyserait comme une modalité de vente au sens de l'arrêt *Keck*, pour ne pas constituer une entrave aux échanges, encore faut-il non seulement qu'elle respecte les conditions posées dans ce dernier arrêt (à savoir, d'une part, qu'elle s'applique à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et, d'autre part, qu'elle affecte de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres), mais en outre, qu'elle ne gêne pas l'accès au marché

³¹⁷ Point 26.

³¹⁸ CJCE, 26 juin 1997, aff. C-368/95, *Rec.*, p. I-3689.

³¹⁹ Point 11.

³²⁰ Point 12.

³²¹ Aff. C-441/04, non encore publié.

³²² Point 20.

national. La mise en avant du critère de l'accès au marché local est donc de nature à restreindre l'ampleur du revirement opéré par l'arrêt *Keck*.

Ainsi, s'il apparaissait évident, au lendemain de cet arrêt, que celui-ci remettait directement en cause les solutions adoptées jusqu'alors par la Cour de justice en matière de publicité (qui semble visée en premier chef par les « modalités de vente »), les décisions postérieures à ce revirement, en mettant en avant le critère de l'accès au marché national au détriment de celui tiré de la distinction entre modalités de vente et contenu même du produit, viennent tempérer cette affirmation. Par exemple, dans l'arrêt *Gourmet*³²³, le critère tiré de l'accès au marché national est nettement mis en avant dans le cadre du contrôle des entraves. Dans cette affaire, la norme suédoise litigieuse interdisait la diffusion de toute publicité commerciale pour les boissons alcoolisées dans les magazines distribués sur le territoire national. A l'occasion d'un litige portant sur la diffusion, par une entreprise, de publicités pour du vin rouge et du whisky, la Cour est interrogée aux fins de se prononcer sur la qualification de cette interdiction absolue d'annonces commerciales en tant que mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative. Rappelant que selon la jurisprudence *Keck*, les modalités de vente (telle que la publicité commerciale) échappent à cette qualification en principe, la Cour insiste surtout sur les conditions par elle dégagées pour exclure les modalités de vente du domaine de l'article 28 TCE. C'est ainsi que pour être exclues du domaine de ce texte, elles ne doivent pas être de nature à empêcher l'accès au marché des produits en provenance d'un autre État membre ou à le gêner davantage qu'elles ne gênent celui des produits nationaux. Or, en l'espèce, selon la Cour, « *s'agissant de produits, comme les boissons alcooliques, dont la consommation est liée à des pratiques sociales traditionnelles ainsi qu'à des habitudes et des usages locaux, une interdiction de toute publicité à destination des consommateurs par voie d'annonces dans la presse, à la radio et à la télévision, par envoi direct de matériel non sollicité ou par affichage sur la voie publique est de nature à gêner davantage l'accès au marché des produits originaires d'autres États membres que celui des produits nationaux, avec lesquels le consommateur est spontanément mieux familiarisé.* »³²⁴ Elle estime donc que l'interdiction génère une entrave aux échanges, dans la mesure où elle affecte plus lourdement la commercialisation des produits en provenance d'autres États membres que celle des produits locaux.

³²³ CJCE, 8 mars 2001, aff. C-405/98, *Rec.*, p. I-1795. V. A. RIGAUX, « La jurisprudence *Keck et Mithouard* à l'épreuve des règles nationales de publicité », *Europe*, mai 2001, p. 5.

³²⁴ Point 21.

L'arrêt *Deutsche Paracelsus Schulen*³²⁵ fait encore plus nettement ressortir l'importance du critère de l'accès au marché local. En effet, la Cour de justice ne semble pas y reprendre la distinction opérée dans l'arrêt *Keck et Mithouard*. Pour condamner une mesure nationale interdisant une publicité, elle invoque la gêne générée par une telle interdiction.

116. En résumé de la jurisprudence de la Cour, on constate que le contrôle communautaire ne concerne que les mesures qui « conditionnent directement » ou qui rendent « sensiblement plus difficile » l'accès au marché. Ce critère, qui était déjà présent dans l'arrêt *Keck*, a davantage été mis en avant ultérieurement par la Cour, aussi bien en matière de marchandises que de services. Elle ne semble plus guère faire référence, sauf de façon accessoire, nous semble-t-il, à la distinction tirée de l'appartenance ou non de la norme objet du contrôle à la catégorie des « modalités de vente ». Ce critère tiré de la restriction de l'opérateur au marché national semble davantage opérationnel dans le domaine des services, qui est le lieu privilégié d'intervention du droit international privé dans la mesure où les règles de droit privé y jouent un rôle essentiel.

Section II : *Libertés communautaires et droit privé.*

117. La question de la transposition de la solution énoncée par la Cour dans l'arrêt *Keck* en matière de services est décisive pour préciser la mesure de l'emprise du droit communautaire sur le droit privé, et notamment le droit international privé (§ I). En effet, en la matière, les règles de droit privé sont constitutives du service même qui est fourni. Elles y occupent donc une place prépondérante. C'est dire que ce sont les services qui sont en premier lieu visés lorsque l'on s'interroge sur l'impact du droit communautaire sur le droit privé, et en particulier le droit international privé³²⁶. Par ailleurs, un autre courant jurisprudentiel pourrait servir à préciser les limites de l'emprise du droit communautaire sur le droit privé, à savoir celui qui exclut la condamnation des entraves seulement aléatoires (§ II).

§ I : La question de la transposition de la jurisprudence *Keck* aux services.

118. Les auteurs ont unanimement souligné les difficultés de transposition de la jurisprudence *Keck* en matière de services.³²⁷ Du reste, l'arrêt *Alpine Investments*³²⁸, qui est le premier à

³²⁵ CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-294/00, *Rec.*, p. I-6515. Dans cette affaire était en cause le dispositif légal autrichien interdisant notamment la publicité pour une formation à une activité dont l'exercice est interdit en Autriche, mais autorisé en Allemagne.

³²⁶ Lorsque l'on sait que ceux-ci occupent une place de premier rang dans les échanges économiques, la nécessité de déterminer cet impact ne se fait que plus pressante.

³²⁷ V. notamment A. MATTERA, « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck » (...) préc. note 301 ; A. RIGAUX et D. SIMON, obs. préc. Au demeurant, au lendemain de l'arrêt *Keck et Mithouard*, certains avocats

faire application de la jurisprudence *Keck* aux services, rend compte de ces difficultés (A). Il faudra néanmoins envisager les conséquences de cette jurisprudence sur la mesure de l'emprise du droit communautaire sur le droit privé (B).

A. L'enseignement de l'arrêt *Alpine Investments*.

119. La société Alpine Investments offre des services en matière de contrats à terme de marchandises. Le gouvernement néerlandais avait pris des mesures en vue d'interdire de manière générale aux intermédiaires financiers proposant des placements dans le commerce à terme et hors bourse de marchandises de contacter des clients potentiels par "cold calling". Il fut ainsi interdit à Alpine Investments de se mettre en relation avec des clients potentiels par téléphone ou en personne, sauf si ceux-ci avaient au préalable fait savoir, explicitement et par écrit, qu'ils l'autorisaient à prendre contact avec eux de cette manière. L'originalité de l'espèce tenait à ce que cette interdiction ne concernait pas uniquement les clients potentiels résidant aux Pays-Bas, mais également ceux qui sont établis à l'étranger. La société Alpine Investments estima que cette mesure était contraire à l'article 59 du traité, dans la mesure où elle se voyait défavorisée par rapport aux opérateurs locaux, lesquels ne connaissaient pas de telles mesures restrictives.

Le gouvernement néerlandais faisait valoir que la mesure d'interdiction en cause devait être analysée par analogie avec les modalités de vente des produits que la Cour de justice a écartées du domaine de l'article 30 du traité. Pourtant, celle-ci estime qu'« *(u)ne telle interdiction n'est pas analogue aux réglementations concernant les modalités de vente que la jurisprudence Keck et Mithouard a considérées comme échappant au domaine d'application de l'article 30 du traité.* »³²⁹ Elle rappelle ensuite la distinction qu'elle avait inaugurée dans cet arrêt mais, celle-ci n'aboutissant pas à un résultat satisfaisant en l'espèce, elle insiste plutôt sur la justification de cette distinction.

généraux doutaient du caractère opérationnel du critère qui y était adopté : V. les concl. du 16 mars 1994 de l'Avocat général Van Gerven dans les affaires *Tankstation't Heukske et Boermans* (CJCE, 2 juin 1994, aff. jointes C-401/92 et C-402/92, *Rec.*, p. I-2199, *Europe*, août/septembre 1994, *comm.* 314, obs. A. RIGAUX et D. SIMON), également celles de l'Avocat général Jacobs à l'occasion de l'arrêt *Leclerc-Siplec* (CJCE, 9 février 1995, aff. C-412/93, *Rec.*, p. I-179, *Europe* 1995, *comm.*, 126 et s., obs. A. RIGAUX et D. SIMON.) *Adde* J.-L. DA CRUZ VILAÇA, « On the Application of Keck in the Field of Free Provision of Services », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 25.

³²⁸ CJCE, aff. C-384/93, *Rec.*, p. I-1141. Sur cet arrêt, V. not. S. WEATHERILL, « After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification », *Common Market Law Review* 1996, p. 885; SNELL (J.) et ANDENAS (M.), « Exploring the Outer Limits : Restrictions on the Free Movement of Goods and Services », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 69. V. aussi les développements *infra*, n° 223.

³²⁹ Point 36.

En effet, si l'on admet que la pratique du « cold calling » est susceptible d'une transposition, par analogie, de la qualification « modalités de vente » en matière de services, les conditions posées alors par la Cour dans l'arrêt *Keck* pour considérer que l'interdiction d'une telle pratique, édictée par le législateur national, ne peut constituer une entrave s'avèraient totalement dénuées de pertinence. Car peu importe, en l'espèce, au regard du contrôle des entraves, que l'interdiction du « cold calling » concerne tous les opérateurs exerçant leur activité sur le territoire national ou pas. De même, s'agissant de la question de savoir si elle affecte de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits financiers nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres, elle est sans rapport avec le problème soulevé dans l'arrêt *Alpine Investments*. D'où l'on voit que la spécificité du champ d'application spatial (extraterritorial) de la norme néerlandaise rendait particulièrement délicate la transposition des critères de distinction dégagés dans l'arrêt *Keck*.

Ceci explique que le critère finalement mis en avant par la Cour soit celui de l'accès au marché. C'est en effet parce que la norme néerlandaise en cause conditionne directement l'accès au marché des services dans les autres États membres qu'elle peut constituer une entrave au commerce intracommunautaire.³³⁰ En somme, dans cette décision, la Cour semble s'être quelque peu écartée de la distinction – qui est certainement apparue inappropriée appliquée aux services – dégagée dans l'arrêt *Keck*, même si ce dernier fait également état du critère de l'obstruction à l'accès au marché national.

120. De fait, dans un arrêt récent présentant des similitudes avec l'arrêt *Alpine Investments* mais concernant la liberté d'établissement, la Cour de justice a eu directement recours au critère de l'accès au marché sans évoquer la jurisprudence *Keck*, en vue de se prononcer sur la compatibilité, au regard de l'article 43 TCE, d'une réglementation nationale intéressant les contrats³³¹. La société Caixa Bank, filiale d'une société espagnole, est établie en France, où elle propose des comptes de dépôts à vue rémunérés. Or le droit français, au titre d'une réglementation que l'on pourrait certainement qualifier de loi de police, interdit la rémunération des comptes de dépôts à vue au profit de tout résident français. Caixa Bank s'est donc vu, d'une part, interdire de conclure avec des clients résidant en France de nouvelles conventions portant sur des comptes à vue rémunérés libellés en euros, et, d'autre part,

³³⁰ Point 38.

³³¹ V. CJCE, 5 octobre 2004, *Caixa Bank France contre Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, aff. C-442/02, *Rec.*, p. I-8961 ; *Common Market Law Review* 2005, p. 1151-1168, note E. SPAVENTA ; A. BOUJEKA, « Fin de l'interdiction de la rémunération des comptes de dépôt à vue », *D.* 2005, *jur.*, p. 371-376 ; *JDI* 2005, p. 429-435, note M. LUBY ; M. VAN HUFFEL, « La liberté tarifaire des établissements de crédit à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice: l'arrêt Caixa Bank du 5 octobre 2004 », *Gaz. Pal.* 2005, I, *jur.*, p.21-25 ; L. IDOT, « Fin de l'interdiction française de la rémunération des comptes à vue », *Europe*, déc. 2004, *comm.* n° 402, p. 16-17.

enjoindre de dénoncer les clauses des conventions déjà passées prévoyant la rémunération de tels comptes. Le Conseil d'Etat, saisi en contestation de cette interdiction, a posé une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg. Il lui demandait si une telle interdiction contrevenait à la liberté d'établissement. Pour déclarer cette interdiction contraire au principe de libre établissement, les juges communautaires ont eu recours au critère de l'accès au marché. Ils ont ainsi estimé que « *(l)'interdiction de rémunérer les comptes de dépôts à vue, telle que celle prévue par la réglementation française constitue, pour les sociétés d'États membres autres que la République française, un obstacle sérieux à l'exercice de leurs activités par l'intermédiaire d'une filiale dans ce dernier État membre, qui affecte leur accès au marché* ». (Point 12.) Cette interdiction les prive en effet d'un moyen de livrer une concurrence efficace aux établissements de crédit traditionnellement implantés dans l'Etat membre d'établissement. Et la Cour d'en conclure qu'elle rend leur accès au marché national plus difficile. (Point 14). Le gouvernement français tentait de faire valoir que la mesure pouvait être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général tenant à l'encouragement de l'épargne à moyen et long terme et à la protection des consommateurs. Les juges ont estimé que certes, ces deux objectifs constituaient bien des raisons impérieuses d'intérêt général ; cependant, l'interdiction en cause excédait ce qui était nécessaire pour les atteindre. La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Keck* met donc en évidence les difficultés de transposition de la distinction établie dans cet arrêt aux services. De fait, des auteurs ont très tôt souligné l'inadaptation de la jurisprudence *Keck* à cette matière, si bien qu'à la lecture de cet arrêt, des incertitudes pèsent sur la mesure de l'emprise du droit communautaire sur le droit privé.

B. Recherches sur l'emprise du droit communautaire sur le droit privé à partir de l'arrêt *Keck*.

121. Au vu de l'arrêt *Alpine Investments*, on comprendra que la distinction entre les mesures qui concernent intrinsèquement le produit et les modalités extrinsèques de vente ait souvent été critiquée. Et il est vrai que sa transposition en matière de services est pour le moins malaisée. Comme le souligne M. FALLON, en effet, « *alors que les règles de droit privé relatives au commerce de marchandises, principalement le droit des contrats, se dissocient physiquement du bien corporel lui-même, une réglementation impérative concernant le contrat de services fait corps avec la prestation, constitutive d'un bien incorporel.* »³³² Par

³³² *Rec. des cours* préc. note 285, spéc. p. 140/141, n° 79.

exemple, en matière d'assurance, la police, dont le contenu peut faire l'objet d'une réglementation spécifique déterminant les droits et obligations des parties, est constitutive du service même.

Pourtant, se fondant sur l'arrêt *Keck*, MM. LEWIS et WILDERSPIN estiment que le droit privé tombe dans le cadre de l'exception formulée dans cet arrêt, échappant ainsi au champ d'application respectif des articles 28 et 49 du traité.³³³ L'exclusion nous semble trop catégorique, même si l'on accepte de se référer à la distinction établie dans l'arrêt *Keck*. De fait, MM. FALLON et MEEUSEN³³⁴ nuancent, à juste titre selon nous, l'affirmation lorsqu'ils expliquent que si les règles du droit privé peuvent certainement relever du domaine échappant aux articles 28 et 49 du Traité selon les termes de l'arrêt *Keck*, et que leur impact sur les échanges intracommunautaires est trop indirect et incertain, une exemption totale est excessive. En effet, certaines règles de droit privé ont un impact notamment sur les conditions de commercialisation et de production et, partant, sur l'accès au marché national. Ils citent par exemple les exigences éventuellement requises au stade de la formation du contrat. De fait, certaines règles nationales peuvent s'avérer plus contraignantes que d'autres à cet égard, en posant des conditions strictes.

En outre, quand bien même la règle de droit privé en cause s'analyserait comme une règle limitant ou interdisant certaines modalités de vente, pour qu'elle échappe effectivement au domaine de l'article 28, encore faut-il qu'elle s'applique "à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national". Dès lors, même dans le cadre de l'exception de l'arrêt *Keck*, il n'est pas exclu que le droit privé (plus précisément, le droit international privé) soit à la source d'une entrave aux échanges. En effet, on peut concevoir que les règles de droit international privé du pays de destination désignent la loi du pays d'origine du vendeur ou du prestataire, qui serait plus rigoureuse. Dans ce cas, par hypothèse, la loi du pays d'accueil ne s'appliquerait pas « à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national ». Dès lors, l'hypothèse sort du cadre de l'exception posée dans l'arrêt *Keck*. L'Etat d'accueil devrait alors invoquer une raison expresse ou un motif impérieux d'intérêt général en vue de justifier cette solution. Mais un tel motif nous semble difficilement concevable.

³³³ V. « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres », *RCDIP* 2002, p. 1-38 ; 289-314, spéc. p. 31. Ils citent en ce sens notamment la communication de la Commission du 20 juin 1997, (SEC (97) 1193 final) dans laquelle on peut lire que « (La plupart des règles contractuelles relevant du droit civil ou du droit procédural (mode d'extinction des obligations, prescriptions, déchéances, nullité, etc.) sont peu susceptibles de constituer des entraves au commerce des services bancaires ».

³³⁴ V. « Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37-66, spéc. p. 48/49.

122. Pour notre part, il paraît risqué de se baser sur la distinction entre les règles relatives aux modalités de vente et celles relatives à la commercialisation des biens pour en tirer, dans l'absolu, des conséquences sur l'emprise du droit communautaire sur le droit privé. En effet, si les auteurs, pour la plupart, semblent avoir concentré leur analyse sur la distinction établie dans l'arrêt *Keck* entre ces deux types de règles, c'est bien par le critère de l'obstruction à l'accès au marché que la Cour justifie la solution. On peut dès lors penser qu'elle n'a aucunement entendu poser une présomption irréfragable. En outre, il ne faut pas négliger les conditions requises en vue de faire échapper les règles relatives aux modalités de vente de l'article 28 TCE. En somme, il nous semble que le mérite de l'arrêt *Keck* n'est pas tant d'avoir procédé à une distinction entre les mesures selon des critères préétablis (ce qui, certes, contribue à la sécurité juridique) que d'avoir dégagé un critère pertinent (à savoir, l'obstruction à l'accès au marché national) en vue de caractériser une entrave. Reste que par conséquent, on est conduit à relativiser l'importance de la distinction entre réglementations relatives à la commercialisation du produit et règles gouvernant le contenu même du produit et, partant, à admettre que l'arrêt ne permet pas de faire l'économie d'une analyse au cas par cas de la mesure litigieuse en vue de déterminer si, en l'espèce, elle restreint l'accès au marché national. C'est dire qu'il ne contribue finalement pas vraiment à éclairer l'emprise du droit communautaire sur le droit privé, quand bien même la ventilation des règles nationales selon la distinction précitée serait tout à fait possible. En effet, quelle que soit la catégorie à laquelle les règles nationales appartiennent (à savoir, règles relatives aux modalités de vente ou au contenu du produit), il faudra encore vérifier qu'elles n'obstruent pas l'accès des produits en provenance des autres Etats membres au marché local.

Cependant, hormis la distinction opérée par la Cour de justice dans l'arrêt *Keck*, une autre exigence prétorienne est certainement en mesure de préciser, en l'atténuant, l'impact des libertés communautaires sur le droit privé.

§ II : L'entrave suffisamment sensible.

123. La Cour de justice semble exiger, pour condamner une disposition nationale indistinctement applicable, que son effet « entravant » soit suffisamment sensible. Or la jurisprudence communautaire laisse augurer que les règles du droit civil pourraient, en raison de leur faible impact sur les échanges, n'être que rarement constitutives d'une entrave. C'est ainsi que dans l'arrêt *Motorradcenter*³³⁵, la Cour a refusé de qualifier d'entrave l'obligation

³³⁵ *CMC Motorradcenter*, CJCE, aff. C-93/92, 13 octobre 1993, *Rec.*, p. I-5009, concl. W. VAN GERVEN. V. également, antérieurement, l'arrêt *Krantz*, (CJCE, 7 mars 1990, aff. C-69/88, *Rec.*, p. I-583) dans lequel la Cour

d'information prévue par le droit allemand, en vertu de laquelle un importateur parallèle doit informer les acheteurs d'un produit de marque donné de ce que certains concessionnaires de cette marque refusent d'effectuer des prestations relevant de la garantie sur les produits qui ont fait l'objet d'une importation parallèle. Selon elle, les effets restrictifs de la législation en cause étaient trop incertains et indirects pour caractériser une entrave. De même, en ce qui concerne la fermeture obligatoire de certains magasins le dimanche, la Cour a estimé que « *pour vérifier que les effets restrictifs de la réglementation en cause sur les échanges intracommunautaires ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé, il importe d'examiner si ces effets sont directs, indirects ou simplement hypothétiques* »³³⁶.

Dans le prolongement de cette jurisprudence, M. DUBUISSON, raisonnant à partir du test de l'intérêt général appliqué en droit des assurances, estime que les règles inspirées d'un souci de protéger la partie faible dans une relation contractuelle en imprimant un contenu déterminé aux obligations des parties ne peuvent être assimilées à des modalités de vente au sens de la jurisprudence *Keck*, mais leur effet restrictif sur les échanges serait trop hypothétique et indirect. L'objet de ces réglementations n'est pas de régir les échanges et la Cour se montre dans ce cas plus réservée dans l'appréciation de leur compatibilité avec les libertés communautaires.³³⁷ Il suggère d'ailleurs la voie consistant « *à conditionner le contrôle des mesures indistinctement applicables à l'existence d'un effet restrictif, non plus hypothétique ou potentiel, mais substantiel sur les échanges.* » L'auteur, combinant cette solution avec la formule de l'arrêt *Keck*, estime que l'on pourrait dégager de ce dernier « *une simple présomption réfragable qui pourrait céder lorsqu'il est établi que la réglementation relative aux modalités de vente concernées entraîne un effet restrictif substantiel sur l'accès au*

a estimé que ne pouvaient être constitutives d'entraves des mesures ayant des effets restrictifs « aléatoires et trop indirects ». V. aussi, appliquant la règle *de minimis* en matière de services pour justifier l'exclusion de la qualification d'entrave à propos de lois dont le lien avec la liberté de circulation est trop indirect : CJCE, 14 juillet 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, *Rec.*, p. I-3453. V. également, en droit processuel, l'arrêt *ED srl c. Italo Fenocchio* du 22 juin 1999 (aff. C-412/97, *Rec.*, p. I-3845), dans lequel la Cour, recourant au critère de l'effet trop aléatoire et indirect, a estimé que la disposition italienne selon laquelle la procédure spéciale d'injonction de payer ne pouvait pas être invoquée si la signification au débiteur devait être faite hors d'Italie, ne constituait pas une restriction quantitative à l'exportation. Toutefois, en particulier avant l'arrêt *Keck et Mithouard*, la Cour semblait moins encline à exempter les règles très faiblement restrictives des échanges intracommunautaires. V. par ex. l'arrêt *Yves Rocher*, CJCE, 18 mai 1993, aff. C-126/91, *Rec.*, p. I-2361. Elle estime qu'à l'exception des règles ayant des effets simplement hypothétiques sur les échanges communautaires, l'article 30 ne distingue pas selon l'intensité des effets qu'elles produisent sur les échanges intracommunautaires.

³³⁶ CJCE, 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council contre B & Q plc.*, aff. C-169/91, *Rec.*, p. I-6635 (point 15).

³³⁷ « L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance – la réaction thermidorienne », *RGAT* 1995, p. 819, spéc. p. 835, n° 29.

marché. »³³⁸ Du reste, il nous semble que la formule employée par la Cour dans l'arrêt *Keck* s'accommode d'un tel système.

124. En dépit des incertitudes liées notamment à la transposition de la jurisprudence *Keck* en matière de service, il résulte de ce qui précède que le droit communautaire affecte certes, mais de façon indirecte, le droit privé.³³⁹ C'est finalement sans doute la rareté des décisions impliquant le droit privé qui accredit le mieux cette thèse. Dès lors, le droit international privé ne devrait pas, lui non plus, *a priori*, être frontalement touché.³⁴⁰ Reste qu'une jurisprudence récente montre que le principe de libre circulation des capitaux permet au droit communautaire de faire une percée en droit privé, en particulier dans le domaine du droit des biens, et plus précisément celui des droits réels. C'est ainsi que l'accès à la propriété immobilière est envisagé sous l'angle de la libre circulation des capitaux³⁴¹. Les législations nationales entourant les transactions immobilières ou conditionnant l'efficacité de sûretés immobilières sont donc potentiellement susceptibles d'entraver les échanges dès lors qu'elles revendiqueront un domaine d'application spatial impératif. Ce type de mesure devra en tout état de cause satisfaire les tests en matière d'entrave.

125. Conclusion du chapitre II - L'examen des critères d'application matériels du droit communautaire a mis en évidence la relativité de l'emprise de ce dernier sur les droits nationaux puisque l'existence d'une entrave s'apprécie au cas par cas, suivant l'approche concrète qui le caractérise. Le droit privé se démarque à cet égard des autres matières par les difficultés particulières qu'il suscite. C'est que les critères dégagés par la jurisprudence dans le cadre du contrôle des entraves aux échanges en premier lieu à partir des marchandises

³³⁸ *Op. cit.*, spéc. n° 17, p. 825.

³³⁹ V. par ex. H. GAUDEMET-TALLON qui estime que les règles de droit privé, de manière générale, ne peuvent constituer des entraves. Elle cite en ce sens les arrêts *Alsthom Atlantique* du 24 janvier 1991 (CJCE, 24 janvier 1991, aff. C-338/89, *Rec.*, p. I-107. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 174) et *Motorradercenter GmbH* préc. note 335 concernant la règle jurisprudentielle allemande relative à l'obligation d'information lors de la négociation contractuelle. Elle réserve toutefois le cas des lois de police. V. « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz 2005, p. 303, spéc. p. 320.

³⁴⁰ Il n'y aura dès lors rien de surprenant à constater que le point de rencontre entre droit communautaire et droit international privé se situera au niveau des normes qui se rapprochent du droit public et qui ont par ailleurs la particularité de refuser de tenir compte du caractère international d'une situation en « forçant » leur compétence. Les lois de police sont évidemment ici visées.

³⁴¹ V. les décisions concernant la législation autrichienne en matière de droits réels : not. l'arrêt *Trummer* concernant l'efficacité d'une sûreté immobilière (CJCE, 16 mars 1999, aff. C-222/97, *Rec.*, p. I-1661), l'arrêt *Könle* en matière d'accès à la propriété foncière (CJCE, 1^{er} juin 1999, aff. C-302/97, *Rec.*, p. I-3099, *Europe*, août/septembre 1999, *comm.* n° 299), l'arrêt *Salzmann* relatif au dispositif légal autrichien encadrant l'acquisition de résidences secondaires (CJCE, 15 mai 2003, aff. C-300/01, *Europe*, juillet 2003, *comm.* n° 242) ou encore l'arrêt *Ospelt* concernant une règle nationale relative à la transmission d'un patrimoine immobilier par voie de fondation (CJCE, 23 septembre 2003, aff. C-452/01, *Rec.*, p. I-9743, *Europe*, nov. 2003, *comm.* n° 349).

s'avèrent malaisés à mettre en œuvre à propos des règles de droit privé entourant les services. Nonobstant ces difficultés, dans l'ensemble, on peut penser que celles-ci ne devraient que rarement être génératrices d'entraves, car leur impact sur les échanges pourrait être trop aléatoire. En tout état de cause, l'arrêt *Alpine Investments* montre que c'est l'impérativité internationale de la norme nationale de droit privé en cause qui fait difficulté. Cependant, souvent le législateur national invoquera une raison impérieuse d'intérêt général au soutien de l'application de cette norme. Et il se pourrait que le droit communautaire admette qu'un tel motif puisse justifier une entrave aux échanges, sous réserve du principe de proportionnalité. Le panorama qui vient d'être décrit laisse en tout cas présager la complexité des rapports entre droit communautaire et droit international privé, ce que l'étude du domaine spatial du droit communautaire ne vient pas démentir.

Chapitre III : L'étendue spatiale de l'ordre public substantiel du droit communautaire.

126. La spécificité de l'approche du droit communautaire réside dans le lien étroit qui unit sa substance même à son domaine d'application spatiale. En effet, ce dernier se dessine en fonction de ce que requièrent les objectifs fondamentaux de la structure communautaire, de telle sorte que celle-ci génère une certaine confusion des critères d'applicabilité de ses normes. Un auteur rend parfaitement compte de ce constat en évoquant à cet égard « *une identité sémantique* »³⁴² entre critère d'applicabilité et contenu matériel des normes communautaires. D'une certaine manière, on peut dire que le droit communautaire brouille la distinction entre le droit substantiel et le droit conflictuel classique. Ainsi, le respect du traité s'impose à toutes les situations risquant d'affecter le commerce intracommunautaire. Or le commerce intracommunautaire constitue bien le contenu du projet communautaire, qui consiste avant tout à instaurer un marché intégré.

Dès lors, la similitude des critères respectivement employés par le droit communautaire selon qu'il s'agisse pour lui de délimiter sa sphère d'application à l'égard des Etats tiers, à l'égard des Etats membres et même à l'égard des situations purement internes ne surprendra pas. Il raisonne dans tous les cas en fonction de ses objectifs. Or le principe de l'effet utile commande une interprétation dynamique du traité, ce qui a permis un dépassement du principe selon lequel le droit communautaire a vocation à s'appliquer exclusivement dans les relations intracommunautaires (section I). Celui-ci a ainsi étendu son domaine à certaines situations « semi-communautaires » (section II).

Section I : ***Le principe : une application cantonnée aux relations intracommunautaires.***

127. Dans la mesure où le droit primaire contient des règles dotées d'effet direct³⁴³, leur application est nécessairement circonscrite à un espace déterminé. En effet, cet effet direct attaché à certaines dispositions du traité « *implique au moins l'existence, explicite ou implicite, de règles d'applicabilité accompagnant les règles matérielles* »³⁴⁴. Sont notamment

³⁴² V. S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, éd. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, spéc. p. 496.

³⁴³ L'effet direct confère « *le droit, pour toute personne, de demander à son juge de lui appliquer traités, règlements, directives ou décisions communautaires* » ; corrélativement, il impose « *l'obligation, pour le juge, de faire usage de ces textes, quelle que soit la législation du pays dont il relève* ». V. R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, spéc. p. 248.

³⁴⁴ V. not. M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 31, spéc. p. 45/46, n° 15.

dotées de l'applicabilité directe complète³⁴⁵ les dispositions du traité relatives à la concurrence (articles 81 et 82 TCE), le principe de non discrimination en raison de la nationalité et en raison du sexe³⁴⁶, ainsi que les libertés de circulation (articles 28, 39, 43, 49 et 56 TCE).

Grosso modo, l'application des règles du traité relatives au droit de la concurrence ainsi qu'aux libertés de circulation est conditionnée par le critère de l'affectation des échanges intracommunautaires (§ I), ce qui paraît *a priori* exclure une intervention du droit communautaire dans les situations purement internes. Néanmoins, il est admis depuis quelque temps en jurisprudence que certaines situations purement internes peuvent affecter le commerce intracommunautaire (§ II).

§ I: Présentation des critères d'application des règles fondamentales du droit communautaire.

128. Si l'article 299 du Traité CE définit de façon « statique » le territoire communautaire, il ne permet pas de déterminer quelles situations s'y rattachent.³⁴⁷ Pour préciser le domaine spatial du droit communautaire, il est nécessaire de recourir aux textes du traité se rapportant notamment aux différentes libertés communautaires. Celui-ci précise les domaines d'application spatiale respectifs des différentes libertés de circulation ainsi que des règles communautaires relatives à la concurrence de façon unilatérale. On se reportera donc successivement aux dispositions relatives aux marchandises (A), aux capitaux (B), aux personnes (qui englobent les prestataires de services) (C) et à la concurrence (D).

³⁴⁵ En ce sens que ces règles créent des droits et des obligations non seulement vis-à-vis des Etats membres (c'est l'effet direct vertical), mais également dans les relations entre particuliers (c'est l'effet direct horizontal).

³⁴⁶ V. l'art. 141 TCE. La discrimination en raison du sexe concerne actuellement uniquement le droit du travail. La Cour estime que « la prohibition de discriminations entre travailleurs masculins et féminins s'impose non seulement à l'action des autorités publiques, mais s'étend également à toutes conventions visant à régler de façon collective le travail salarié, ainsi qu'aux contrats entre particuliers ». V. l'arrêt CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, *Rec.*, p. 476. Le traité d'Amsterdam a étendu potentiellement le principe de non discrimination à d'autres domaines que le droit social. L'article 13 TCE investit en effet désormais le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, du pouvoir de « prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

³⁴⁷ Sur la distinction qu'il convient de faire entre la force obligatoire d'une norme, d'une part, qui concerne « les destinataires dits « institutionnels », c'est-à-dire ceux qui sont chargés de la mise en œuvre de la règle de droit » (c'est-à-dire essentiellement les juges) sur un territoire donné (en l'occurrence, le territoire communautaire) ; et d'autre part, l'applicabilité d'une norme, qui permet de « décrire les destinataires finaux de la règle, c'est-à-dire les personnes auxquelles la règle fournit un modèle de comportement. », V. S. FRANCO, thèse préc. note 342, p. 50 et s., spéc. p. 52. Appliquée au droit communautaire, cette distinction permet notamment de mettre en évidence l'insuffisance de l'article 299 TCE en vue de déterminer le domaine d'application spatiale du droit communautaire. Ce texte renseigne seulement sur l'étendue du territoire sur lequel le traité a force obligatoire, mais pas sur les situations concrètes dans lesquelles le droit communautaire aura vocation à s'appliquer. Celles-ci seront déterminées par les critères d'applicabilité qui précisent les circonstances spatiales requises en vue de l'application du droit communautaire.

A. Les marchandises.

129. L'article 23.2 TCE définit les deux catégories de marchandises auxquelles s'appliquent les règles posant l'interdiction des restrictions quantitatives ainsi que des droits de douane entre Etats membres : d'une part, les produits en provenance des Etats membres ; d'autre part, les produits en provenance d'Etats tiers qui se trouvent en libre pratique dans les Etats membres. Les premiers bénéficient de plein droit des règles sur la liberté de circulation. Il s'agit des produits fabriqués sur le territoire de la Communauté. Les produits en provenance d'Etats tiers doivent, quant à eux, être mis en libre pratique³⁴⁸ au sein de l'Union afin d'être soumis à la libre circulation prévue dans le Traité.

De l'article 23.2, combiné avec les articles 28 et 29 TCE qui concernent respectivement les entraves à l'importation et les entraves à l'exportation, on déduit que les produits soumis aux règles du Traité concernant la libre circulation des biens sont ceux faisant l'objet d'un mouvement entre Etats membres, ce qui exclut à la fois l'hypothèse du bien circulant sur le territoire d'un même Etat membre, ainsi que celle du bien circulant en dehors des frontières de la Communauté.³⁴⁹ Plus précisément, c'est le critère de la commercialisation de la marchandise dans un Etat membre³⁵⁰ qui permet de soumettre celle-ci au régime de la libre circulation des biens instauré par le Traité³⁵¹.

B. Les capitaux.

130. Le critère retenu en matière de capitaux par l'article 56 TCE est celui du flux au départ ou à destination d'un Etat membre. Ce critère est plus large que celui retenu à propos des marchandises puisque les règles sur la liberté de circulation des capitaux s'appliquent

³⁴⁸ La mise en libre pratique (définie à l'article 24 TCE) correspond à l'hypothèse où une marchandise a été fabriquée en dehors du territoire communautaire et est ensuite importée dans la Communauté. Au franchissement de la frontière, sont acquittés des droits de douane éventuels. Est aussi vérifié le respect d'éventuels quotas ou d'éventuelles normes techniques d'accès au marché. La sortie de l'entrepôt douanier après accomplissement de ces formalités débouche sur la mise en libre pratique de la marchandise. Les biens produits sur le territoire communautaire, pour leur part, ne sont pas soumis à cette formalité de la mise en pratique puisqu'ils bénéficient de plein droit des règles du Traité relatives à la libre circulation des marchandises.

³⁴⁹ La Cour de justice a, quant à elle, précisé que l'article 30 (28) TCE s'appliquait aux « *objets transportés par-delà une frontière nationale pour donner lieu à des transactions commerciales* ». V. par ex. CJCE, 2 juillet 1992, *Commission c/ Belgique*, aff. C-2/90, *Rec.*, p. I-4431, point 26.

³⁵⁰ V. CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. 11453, *RCDIP* 2003, p. 536, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et J.-S. BERGÉ.

³⁵¹ Il n'existe évidemment pas d'antinomie entre la construction européenne et l'ouverture de la Communauté au commerce international. C'est ainsi que celle-ci est liée par des accords conclus sous l'égide de l'OMC avec des pays tiers. A ce sujet, V. not. L. BALMONT, J. BOURRINET, *Les relations extérieures de l'Union européenne*, PUF, 1995 ; J. L. DEWOST et M. A. GAIFFE, *La Communauté européenne et les accords mixtes : quelles perspectives ?*, Coll. Europe, Bruges, 1997 ; A. DASHWOOD & C. HILLION, *The general law of EC external relations*, Sweet and Maxwell, 2000 ; T. DE WILLE D'ESTMAEL, *La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne*, Bruylant, 1999 ; I. MAC LEOD, I. HENDRY & S. HYETT, *The external relations of the European Communities*, Oxford University Press, 1996.

également aux mouvements de capitaux en provenance d'un Etat membre vers les pays tiers.³⁵² En effet, l'interdiction des restrictions couvre, selon l'article 56.1 TCE, les mouvements « *entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers* ». Ces derniers sont soumis à un régime spécifique décrit aux articles 57 et 59 TCE. Le seul lien avec la Communauté, dans ce dernier cas, est la qualité d'Etat membre de l'auteur de la mesure dont il est question.

Que ce soit en matière de marchandises ou de capitaux, le critère du territoire communautaire est sous-jacent, même s'il n'apparaît pas expressément à la lecture des textes.

Les critères permettant de définir la sphère d'application spatiale du principe de libre circulation des personnes sont quelque peu différents de ceux applicables aux biens et aux capitaux.

C. Les personnes.

131. En matière de liberté de circulation des personnes³⁵³³⁵⁴, le droit communautaire invite à distinguer la liberté d'établissement, la libre circulation du travailleur, du citoyen et du prestataire de services. Au sens strict, seules la libre circulation des travailleurs et la liberté d'établissement sont visés par le titre du traité intitulé « Libre circulation des personnes ». Nous envisagerons d'abord la libre circulation des personnes au sens strict (1), avant de nous intéresser à la libre circulation des services (2).

³⁵² V. not. CJCE, 14 décembre 1995, *Sanz de Lera*, aff. C-163/94, *Rec.*, p. I-4821.

³⁵³ Nous nous en tenons ici à l'exposé des dispositions du droit primaire relatives à la circulation des personnes qui concernent directement l'objectif de création d'un marché intérieur. Il faudrait y ajouter les dispositions spécifiques du traité qui habilite le législateur à entreprendre des mesures au titre des politiques menées à l'échelle communautaire. Ainsi, la politique sociale accompagne certainement la mise en œuvre de la libre circulation des personnes physiques. Le domaine d'application spatiale des mesures adoptées sur ce dernier fondement diverge sans doute de celui des dispositions analysées ici.

De même, nous n'aborderons pas la citoyenneté européenne, sauf pour préciser que les ressortissants d'un Etat tiers sont logiquement exclus de la nationalité de l'Union selon l'article 17 TCE. Ils ne bénéficient pas, sauf exception, des libertés communautaires. Ainsi ne peuvent-ils invoquer un droit d'accès non discriminatoire à l'emploi dans les Etats membres ; ils ne peuvent invoquer non plus de plein droit ni la liberté d'établissement, ni la liberté de prestation de services.

³⁵⁴ Sur la libre circulation des personnes en droit communautaire, V. not., parmi l'abondante littérature : N. BURROWS, T. MAIR, *Free movement of persons in the European Union*, Bognor Regis Wiley ; E. CEREXHO, *Le droit européen, la libre circulation des personnes et des entreprises*, Nauwalaerts, 1982 ; P. DOLLAT, *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : perspectives et enjeux*, Bruylant, 1998 ; J. HANDOLL, *Free movement of persons in the European Union*, Chichester, Wiley, 1995 ; D. MARTIN, E. GUILD, *Free movement of persons in the European Union*, Butterworths, 1986 ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, 1997 ; A. CASTRO-OLIVEIRA, « Workers and other persons : step by step from movement to citizenship », *Common Market Law Rev.* 2002, p. 77 ; A. MATTERA, « La libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté européenne », *RMCUE* 1993, p. 43.

1. Libre circulation des travailleurs et liberté d'établissement (personnes au sens strict).

132. Pour déterminer le domaine d'application spatiale de la liberté de circulation des personnes au sens strict, le traité retient à la fois le critère de la nationalité d'un Etat membre et celui de la localisation de l'exercice de la liberté sur le territoire d'un Etat membre (article 39.2 pour les travailleurs³⁵⁵ et article 43 sur le droit d'établissement). Autrement dit, l'usage des libertés de circulation est réservé aux ressortissants des Etats membres et limité au territoire communautaire.

Le traité renvoie aux droits nationaux la question de la détermination de ses nationaux, personnes physiques. En ce qui concerne les personnes morales, l'article 48.1 TCE pose deux conditions cumulatives permettant de définir qui sont les ressortissants communautaires pouvant se prévaloir des libertés communautaires. Ainsi la société doit avoir été « constituée » conformément au droit d'un Etat membre. En outre, elle doit s'y rattacher par l'un des trois critères rencontrés en droit comparé des Etats membres, à savoir le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement³⁵⁶. Les conflits de nationalités pouvant découler de cette approche ont été résolus dans l'arrêt *Micheletti*³⁵⁷ qui vise à assurer aux personnes physiques et morales le bénéfice de la nationalité la plus favorable. Par ailleurs, il résulte de l'arrêt *Inspire Art*³⁵⁸ qu'une personne morale peut se hisser au rang d'opérateur communautaire par la création d'un élément d'extranéité, sous la seule réserve de la fraude à la loi, entendue restrictivement.

Cependant, le seul critère tiré de la nationalité d'un Etat membre ne suffit pas pour se prévaloir des libertés communautaires. La liberté invoquée doit s'exercer en outre sur le territoire d'un Etat membre. Ainsi, pour le travailleur, l'article 39.1 TCE précise que sa liberté est assurée « à l'intérieur » de la Communauté. La liberté d'établissement affecte le ressortissant d'un Etat membre « *dans le territoire d'un autre Etat membre* » (art. 43 TCE). Cependant, la localisation de l'établissement de l'opérateur dans un Etat membre suffit à assurer l'application des règles du traité en matière de liberté d'établissement, même si l'objet de son activité dans cet Etat membre « *consiste en des services vers des pays tiers* »³⁵⁹.

³⁵⁵ Bien que l'art. 39.2 TCE évoque les travailleurs et non les ressortissants d'un Etat membre, la Cour de justice a refusé d'étendre le bénéfice des libertés communautaires au ressortissant d'un Etat tiers admis à séjourner dans un Etat membre selon le droit de cet Etat ; pourtant, il s'agit d'un travailleur appartenant au marché régulier de l'emploi d'un Etat membre. V. CJCE, 5 juillet 1984, *Meade*, aff. 238/83, *Rec.*, p. 2631.

³⁵⁶ La définition des critères d'attribution de la nationalité des personnes morales concerne aussi bien la liberté d'établissement que la libre prestation de services (V. l'art. 55 TCE).

³⁵⁷ CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-369/90, *Rec.*, p. I-4239.

³⁵⁸ CJCE, 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Rec.*, p. I-10155, *JCP éd. G* 2004, II, n° 10002, note M. LUBY ; *D.* 2004, p. 491, note É. PATAUT ; *Bull. Joly* 2002, § 272, p. 1296, note M. MENJUCQ ; *RCDIP* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; *JCP éd. E* 2004, p. 251, note V. MAGNIER.

³⁵⁹ CJCE, 5 novembre 2002, *Accords de ciel ouvert*, aff. C-471/98, *Rec.*, p. I-9681.

2. La libre circulation des services.

133. En ce qui concerne les services³⁶⁰, l'article 49 TCE retient à la fois le critère de la nationalité d'un Etat membre et celui de la localisation de l'exercice de la liberté sur le territoire d'un Etat membre ; ce texte implique que le prestataire soit établi sur le territoire d'un autre Etat membre et qu'il y ait franchissement d'une frontière, soit par le prestataire³⁶¹, soit par le bénéficiaire de la prestation³⁶². La Cour de Luxembourg a toutefois précisé qu'une situation impliquant des personnes établies dans le même Etat membre mais concernant un service à accomplir dans un autre Etat membre constituait une prestation de service au sens de l'article 49 TCE³⁶³.

D. La concurrence.

134. Depuis les origines de la construction communautaire, la politique de concurrence y revêt un caractère fondamental. Les règles du traité relatives à la concurrence (les articles 81 et 82) jouent le rôle essentiel en la matière, les règlements adoptés dans le domaine de la concurrence s'analysant comme des actes d'exécution. Ils organisent par exemple les procédures administratives relatives à la mise en œuvre des interdictions du traité ou exemptent certaines catégories d'accords des interdictions qui pèsent sur eux. L'applicabilité dans l'espace du droit de la concurrence est déterminée aux articles 81 et 82 TCE au moyen de critères relativement imprécis.

L'article 81 TCE concerne l'interdiction des accords restrictifs de concurrence. Le paragraphe 1er détermine notamment le domaine d'application spatiale de l'interdiction des accords restrictifs de concurrence qui sont sanctionnés par la nullité en vertu du paragraphe 2. Deux conditions sont requises pour la nullité : il faut que l'accord soit de nature à affecter le

³⁶⁰ Sur la liberté de prestations de services, V. not., parmi l'abondante littérature : C. BERR, « Perplexités juridiques à propos du marché commun des services », *RMCUE* 1993, p. 444 ; HATZOPOULOS (V.), « Recent development of the case law of the ECJ in the field of services », *Common Market Law Rev.* 2000, p. 43 ; P. MERCIER et O. JACOT-GUILLARMOD, *La libre circulation des personnes et des services*, Helbing & Lichtenhahn, 1991 ; J. TIEDJE, « La libre prestation de services et les ressortissants des pays tiers », *RMCUE* 1999, p. 73 ; P. WATSON, « Freedom of establishment and freedom to provide services : some recent developments », *Common Market Law Rev.* 1983, p. 767 ; S. WENDLING, « La liberté d'établissement et la libre prestation de services dans la CEE, vingt ans de réalisation des programmes généraux de libération de l'établissement et des services », *RMCUE* 1982, p. 132.

³⁶¹ V. par ex. l'arrêt *Arblade*, CJCE, 23 octobre 1999, aff. C-369/96, *Rec.*, p. I-8453, *RCDIP* 2000, p. 710, note M. FALLON. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 419 et s.

³⁶² V. not. CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, *Rec.*, p. 195.

³⁶³ V. not. CJCE, 28 octobre 1999, *Verstergraad*, aff. C-55/98, *Rec.*, p. I-7641. V. également l'hypothèse où le prestataire de service et le bénéficiaire (en l'occurrence, il s'agissait d'une police d'assurance) sont situés sur le territoire d'un même Etat membre. Dans la mesure où le risque est situé dans un autre Etat membre, la Cour admet que l'art. 49 TCE s'applique, bien que ce dernier texte envisage l'établissement du prestataire de service et du bénéficiaire dans des Etats membres différents : CJCE, 26 février 1991, *Commission c/ Grèce*, aff. C-198/89, *Rec.*, I-727.

commerce entre Etats membres et il doit avoir pour objet ou pour effet de faire obstacle, de fausser ou de limiter la concurrence à l'intérieur de la Communauté (autrement dit, la distorsion de concurrence doit être localisée dans la Communauté.) L'article 82, alinéa 1er interdit aux entreprises l'exploitation abusive d'une position dominante « *sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* » dans la mesure où celle-ci est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Les pratiques interdites sont décrites à l'alinéa 2. Il ressort des articles 81 et 82 TCE que le critère déterminant leur application respective est l'affectation du commerce entre Etats membres³⁶⁴.

Contrairement aux règles relatives aux libertés communautaires, celles concernant le droit de la concurrence ne définissent pas précisément leur domaine d'application dans l'espace. En effet, les critères qui viennent d'être exposés sont relativement flous. C'est pourquoi l'application des règles de concurrence a nécessité une définition, par la Cour de justice, des comportements visés en raison de leur rattachement à la Communauté. A ce sujet, un auteur explique que c'est en recourant au concept de proximité que celle-ci a précisé le domaine d'application spatiale des règles relatives à la concurrence³⁶⁵. La Haute Juridiction a défini le critère de la localisation dans la Communauté de l'« effet » anticoncurrentiel comme étant celui de la localisation de la « mise en œuvre » de l'acte visé.³⁶⁶ Ainsi, dans l'affaire « pâtes de bois », les requérants, des producteurs de pâte de bois établis hors du territoire communautaire, demandaient l'annulation de la décision par laquelle la Commission les avait condamnés au paiement d'amendes pour concertation sur les prix, en se fondant sur l'ancien article 85 TCE (actuel article 81). Ces producteurs établis dans divers Etats tiers exportaient des produits directement vers des acheteurs établis dans la Communauté ou disposaient sur ce territoire de filiales par l'intermédiaire desquelles elles pratiquaient leur commerce dans la Communauté. La discussion portait notamment sur le domaine d'application spatiale de ce texte, les requérants arguant qu'il n'était pas applicable en l'espèce et que donc la décision de

³⁶⁴ Si ce critère de l'affectation du commerce entre Etats membres n'est pas sans rappeler celui employé à propos de la libre circulation des marchandises, il s'en distingue néanmoins. V. par ex. CJCE, 5 avril 1984, *van de Haar et Kaveka de Meern*, aff. jointes 177/82 et 178/82, *Rec.*, p. 1797. La Cour éclaire dans cet arrêt les différences en ces termes : « l'article 30 (28) visant l'élimination des mesures susceptibles d'entraver les échanges entre les Etats membres, [il] poursuit un objectif différent de celui de l'article 85 (81) qui vise à maintenir une concurrence efficace entre entreprises » (point 14). La Cour souligne aussi que l'article 85 (81) TCE vise les accords qui affectent d'une manière sensible le commerce intracommunautaire (point 11), tandis que l'article 30 (28) TCE vise toutes les mesures qui sont susceptibles d'entraver, de quelque manière que ce soit, cette circulation (point 12). Sur l'évolution générale des critères de mise en œuvre de l'article 28 TCE en jurisprudence, V. *supra*, n° 99 et s. Par ailleurs, on sait que les articles 81 et 82 TCE visent directement le comportement des entreprises alors que l'article 28 TCE pose une interdiction à l'encontre des Etats.

³⁶⁵ V. M. FALLON, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 241, spéc. p. 247.

³⁶⁶ CJCE, 27 septembre 1988, « Pâtes de bois », aff. 89/85 e.a., *Rec.*, p. 5193.

la Commission devait être annulée. La Cour rejette l'argument, estimant que l'article 85 (actuel article 81) du Traité s'appliquait bien à l'espèce car le critère déterminant au regard de ce texte, selon elle, est le lieu où la pratique anticoncurrentielle (en l'occurrence, une entente sur les prix) est « mise en œuvre ».³⁶⁷ Or en l'espèce, l'entente avait été mise en œuvre sur le territoire communautaire.

Il ressort de la jurisprudence communautaire que le critère conditionnant l'application des règles relatives à la concurrence est la localisation, sur le territoire communautaire, d'un élément suffisamment substantiel pour affecter le commerce communautaire. Ce critère est apprécié avec souplesse, s'adaptant à chaque cas d'espèce.³⁶⁸ Il faut à cet égard souligner une particularité du droit de la concurrence. En effet, en ce qui le concerne, on ne peut faire abstraction de l'analyse économique, laquelle commande une certaine adaptation des critères d'applicabilité des règles gouvernant la matière. Il n'est dès lors pas étonnant que la jurisprudence et le droit dérivé aient contribué, au fil du temps, à préciser ces critères.

L'ensemble des règles qui viennent d'être exposées visant à préciser les critères d'application spatiale des règles fondamentales du droit communautaire ne permet que de rendre partiellement compte de leur sphère d'application spatiale. En effet, le raisonnement téléologique de la Cour de justice a conduit celle-ci à interpréter largement les critères décrits dans le traité.

§ II : Une extension à certaines situations internes.

135. Si, en principe, le droit communautaire n'a vocation à s'appliquer qu'aux situations juridiques impliquant au moins deux Etats membres, la Cour de justice a accepté parfois d'étendre son contrôle des entraves aux échanges à des situations purement internes. L'enjeu de l'application du droit communautaire à ces situations concerne le sort des discriminations à rebours³⁶⁹. En effet, en principe, le droit communautaire n'empêche pas les législateurs nationaux de soumettre les opérateurs locaux à des conditions plus rigoureuses que celles applicables aux étrangers³⁷⁰. L'évolution de la jurisprudence en matière de libre circulation des marchandises (A) et des personnes (B) montre que la tendance est à l'extension de

³⁶⁷ Point 16.

³⁶⁸ V. not. CJCE, 21 février 1973, *Continental Can*, aff. 6/72, *Rec.*, p. 215 ; CJCE, 8 octobre 1996, *CMB*, aff. C-24/93 e.a., *Rec.*, p. II-1201 ; CJCE, 28 avril 1998, *Javico*, aff. C-306/96, *Rec.*, p. I-1983 ; TPICE, 15 mars 2000, *CBR*, aff. T-25/95, *Rec.*, p. II-491.

³⁶⁹ V. not. J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? A propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTD europ.* 2001, p. 137 ; H. TAGARAS, « Règles communautaires de libre circulation, discrimination à rebours et situations dites « purement internes » », in *Mél. en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 1499.

³⁷⁰ V. par ex. CJCE, 18 février 1987, *Mathot*, aff. 98/86, *Rec.*, p. 820, spéc. points 7 à 9.

l'encadrement communautaire des normes nationales aux situations internes. Reste que l'étendue et les conditions d'un tel contrôle ne sont pas à ce jour clairement fixées. D'où les difficultés de tirer des enseignements solides de cette tendance en droit des contrats (C).

A. Les marchandises.

136. Le contentieux se rapportant à des situations internes a pu naître dès lors que la Cour a étendu son contrôle aux mesures nationales indistinctement applicables dans le célèbre arrêt *Cassis de Dijon*³⁷¹, même si elle a par la suite maintenu l'exclusion de l'application de l'article 28 du Traité aux situations purement internes³⁷². A l'instar des critères spatiaux prévus dans le traité, c'est le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres qui est érigé en paramètre permettant de caractériser une entrave. Mais ce critère doit être précisé car son appréciation est susceptible de degrés. En effet, l'on peut concevoir qu'il implique, concrètement, une gêne au commerce intracommunautaire. On peut, au contraire, se contenter d'une gêne potentielle. Appliquée à la problématique des situations internes, la première conception conduira à exiger que la situation concrète entretienne un lien avec le commerce intracommunautaire. La seconde conception conduira à admettre un contrôle communautaire même lorsque la situation concrète ne concerne pas le commerce intracommunautaire, dès lors que la mesure en cause peut potentiellement s'appliquer aux situations intracommunautaires. Plusieurs arrêts sont venus préciser les circonstances d'intervention du droit communautaire dans les situations purement internes³⁷³.

137. Dans l'arrêt *Pistre*³⁷⁴, était en cause un dirigeant d'entreprise français poursuivi pénalement pour avoir apposé sur de la charcuterie fabriquée et vendue en France la dénomination « montagne » alors que la marchandise ne pouvait en bénéficier. La situation était donc purement interne. La Cour de justice précise pourtant que « *l'article 28 ne peut pas être écarté au seul motif que, dans le cas concret soumis à la juridiction nationale, tous les éléments sont cantonnés dans un seul Etat membre* ». Certes, il est possible de restreindre la

³⁷¹ Arrêt du 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, *Rec.*, p. 649, sur lequel V. *supra*, n° 102.

³⁷² CJCE, 14 décembre 1982, *Waterkeyn*, aff. 314 à 316/81 et 83/2, *Rec.*, p. 4337.

³⁷³ Pour une analyse de l'évolution de la jurisprudence communautaire relative à la « problématique des situations internes », V. not. L. IDOT, « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 431. Cette problématique est définie par l'auteur comme intéressant « la question de savoir si la norme communautaire doit se limiter à la seule appréhension des situations communautaires et laisser aux droits nationaux les situations internes ». *Op. cit.*, spéc. p. 435, n° 8 ; H. CLARET, « Quelques remarques sur le champ d'application du droit communautaire (à propos du principe de liberté de circulation des marchandises et des « situations purement internes »), in *Mélanges Decottignies*, PUG 2003, p. 103.

³⁷⁴ CJCE, 7 mai 1997, aff. jointes C-321 à 324/94, *Rec.*, p. I-2343. Sur cet arrêt, V. not. F. LAGONDET et D. SIMON, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe*, juillet 1997, *chron.* 9.

portée de la décision en l'expliquant par le recours à la notion de « frontière intérieure »³⁷⁵ utilisée jadis par la Cour en vue d'étendre son contrôle dans le domaine voisin des entraves tarifaires aux échanges visant à interdire les droits de douane et les taxes d'effet équivalent entre Etats membres³⁷⁶.

On remarque par ailleurs que dans cette affaire, la Cour souligne que la norme nationale en cause était susceptible de s'appliquer aux produits en provenance des autres Etats membres et constituait une entrave (consistant à exiger une autorisation spécifique en vue d'apposer la dénomination « montagne ») qui plus est discriminatoire (les produits en provenance notamment de pays tiers ne remplissent pas les conditions d'octroi de l'autorisation réservée aux produits fabriqués sur le territoire français et à partir de matière première nationale).

Plus tard, dans l'arrêt *Guimont*³⁷⁷ concernant les conditions d'usage de l'appellation « emmenthal », la Cour a semblé revenir à une approche traditionnelle en réaffirmant qu'une réglementation nationale ne relève de l'article 28 TCE que si elle s'applique à des « situations ayant un lien de rattachement avec l'importation des marchandises dans le commerce intracommunautaire ». Elle condamne en l'espèce la législation française interdisant la commercialisation d'emmenthal sans croûte sur le territoire français, uniquement dans la mesure où la législation est applicable aux produits importés. Son application aux produits nationaux n'est pas remise en cause, conformément à la position traditionnelle de la Cour en matière de discriminations à rebours. La mesure en cause était indistinctement applicable et il n'y était pas question de « frontière intérieure ». C'est pourquoi, en vue de dégager une ligne directrice des décisions qui précèdent, il a été suggéré de distinguer selon que la mesure en cause est « véritablement indistinctement applicable » ou qu'elle crée une « frontière intérieure ». Dans le premier cas, à la différence du second, un lien de rattachement avec une opération d'importation entre deux Etats membres au moins serait requis.³⁷⁸

M. FALLON présente un peu différemment la combinaison entre les arrêts *Pistre* et *Guimont*. Ainsi celle-ci conduirait à distinguer selon que la mesure nationale crée ou non une

³⁷⁵ V. en ce sens L. IDOT, art. préc., spéc. p. 439, n° 16. Ce concept concerne les réglementations nationales qui instituent artificiellement des zones territoriales. Par exemple, dans l'affaire *TK Heimdienst* (CJCE, 13 janvier 2000, aff. C-254/98, *Rec.*, p. I-151 ; sur cet arrêt, V. *supra*, n° 115), la législation autrichienne en cause instaurait des circonscriptions administratives au sein du territoire national. Elle limitait le champ d'action de certains commerçants, ceux-ci ne pouvant proposer leurs produits en recourant à la vente ambulante que dans la circonscription à laquelle ils étaient rattachés.

³⁷⁶ En effet, en cette matière, dans l'affaire *Lancry* (CJCE, 9 août 1994, aff. C-363/94, C-407 à 411/94, *Rec.*, p. I-3957), la qualification de « taxe d'effet équivalent » a été retenue à propos de marchandises en provenance de métropole importées dans les Antilles en recourant à ce concept de « frontière intérieure ».

³⁷⁷ CJCE, 5 décembre 2000, aff. C-448/98, *Rec.*, p. I-10663, *JDI* 2001, p. 666, note C.-J. BERR ; *RTDcom* 2002, p. 579, obs. G. JAZOTTES ; *Europe*, février 2001, *comm.* n° 58 par A. RIGAUX.

³⁷⁸ V. L. IDOT, art. préc. note 373, spéc. p. 440, n° 17.

discrimination directe. Si tel est le cas, elle « *est susceptible d'être appliquée aux produits importés* » et, partant, l'article 28 TCE s'applique même lorsque le cas d'espèce est purement interne. En revanche, si la mesure est formellement indistincte, ce texte ne s'applique que si l'espèce présente un lien avec l'importation de marchandises³⁷⁹.

138. Cette construction intéressante n'est pourtant pas reprise par la Cour dans un arrêt postérieur du 25 mars 2004, *Herbert Karner*³⁸⁰. En l'espèce, une société autrichienne protestait contre une vente aux enchères de biens d'une entreprise en liquidation au motif que l'organisatrice de la vente, elle aussi autrichienne, n'avait pas respecté une interdiction de procéder à de la publicité. A l'argument tiré de l'illicéité de cette interdiction au regard de l'article 28 TCE était opposé le caractère purement interne de la situation. Dans la mesure où l'interdiction était indistinctement applicable et la Cour ne constatant par ailleurs pas l'existence d'un lien entre la situation et l'importation, la logique dégagée de la combinaison des arrêts *Pistre/TK Heimdienst* d'une part, et *Guimont* de l'autre, aurait dû conduire la Cour à faire échapper cette interdiction à son contrôle. Mais elle en a décidé autrement en jugeant que l'absence d'élément d'extranéité de la situation en cause ne l'empêchait pas d'examiner la réglementation autrichienne litigieuse, dès lors que « *la règle nationale s'applique indistinctement aux produits nationaux ainsi qu'aux produits importés et [est] ainsi susceptible de constituer une entrave potentielle au commerce intracommunautaire relevant de l'article 28 TCE* ». Cette décision marque une extension considérable du contrôle communautaire à propos des situations purement internes. Si la solution se confirmait, il faudrait désormais considérer que les situations dépourvues de liens avec une opération d'importation et mettant en cause une mesure nationale indistinctement applicable aux produits nationaux et étrangers n'échappent plus au contrôle communautaire en matière d'entraves. Finalement, n'y échapperaient que les mesures régissant les situations purement internes³⁸¹.

Une telle extension du contrôle communautaire aux situations internes se retrouve, dans une moindre mesure toutefois, en matière de libre circulation des personnes.

³⁷⁹ V. *Droit matériel général* (...), p. 122/123.

³⁸⁰ CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie Auktionen*, aff. C-71/02, *Rec.*, p. I-3025, *Europe*, mai 2004, *comm.* n° 131 par A. RIGAUX.

³⁸¹ V. en ce sens l'analyse de J. DE BEYS préc. note 369.

B. Les personnes.

139. Dans le domaine des services, l'élément d'extranéité requis en vue de permettre l'application du droit communautaire est apprécié largement³⁸². De même, en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des travailleurs, la Cour estime que le ressortissant d'un Etat membre qui passe, à un moment de sa vie, quelque temps dans un autre Etat membre en particulier pour y acquérir une qualification professionnelle ou un diplôme, fait usage de son droit à la libre circulation³⁸³.

Dans l'arrêt *Angonese*³⁸⁴, la Cour franchit un pas de plus. En effet, dans cette affaire purement interne, un Italien résidant en Italie avait été écarté d'un emploi dans une banque italienne parce qu'il ne justifiait pas du certificat de bilinguisme allemand/italien délivré par l'administration de la province de Bolzano, alors que par ailleurs, il justifiait de sa maîtrise de l'Allemand. La mesure, qui était prévue par une convention collective, est jugée contraire à l'article 39 TCE. En effet, pour la Cour, ce texte « *s'oppose à ce qu'un employeur oblige les candidats à un concours de recrutement à faire la preuve de leurs connaissances linguistiques exclusivement au moyen d'un unique diplôme, délivré dans une seule province d'un Etat membre* ». En l'espèce, la mesure était discriminatoire. Peut-être dans ce cas, à l'instar de ce que l'on a observé à propos des marchandises, la Cour de justice serait-elle plus encline à la condamner, même si la situation concrète est purement interne.

Cependant, en dépit d'une certaine extension du contrôle communautaire aux situations internes dans le domaine de la libre circulation des personnes, celui-ci se distingue de celui opéré dans le domaine de la libre circulation des biens. En effet, on a vu que dans son dernier état, la jurisprudence semblait exclure uniquement le contrôle des situations purement internes mettant en cause des normes applicables seulement aux nationaux. En revanche, s'agissant de la libre circulation des personnes, la Cour de justice semble toujours exiger que la situation

³⁸² V. par ex. l'arrêt *Grogan*, CJCE, 4 octobre 1991, aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685 ; l'arrêt *Carpenter*, CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-60/00, *Rec.*, p. I-6279, *Europe*, oct. 2002, *comm.* n° 335. Dans cette dernière affaire, un ressortissant britannique marié à une Philippine a pu se prévaloir de l'article 49 TCE (interprété par la Cour à la lumière de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) parce qu'il était amené à se déplacer, pour ses activités professionnelles, dans plusieurs Etats membres. Pourtant, le débat portait sur la légalité de l'expulsion de sa conjointe et la Commission ainsi que le gouvernement britannique faisaient valoir que le droit communautaire ne pouvait s'appliquer à cette situation purement interne.

³⁸³ V. not. l'arrêt *Knoors*, CJCE, 7 février 1979, aff. 115/78, *Rec.*, p. 399. V. également l'arrêt *Kraus* (CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Rec.*, I-1663) à propos de l'article 43 TCE. Dans cette affaire opposant un ressortissant allemand à l'Etat allemand, la réglementation allemande en cause soumettait à une autorisation l'usage d'un titre universitaire obtenu dans un autre Etat membre. Ce faisant, elle a pour effet de décourager les nationaux d'effectuer des études à l'étranger et affecte l'usage des titres obtenus dans les autres Etats membres. C'est l'origine du diplôme qui rattache la situation au régime de libre circulation communautaire.

³⁸⁴ CJCE, 6 juin 2000, aff. C-281/98, *Rec.*, p. I-4139, *Europe*, août/septembre 2000, *comm.* n° 258.

revête, dans le cas qui lui est soumis, une « dimension communautaire ». Toutefois, cette dernière condition est appréciée largement.

Reste à mesurer l'incidence du traitement de la problématique des situations internes par le droit communautaire sur le droit privé et le droit international privé.

C. Les implications de cette jurisprudence pour le droit privé et le droit international privé des contrats.

140. La question se pose de savoir quelle est l'implication de cette jurisprudence extensive en droit privé ainsi qu'en droit international privé des contrats. A cet égard, on pourrait logiquement penser que les spécificités de cette dernière matière devraient être prises en compte. En effet, si la situation soumise au juge est concrètement intracommunautaire (par exemple, parce que les cocontractants sont des ressortissants d'Etats membres différents), le contrat sera un contrat international ; les parties pourront choisir la loi qui y est applicable et ainsi échapper à une réglementation nationale contraignante. De fait, dans l'arrêt *Alsthom Atlantique*³⁸⁵, la Cour de Luxembourg, dans un *obiter dictum*, a précisé que les parties à un contrat international étaient libres de choisir la loi qui y est applicable et, partant, d'échapper à une législation contraignante. En revanche, lorsque le contrat est purement interne, les parties ne peuvent se soustraire éventuellement à la législation nationale par hypothèse contraignante. Or, en étendant son contrôle, comme on l'a vu, à des situations dont les éléments d'extranéité sont insignifiants, le droit communautaire retient une conception de l'internationalité qui est beaucoup plus large que celle du droit international privé. Si bien qu'il n'est pas exclu que le droit communautaire fasse une incursion en droit privé des contrats, sans que la jurisprudence *Alsthom Atlantique* puisse s'y opposer. On pourrait ainsi imaginer que des règles impératives de droit interne soient considérées comme des entraves, alors même que le contrat en cause serait purement interne au sens du droit international privé.

L'arrêt *SETTG*³⁸⁶ (guides touristiques) a d'ailleurs été lu en ce sens. La réglementation grecque suspectée d'illicéité au regard des exigences communautaires imposait la forme juridique du contrat de travail dans les relations entre les bureaux de tourisme et les guides auxquels ceux-ci ont recours dans le cadre de leurs activités. Cette réglementation ne s'appliquait qu'aux guides touristiques munis d'une autorisation (qui suppose la possession d'un diplôme) à exercer cette profession. Or une telle autorisation ne concerne que les guides

³⁸⁵ Arrêt du 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, aff. C-338/89, *Rec.*, p. I-107. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 174.

³⁸⁶ CJCE, 5 juin 1997, aff. C-398/95, *Rec.*, p. I-3091, *JDI* 1998, p. 520-521, obs. M. LUBY.

touristiques établis en Grèce, à l'exclusion de ceux qui sont établis dans d'autres Etats membres. La Cour estime cependant que ceux-ci peuvent avoir un intérêt à acquérir le diplôme en question et donc à requérir une autorisation. La réglementation leur est alors applicable.

Un auteur a soutenu que cet arrêt illustrerait la possible condamnation de règles contractuelles impératives (au sens du droit interne) en tant qu'elles pourraient générer une entrave aux échanges³⁸⁷. Cependant, l'idée est réfutée par Mme MUIR WATT³⁸⁸ qui estime que l'entrave, en l'espèce, résultait bien plutôt du défaut de reconnaissance mutuelle, par la législation grecque, des exigences relatives à l'agrément des guides.

Le doute nous semble pourtant permis car la Cour a bien insisté sur le caractère impératif de la réglementation grecque. En effet, elle estime que celle-ci, « *en qualifiant impérativement de contrat de travail, au sens du droit national, le rapport de prestation d'un guide touristique dans le cadre de l'exécution des programmes touristiques dans cet État, prive le guide touristique originaire d'un autre État membre de la faculté d'exercer son activité dans le premier État membre à titre indépendant.* »³⁸⁹ Et la Cour d'en conclure qu'« *(u)ne telle réglementation constitue (...) une entrave à la liberté des guides touristiques qui sont originaires d'autres États membres de fournir de tels services à titre indépendant* »³⁹⁰. Finalement, la portée de l'extension du domaine spatial du droit communautaire en droit privé des contrats paraît encore moins claire que la détermination de l'emprise du droit communautaire sur cette matière sous l'angle matériel.

141. En résumé de l'extension du contrôle communautaire à certaines situations purement internes, il faut retenir que le caractère purement interne de la situation dont est saisie la Cour ne permet pas de faire échapper la réglementation nationale en cause au contrôle communautaire en matière d'entraves, dès lors que celle-ci est susceptible de s'appliquer à des produits ou à des personnes en provenance d'autres Etats membres et constitue potentiellement une entrave.

On reconnaît là *grosso modo* le critère de l'affectation du commerce entre Etats membres adopté pour définir le domaine d'application matériel du droit communautaire. C'est ce même

³⁸⁷ V. ROTH (W.-H.), « The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: is *Keck* Relevant? », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 1, spéc. p. 17 ; réf. citée par H. MUIR WATT in « Les fondements économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, vol. 307, p. 25, spéc. p. 214, note 554.

³⁸⁸ V. H. MUIR WATT, *op. cit.*, spéc. p. 214, n° 172.

³⁸⁹ V. point 17.

³⁹⁰ V. point 18.

critère qui a conduit le droit communautaire à étendre son emprise sur certaines situations débordant le cadre purement communautaire.

Section II : *Une extension à certaines situations « semi-communautaires ».*

142. Le traité lui-même peut prévoir des cas d'extension du droit primaire à des ressortissants non communautaires. Ainsi l'article 49.2 TCE prévoit que le bénéfice de la libre prestation de services peut être étendu « *aux prestataires de services ressortissants d'un pays tiers et établis à l'intérieur de la Communauté* ». Cette extension prévue par le traité se concrétise, dans les directives concernant l'accès à l'activité de services réalisant une telle extension, par l'insertion d'une « clause externe » définissant les termes du bénéfice de la liberté de prester pour les entreprises dont l'établissement principal est situé dans un pays tiers mais disposant d'une succursale dans la Communauté. L'extension de certaines libertés communautaires peut être réalisée également dans le cadre d'une politique d'association de la Communauté avec un pays tiers, sur la base de l'article 310 TCE³⁹¹.

Mais surtout, la Cour de Luxembourg a généralement interprété largement le domaine d'application spatiale des libertés communautaires. Les arrêts relatifs à la libre circulation des travailleurs en fournissent des exemples célèbres (§ I). Par ailleurs, les instruments du droit dérivé, qui doivent nécessairement être rattachés à la base juridique pertinente du traité, fournissent des renseignements sur le domaine d'application spatiale du droit primaire. Ici encore, la Cour apporte des indications précieuses à cet égard (§ II).

§ I : L'extension prétorienne : l'exemple de la jurisprudence relative aux travailleurs.

143. Une présentation des principaux arrêts ayant jalonné l'évolution des critères d'application spatiale du principe de libre circulation des travailleurs (A) précédera un essai de synthèse de ces critères (B).

A. Panorama de la jurisprudence.

144. Partant des indications fournies par le droit primaire, la Cour de justice a dû préciser le domaine d'application du droit communautaire primaire. Ce sont essentiellement des hypothèses où des travailleurs communautaires étaient conduits à exécuter des prestations dans des pays tiers qui ont donné à la Cour de justice l'occasion de préciser le champ

³⁹¹ C'est alors la voie conventionnelle qui permet de réaliser cette extension. Sur la politique d'association de la Communauté avec les pays tiers et la variété des droits pouvant être octroyés aux ressortissants de pays tiers *via* les accords d'association, V. not. M. FALLON, *Droit matériel général*, spéc. p. 843 et s. Notons que depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil dispose de larges compétences en matière de politique migratoire, lui permettant d'envisager des règles communes sur l'accès au territoire d'un Etat membre et le droit au séjour sur ce territoire de ressortissants d'Etats tiers. V. l'art. 63, alinéa 1^{er}, 3) TCE.

d'application spatiale du traité à l'égard des pays tiers³⁹². Ainsi, elle a étendu, dans l'arrêt *Rush Portuguesa*³⁹³, le bénéfice du régime de libre circulation des travailleurs à des ressortissants d'Etats tiers. Il ne s'agit pas vraiment d'une exception à l'exigence d'avoir la nationalité d'un Etat membre. En fait, il résulte de cette affaire que le ressortissant d'un Etat tiers peut invoquer le traité CE pour séjourner dans un Etat membre aux fins d'y occuper un emploi, lorsqu'il peut établir que ce droit est un corollaire de la liberté de prestation de services de son employeur, lequel est le ressortissant d'un Etat membre.³⁹⁴

145. Surtout, dans une série d'arrêts, la Cour a étendu les termes du traité de façon à y englober les situations de nature à affecter le marché intérieur sous un angle économique, quand bien même les actes et faits pertinents étaient situés à l'étranger³⁹⁵.

Dans l'affaire *Walrave*³⁹⁶ se posait la question de la compatibilité, au regard du traité, d'une disposition du règlement de l'Union cycliste internationale exigeant que l'entraîneur ait la même nationalité que le coureur. Deux Néerlandais participant en qualité d'entraîneurs à des compétitions sportives se déroulant notamment aux Pays-Bas et en Espagne (ce dernier pays étant alors pays tiers à la Communauté), estimaient que cette disposition était contraire notamment au principe de non discrimination ainsi qu'aux articles 48 (art. 39 actuel) et 59, al. 1 (49, al. 1 actuel) du traité. La Cour dit pour droit que le principe de non discrimination figurant dans le traité est impératif et que, pour cette raison, il « *s'impose pour l'appréciation de tous rapports juridiques, dans toute la mesure où ces rapports, en raison soit du lieu où ils sont établis, soit du lieu où ils produisent leurs effets, peuvent être localisés sur le territoire de la Communauté* »³⁹⁷. Elle précise par ailleurs qu'il revient au juge national « *d'apprécier cette localisation en considération des circonstances de chaque cas particulier.* »³⁹⁸ Les critères alternatifs ainsi présentés ne nous semblent pas témoigner d'une conception

³⁹² Cependant, la jurisprudence offre des exemples d'une certaine extension du domaine spatial du droit communautaire, notamment en matière de liberté d'établissement. Ainsi, il ressort de l'arrêt *Accords de ciel ouvert* (CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-471/98, *Rec.*, p. I-9681) que la localisation de l'établissement de l'opérateur dans un Etat membre suffit à assurer l'application des règles du traité « *même si l'objet de [l'] activité [de cette entreprise] dans cet Etat consiste en des services vers des pays tiers* ».

³⁹³ CJCE, 27 mars 1990, aff. C-113/89, *Rec.*, p. 1417.

³⁹⁴ Par ailleurs, certains ressortissants d'Etats tiers jouissent indirectement des droits dérivant du traité. Tel est le cas des membres de la famille (en provenance d'un Etat tiers) d'un ressortissant communautaire usant de sa liberté de circulation. Sur ce droit au regroupement familial, V. not. CJCE, 23 septembre 2003, *Akrich*, aff. C-109/01, *Rec.*, p. I-9607.

³⁹⁵ V. M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. FUCHS, É. PATAUT et H. MUIR WATT, Dalloz, Actes, 2004, p. 31, spéc. p. 52 et s., n° 22.

³⁹⁶ CJCE, 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Rec.*, p. 1405, *Dr. soc.* 1975, p. 346, note G. LYON-CAEN ; *RTDE* 1976, p. 719 et V. p. 635, UBERTAZZI, « Le domaine matériel du droit communautaire » ; *adde* TOUFFAIT, *D.* 1976, *chron.*, p. 165.

³⁹⁷ Point 28.

³⁹⁸ Point 29.

particulièrement extensive du domaine d'application spatial du droit communautaire. Cependant, la position de la Cour a évolué par la suite.

Dans l'affaire *Prodest*³⁹⁹, le litige opposait une société française de travail temporaire à la caisse primaire d'assurance maladie de Paris. La société employait un ressortissant belge qui était allé accomplir une mission au Nigéria. Se posait la question du maintien (ou non) de l'affiliation au régime général de sécurité sociale français du travailleur. Après avoir repris le principe par elle établi dans l'arrêt *Walrave*, la Cour précise que l'exercice temporaire des activités en dehors du territoire de la Communauté ne suffit pas à l'écarter « *dès lors que le rapport de travail garde néanmoins un rattachement suffisamment étroit avec ce territoire.* »⁴⁰⁰ Elle estime que tel est le cas en l'espèce, en se fondant sur « *la circonstance que le travailleur communautaire a été engagé par une entreprise d'un autre Etat membre et, de ce fait, a été affilié au régime de sécurité sociale de cet Etat* »⁴⁰¹. Elle relève également « *qu'il exerce toujours ses activités pour le compte de l'entreprise communautaire même pendant son détachement dans le pays tiers.* »⁴⁰² Le critère du « rattachement suffisamment étroit » fait son apparition dans cet arrêt et est adjoint à ceux énoncés dans l'arrêt *Walrave*. La solution est reprise ultérieurement.

Ainsi, dans l'arrêt *Lopes da Veiga*⁴⁰³, la Cour se réfère notamment au critère du « rattachement suffisamment étroit »⁴⁰⁴ avec le territoire communautaire pour se prononcer sur l'application du droit communautaire à l'hypothèse d'activités professionnelles exercées partiellement en dehors du territoire de la Communauté et estime que les critères dégagés dans les arrêts *Walrave* et *Prodest* doivent « *s'appliquer également dans l'hypothèse d'un travailleur ressortissant d'un État membre exerçant, à titre permanent, une activité salariée sur un bateau battant pavillon d'un autre État membre.* »⁴⁰⁵ Pour apprécier si la relation de travail liant un marin portugais à un navire battant pavillon néerlandais présentait un lien de rattachement suffisamment étroit avec le territoire communautaire, la Cour invite le juge national à prendre en compte les éléments de l'espèce. Ainsi, elle relève notamment que le salarié travaillait sur un navire enregistré aux Pays-Bas, au service d'une société d'armement de droit néerlandais établie aux Pays-Bas; par ailleurs, il a été engagé aux Pays-Bas et la relation de travail qui le lie à son employeur est soumise à la loi néerlandaise ; elle relève

³⁹⁹ CJCE, 12 juillet 1984, aff. 237/83, *Rec.*, p. 3153.

⁴⁰⁰ Point 6. V. aussi, dans le même sens, CJCE, 29 juin 1994, *Aldewereld*, aff. C-60/93, *Rec.*, p. I-2991, point 14.

⁴⁰¹ Point 7.

⁴⁰² Point 7.

⁴⁰³ CJCE, 27 septembre 1989, aff. 9/88, *Rec.*, p. 2989.

⁴⁰⁴ Point 17.

⁴⁰⁵ Point 16.

aussi que l'employé est assuré au titre du régime de la sécurité sociale aux Pays-Bas et y est soumis à l'impôt sur le revenu.

146. Dans un dernier arrêt, la Cour semble avoir davantage étendu le champ d'application spatiale du droit communautaire au bénéfice de travailleurs. L'arrêt *Boukhalfa*⁴⁰⁶ concernait une ressortissante belge, employée par l'ambassade d'Allemagne et travaillant à Alger. En l'espèce, il s'agissait de savoir si une règle de conflit allemande pouvait valablement, au regard de ce principe, désigner le droit algérien comme étant applicable à la relation de travail, alors que cette règle soumettait les ressortissants allemands à la loi allemande, plus favorable aux salariés que le droit algérien.

La Cour était donc conduite à préciser le domaine d'application spatiale de ce principe. A cette fin, elle se réfère au critère établi précédemment tiré de l'existence d'un rattachement suffisamment étroit avec le territoire de la Communauté. Elle précise que le droit communautaire peut s'appliquer à des activités professionnelles exercées en dehors du territoire communautaire, lorsque « *la relation de travail est rattachée de façon suffisante au droit d'un État membre et, par conséquent, aux règles pertinentes du droit communautaire.* »⁴⁰⁷ La Cour cherche donc les éléments, en l'espèce, qui permettent de considérer que la situation en cause est rattachée au droit allemand. Le raisonnement pourrait sembler curieux aux internationalistes. En effet, on sait par hypothèse que dans cette affaire, la loi applicable au contrat était la loi algérienne. Pourtant, la Cour s'intéresse aux « *aspects de la situation [qui] sont soumis à la réglementation allemande* ». Ainsi, pour elle, la loi désignée en vertu des règles du droit international privé ne se confond pas avec le « rattachement au droit allemand ».

En vue d'apprécier ce rattachement avec le droit allemand, la Cour relève que le contrat de travail avait été conclu conformément au droit allemand (elle note bien que c'est ce droit qui renvoie au droit algérien) ; qu'il contient une clause d'élection de for désignant les juridictions allemandes ; enfin, que l'intéressée est affiliée au régime de sécurité sociale de l'État allemand et qu'elle est assujettie, bien que de façon limitée, à l'impôt sur le revenu dans ce pays. Elle estime qu'eu égard à ces circonstances, le principe d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité est « *applicable à tous les aspects de la relation de travail qui sont régis par le droit d'un État membre.* »⁴⁰⁸ Par conséquent, la salariée doit en bénéficier. Ici aussi, le raisonnement est pour le moins curieux. La terminologie employée par

⁴⁰⁶ CJCE, 30 avril 1996, *Boukhalfa c/Allemagne*, aff. C-214/94, *Rec.* 1996, p. I-2253.

⁴⁰⁷ Point 15.

⁴⁰⁸ Point 17.

la Cour prête à confusions. En effet, son raisonnement laisserait croire que la soumission d'un rapport juridique au droit d'un Etat membre est érigée en critère permettant de rattacher celle-ci au territoire communautaire. Pourtant, précisément, le contrat de travail en cause n'était pas soumis au droit allemand. Or le principe de non discrimination est considéré comme devant s'appliquer à la situation en cause.

Quoi qu'il en soit, il est certain que dans cet arrêt, la Cour étend considérablement le domaine d'application spatiale du droit communautaire. En effet, à la différence des décisions précédentes, le travail n'était à aucun moment accompli sur le territoire d'un Etat membre, même de façon partielle, sauf à recourir à la fiction d'extraterritorialité de l'ambassade en tant que territoire allemand ; mais la Cour de justice ne s'y réfère à aucun moment pour apprécier l'existence d'un « lien suffisamment étroit » entre la situation juridique et le territoire communautaire. Le gouvernement allemand faisait par ailleurs valoir que le contrat avait été conclu en Algérie, que l'employée avait son domicile en Algérie même avant la conclusion du contrat et qu'il était exécuté de manière permanente dans ce pays. Ces circonstances ne permettent cependant pas, pour la Cour, de faire échapper la situation au droit communautaire.

B. Essai de synthèse sur les critères spatiaux du droit communautaire.

147. Il est difficile de dégager, de la lecture des décisions qui précèdent, des critères généraux permettant d'éclairer le domaine d'application spatiale du droit communautaire. Tout au plus peut-on en dégager quelques observations. Dans tous les cas, le requérant qui revendiquait l'application du droit communautaire était le ressortissant d'un Etat membre de l'Union. Mais ce critère ne semble pas suffire pour bénéficier des dispositions du traité puisque la Cour relève dans chaque espèce d'autres critères qu'elle y adjoint en vue de caractériser un lien suffisamment étroit permettant au requérant de se prévaloir du Traité. Ceux-ci varient selon les espèces. Le système est souple, il permet une adaptation aux circonstances de la cause.

De la lecture chronologique de ces arrêts semble en tout cas incontestablement se dégager une tendance à l'extension dans l'espace du principe de non discrimination, la Cour se satisfaisant finalement d'un rattachement suffisant avec le droit d'un Etat membre ou d'un lien suffisamment étroit avec le territoire communautaire. Ces critères sont peu explicites et paraissent devoir relever de la casuistique, approche dont la Cour est au demeurant coutumière ; ce qui n'empêche pas de rechercher s'il existe un critère décisif permettant de concrétiser la proximité requise.

M. RODIÈRE émet à ce sujet plusieurs hypothèses. Il se demande si celui-ci ne devrait pas être recherché du côté de la compétence de la loi d'un Etat membre pour régir le contrat de travail en cause⁴⁰⁹. L'auteur évoque également une analyse économique⁴¹⁰ à partir de l'égalité de traitement entre ressortissants communautaires devant être respectée sur le marché communautaire de l'emploi. Toute différence de traitement pouvant avoir une répercussion sur le fonctionnement de ce marché doit être écartée, que la discrimination favorise une main d'œuvre nationale par rapport aux ressortissants des autres Etats membres ou, au contraire, la défavorise. En effet, la non application du principe de non discrimination aurait pour effet de faciliter l'embauche, à des conditions inférieures, de ressortissants étrangers au détriment des nationaux. Il en résulterait des conséquences néfastes sur l'accès des nationaux à l'emploi, ceux-ci étant mieux protégés que les ressortissants étrangers. Cette dernière analyse n'est toutefois pas celle suivie par la Cour. C'est du moins ce qui ressort nettement de l'arrêt *Boukhalfa* puisqu'en l'espèce, le marché communautaire de l'emploi n'était pas concerné, la salariée en cause exécutant son travail à Alger. Pourtant, la Cour va admettre que l'intéressée se prévale du principe de non discrimination en raison de la nationalité. Aussi, postérieurement à cette décision, M. RODIERE fait remarquer que la Cour de justice, « après avoir mis en avant des indices de type territorial se réfère aujourd'hui plus volontiers à des indices de type « juridique » »⁴¹¹.

De son côté, M. FALLON, met davantage en avant le recours à des critères de nature territoriale. Plus précisément, pour lui, c'est selon une prise en compte du principe neutre, objectif, de proximité que le droit communautaire semble déterminer sa sphère d'application spatiale. Ce principe repose alors sur l'objectif de la règle. La démarche consiste à « identifier le but poursuivi par le législateur lorsqu'il édicte une règle de droit international privé »⁴¹².

Il est vrai que l'étude de la jurisprudence montre que ce principe a guidé sa tâche d'interprétation dans la mise en œuvre du droit primaire et ce, de deux manières. Le concept de proximité en tant que fondement d'une règle, en droit communautaire, assure notamment une fonction de correction à l'égard d'une règle d'applicabilité du droit primaire dont la rigidité est apparue excessive⁴¹³. Dans le cadre de cette fonction, « la règle légale

⁴⁰⁹ « Domaine spatial du droit social européen », *TCFDIP* 1990/1991, éd. A. Pédone 1992, p. 45-63, spéc. p. 51, n° 14.

⁴¹⁰ *Op. cit.*, p. 51/52, n° 14.

⁴¹¹ *Droit social de l'Union européenne* préc., spéc. p. 556, n° 564.

⁴¹² « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 241, spéc. p. 242.

⁴¹³ *Op. cit.*, spéc. p. 247. On a vu également comment il avait pu servir, en particulier en droit de la concurrence, à préciser des critères d'applicabilité relativement flous. V. *supra*, n° 134. Cette fonction du principe de

d'applicabilité même a pour fondement l'existence d'un lien étroit entre la règle produite par le système juridique et la situation de fait, lien déterminé principalement au moyen d'indices de nature géographique »⁴¹⁴.

Pour notre part, nous estimons qu'il est probable que les critères de type « juridique » et les indices de nature « territoriale » soient alternatifs. En effet, finalement, l'arrêt *Boukhalfa* est le seul dans lequel la Cour a eu davantage recours à des critères de type juridique, précisément sans doute en raison de l'absence de liens d'ordre territorial entre la situation et la Communauté. En somme, ces deux types de critères sont mis à contribution en vue de préciser le domaine d'application spatiale du droit communautaire : à défaut de rattachement territorial de la situation avec la Communauté, le juge a recours à d'autres critères, en particulier d'ordre juridique.

148. Quoi qu'il en soit, pour comprendre l'approche de la Cour dans le cadre de la délimitation du domaine spatial du droit communautaire, il faut mesurer tout ce qui sépare l'ordre juridique communautaire des ordres juridiques nationaux. La structure communautaire est plus dynamique, plus évolutive, notamment en raison de la place importante qu'occupe la Cour de justice au sein des sources du droit communautaire. Si les objectifs de la structure ont été initialement clairement définis, tel n'est pas vraiment le cas des moyens pour y parvenir. Ceux-ci se découvrent notamment au fur et à mesure des questions dont la Cour est saisie.⁴¹⁵ Dans ce contexte, cette dernière est amenée, *via* son interprétation téléologique et l'effet utile qui en découle, à préciser, lorsque l'occasion lui en est présentée, le domaine du droit communautaire, et notamment sa sphère d'application spatiale.

Par ailleurs, le recours à la méthode unilatérale⁴¹⁶ doit être mis en rapport avec le contexte de saisine de la Cour de Luxembourg, lequel diffère profondément de celui des juridictions ordinaires des Etats membres. La question dont elle a à connaître porte directement sur le domaine d'application spatiale du droit communautaire. Sa fonction ne consiste pas à répartir

proximité s'éloigne de celle par laquelle il est mis au service d'une politique matérielle déterminée et qui concerne essentiellement le droit dérivé : V. *infra*, n° 545.

⁴¹⁴ *Op. cit.*, spéc. p. 252.

⁴¹⁵ Comme a pu très justement l'écrire un auteur à propos des critères d'applicabilité du traité tels qu'ils ont été décrits plus haut : ceux-ci « (...) ne se laissent peut-être pas enfermer dans (d)es critères explicites (...) Il est possible que les nécessités du marché intérieur se révèlent au fur et à mesure de l'intégration, au gré des évolutions techniques et scientifiques, des modifications économiques et d'autres facteurs qui déterminent généralement les interventions d'un législateur ». V. S. FRANCO, thèse préc. note 342, spéc. p. 526. L'auteur cite not. en ce sens (*op. cit.*, note 1509) A. TIZZANO, « Quelques remarques générales sur l'élargissement des compétences communautaires » in *Structure and Dimensions of European Community Policy*, J. SCHWARZE, H. SCHERMERS (dir.), Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 37-53, spéc. p. 48.

⁴¹⁶ Pour une comparaison entre la démarche unilatérale de la Cour et le concept de loi de police, V. *infra*, n° 271 et s.

les compétences législatives entre ordres juridiques concurrents⁴¹⁷. En effet, elle ne se trouve pas dans la même position qu'un juge national qui serait conduit à trancher un conflit de lois. Sa démarche ne peut être qu'unilatérale dans la mesure où elle est saisie d'une question en interprétation portant sur le traité.

D'autres décisions rendues dans le cadre de sa fonction d'interprétation des instruments du droit dérivé renseignent également sur le domaine d'application spatiale des libertés communautaires.

§ II : L'enseignement du droit dérivé.

149. Les instruments fondés sur les bases juridiques du traité visant à instaurer un marché intérieur entretiennent par là même des liens très forts avec les objectifs essentiels du droit communautaire. Ils fournissent donc d'utiles indications sur le domaine d'application du droit primaire (A). De même, lorsque la Cour est amenée à interpréter ces actes, elle fournit des renseignements importants à ce sujet (B).

A. Les textes.

150. Le droit dérivé offre des exemples de dépassement des critères spatiaux du droit primaire. C'est ainsi que la directive sur le détachement des travailleurs⁴¹⁸ dispose qu'il ne peut être accordé un traitement plus favorable aux entreprises établies dans un Etat non membre. Le procédé ainsi utilisé permet d'une certaine manière d'étendre le champ d'application de la directive au-delà de ce que lui permettrait sa base légale. En effet, elle a été adoptée dans le cadre de la libre prestation de services. Elle ne pourrait donc formellement pas s'appliquer notamment aux travailleurs détachés par une société établie dans un Etat tiers à destination d'une société établie dans la Communauté. Dans la mesure où la directive trouve sa base légale dans le traité, il faut y voir une extension du domaine spatial du droit communautaire primaire. De même, la directive relative à la protection des travailleurs en cas de transfert d'entreprises⁴¹⁹, adoptée sur le fondement de l'article 94 TCE, s'applique

⁴¹⁷ Comme le souligne M. FALLON, à travers ces arrêts, « *il n'y a nulle intention d'une répartition des compétences législatives, mais souci d'étendre les règles matérielles de (...) l'ordre juridique communautaire au-delà des prévisions initiales du législateur.* » V. « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne » préc. note 412, spéc. p. 250.

⁴¹⁸ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (*JOCE* n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1, *RCDIP* 1997, p. 129) sur laquelle V. *infra*, n° 428 et s.

⁴¹⁹ Directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de partie d'établissements (*JOCE* n° L 61, 1977, p. 26) devenue directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises,

certainement aux travailleurs d'Etats tiers occupés dans des entreprises établies dans la Communauté. Pourtant, l'article 39 TCE dont l'article 94 permet la mise en œuvre ne les concerne pas.

A l'inverse, cependant, le droit dérivé offre des exemples de restriction relative du domaine du droit communautaire notamment en droit des transports⁴²⁰ ou en matière de liberté d'établissement. C'est ainsi que dans un programme d'action défini en 1961⁴²¹, le Conseil a ajouté une condition à celles figurant à l'article 48 TCE en vue de considérer une société comme « ressortissante » d'un Etat membre et partant, de la faire bénéficier des libertés communautaires. Ainsi, selon le Conseil, les sociétés qui n'ont que leur siège statutaire dans la Communauté doivent présenter un « *lien effectif et continu avec l'économie d'un Etat membre* ». La Cour de justice reprend cette exigence⁴²². Elle a par ailleurs eu l'occasion de préciser le domaine d'application des bases juridiques du traité fondant des mesures visant à assurer le fonctionnement et/ou l'établissement du marché intérieur.

B. L'éclairage de la Cour de justice.

151. La jurisprudence concernant les mesures adoptées sur le fondement de l'article 95 TCE⁴²³ renseigne utilement sur le domaine d'application spatiale de la libre circulation des marchandises ainsi que sur les circonstances entourant son extension. En effet, ce texte est le fondement privilégié des mesures concernant la libre circulation des biens⁴²⁴. Ainsi, dans son important arrêt *Tabac II*⁴²⁵, le juge communautaire a précisé l'étendue spatiale de cette liberté. Il a dépassé l'exigence du traité tenant à la circulation des marchandises entre Etats membres.

d'établissements ou de partie d'établissements (*JOCE* n° L 82, 2001, p. 16.) Sur le champ d'application spatial de cette directive, V. *infra*, n° 350.

⁴²⁰ V. par ex. l'ancien règlement 295/91/CEE du Conseil du 4 février 1991 établissant des règles communes relatives à un système de compensation pour refus d'embarquement dans les transports aériens réguliers, *JOCE* n° L 36 du 8 février 1991, p. 5-7. Ainsi, l'indemnisation prévue par celui-ci concerne les transporteurs aériens communautaires et les transporteurs d'Etats tiers, mais uniquement pour les vols au départ d'un aéroport situé sur le territoire de la Communauté, alors que le traité aurait permis d'étendre l'obligation de dédommagement aux transporteurs communautaires lors de vols en destination de la Communauté. Le règlement 295/91 a d'ailleurs été modifié en ce sens par le règlement 261/2004 du 11 février 2004.

⁴²¹ Programme général sur la libre prestation de services, *JOCE* du 15 janvier 1962, n° 2.

⁴²² CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.*, p. I-9919. Il faut cependant préciser qu'une société peut se constituer conformément à la législation d'un Etat membre où elle n'a que son siège statutaire et exercer l'ensemble de ses activités dans un autre Etat membre en exerçant sa liberté d'établissement. V. dernièrement l'arrêt CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec.*, p. I-10155.

⁴²³ Rappelons que ce texte prévoit que le « Conseil (...) arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. »

⁴²⁴ L'article 95, paragraphe 2 TCE ne peut servir de fondement à l'adoption de mesures visant à harmoniser les règles concernant la libre circulation des personnes ou les droits et intérêts des travailleurs salariés.

⁴²⁵ CJCE, 10 décembre 2002, *Tabac II (British American Tobacco)*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453, *RCDIP* 2003, p. 536, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et J.-S. BERGÉ. Sur cet arrêt, V. également *infra*, n° 407.

Dans cette affaire, la Cour de justice devait statuer sur une requête en interprétation et en annulation de la directive 2001/37 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac⁴²⁶ adoptée sur le fondement de l'article 95 TCE. Cette directive, élaborée dans le cadre de la libre circulation des marchandises, établit la teneur maximale de certaines substances que peuvent contenir les cigarettes mises en libre circulation, commercialisées ou fabriquées dans les Etats membres (article 3). Cette disposition vise expressément les cigarettes fabriquées dans la Communauté et destinées à l'exportation vers des pays tiers. Par ailleurs, la directive contient des dispositions concernant l'étiquetage des produits du tabac dans une optique de protection de la santé publique (articles 5 et 7). Les requérants contestaient la validité d'une disposition liée au marché intérieur qui entendrait imposer une interdiction d'exportation vers des pays tiers. Et dans l'hypothèse où la Cour rejetterait cette demande en annulation, les requérants proposaient de limiter la portée de l'article 7 de cette directive, interdisant l'usage de mentions relatives à la nocivité du tabac, aux cigarettes commercialisées dans la Communauté.

La Cour devait donc préciser le domaine d'application spatiale d'une directive adoptée sur le fondement d'une disposition du traité visant notamment à améliorer le fonctionnement du marché intérieur. Pour répondre à cette question, elle procède à une interprétation téléologique de la directive en cause. En effet, le raisonnement de la Cour met pleinement en lumière le phénomène de délimitation du domaine d'application spatiale de la directive en fonction de ses objectifs. Ainsi elle se penche sur ses objectifs dont le principal est « *d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine des produits du tabac en garantissant un niveau élevé de protection de la santé.* »⁴²⁷ Elle en déduit que « *les dispositions de la directive concernent en principe uniquement les produits du tabac destinés à être commercialisés dans le marché intérieur* »⁴²⁸. Cependant, la Cour estime que le risque d'affectation du marché intérieur peut justifier l'adoption de mesures sur le fondement de l'article 95 TCE visant des produits destinés à l'exportation vers des pays tiers à la Communauté, en vue d'éviter le contournement des dispositions édictées pour le marché intérieur⁴²⁹. En l'espèce, ce risque d'affectation du marché intérieur est caractérisé puisque l'on pouvait redouter une réimportation de marchandises non conformes à la directive. Par conséquent, les dispositions de cette directive limitant les teneurs en goudron, nicotine et

⁴²⁶ JOCE 2001, n° L 194, p. 26.

⁴²⁷ Point 211.

⁴²⁸ Point 212.

⁴²⁹ V. not. point 213.

monoxyde de carbone doivent, selon la Cour, s'appliquer à des cigarettes destinées à l'exportation. En revanche, la solution de la Cour n'est pas la même en ce qui concerne l'article 7, dont la directive ne prévoyait pas expressément l'application aux produits destinés à l'exportation vers les pays tiers. Le sort différencié réservé à ces différentes dispositions de la directive témoigne d'un souci d'ajuster précisément le domaine spatial de la directive en fonction de ses objectifs.

En résumé, il ressort de cet arrêt que l'article 95 TCE concerne avant tout les produits commercialisés dans la Communauté. Seule la nécessité de protéger le marché intérieur pourrait justifier l'adoption de mesures sur le fondement de ce texte visant à régir des produits à destination de pays tiers. La Cour se prévaut en l'espèce de l'effet utile du droit communautaire⁴³⁰ pour en étendre le domaine d'application spatiale.

De même, elle procède à une extension du domaine spatial de la liberté d'établissement dans le célèbre arrêt *Ingmar*⁴³¹. En l'espèce, un agent commercial exerçait son activité sur le territoire communautaire, son commettant étant établi dans un Etat tiers. La Cour de justice fonde sa décision d'appliquer le droit communautaire à la relation contractuelle entre l'agent et son commettant sur une directive adoptée sur la base de l'article 43 TCE qui concerne la liberté d'établissement. Pourtant, contrairement à ce qu'exige ce texte, la situation en cause n'impliquait pas un déplacement vers un autre Etat membre.

Dans toutes les hypothèses qui précèdent, l'extension du domaine spatial du droit communautaire à des situations débordant le strict cadre communautaire se justifie plus ou moins directement – et de façon plus ou moins discutable⁴³² – par des considérations liées au marché intérieur. C'est pourquoi la motivation retenue par la Cour de justice dans l'arrêt *Rechnungshof*⁴³³ invite à s'interroger sur les limites du domaine d'application spatiale du droit communautaire.

152. Le *Rechnungshof* est un organe chargé de surveiller les comptes d'institutions publiques autrichiennes. Lui avaient été transférées des données personnelles concernant certains employés de ces institutions à partir desquelles il avait rédigé un rapport mentionnant les noms et le montant de pension ou de traitement de certains de ces employés. Le rapport est communiqué au Parlement autrichien et rendu public. Les employés en cause estimèrent que le transfert de données dont ils étaient l'objet n'était pas conforme à la directive 95/46/CE du

⁴³⁰ Point 82.

⁴³¹ CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-381/98, *Rec.*, p. I-9305. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 397 et s.

⁴³² En particulier en ce qui concerne l'arrêt *Ingmar*. Pour une critique concernant le champ d'application spatial conféré à la directive en cause dans cet arrêt, V. *infra*, n° 401 et s.

⁴³³ CJCE, 20 mai 2003, *Rechnungshof*, aff. jointes C-465/00, C-138/01, C-139/01, *Rec.*, I-4989.

Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁴³⁴ adoptée sur le fondement de l'article 100 A. Au cours de la procédure, la Cour de justice fut saisie d'une question préjudicielle en interprétation de cette directive. Cette dernière précise qu'elle s'applique à tout traitement de données à caractère personnel, à l'exception de traitements « *mis en œuvre à l'occasion d'activités qui ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, telles que celles prévues aux titres V et VI du traité sur l'Union européenne et, en tout état de cause, aux traitements ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'Etat (...)* »⁴³⁵

En résumé de l'argumentation invoquée par les requérants, ces derniers faisaient valoir que l'activité de contrôle comptable des entités publiques échappait au domaine du traité, et donc à celui de la directive et qu'elle n'était pas de nature à entraver la circulation des travailleurs. L'avocat général écarta, en l'espèce, l'application de la directive, notamment parce que la situation ne comportait pas de liens suffisants avec l'exercice des libertés communautaires. En effet, pour constituer une entrave à la libre circulation des travailleurs, une mesure indistinctement applicable doit conditionner l'accès des travailleurs au marché du travail d'un Etat membre, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁴³⁶.

La Cour ne suit pas du tout ce raisonnement. Elle estime en effet que « *le recours à la base juridique de l'article 100 A du traité ne présuppose pas l'existence d'un lien effectif avec la libre circulation entre États membres dans chacune des situations visées par l'acte fondé sur une telle base* »⁴³⁷. Elle ajoute que l'applicabilité de la directive soumise à son examen « *ne saurait dépendre de la question de savoir si les situations concrètes en cause dans les affaires au principal comportent un lien suffisant avec l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité* »⁴³⁸ (en l'occurrence, était en cause la libre circulation des travailleurs).

L'affirmation est étonnante⁴³⁹ et si un tel raisonnement devait être transposé ailleurs, il faudrait revoir notamment les critères permettant de déterminer le champ d'application spatial du droit communautaire. Ses contours n'en apparaissent que plus difficilement saisissables à la lecture de l'arrêt *Rechnungshof*.

⁴³⁴ JOCE n° L 281, p. 31.

⁴³⁵ Art. 3, par. 2 de la directive 95/46.

⁴³⁶ Point 47.

⁴³⁷ Point 41.

⁴³⁸ Point 42.

⁴³⁹ V. not. l'analyse de cette décision menée par S. FRANCO dans sa thèse : *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, éd. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, spéc. p. 515 et s.

153. Conclusion du chapitre III - Parmi les deux critères utilisés en vue de déterminer le domaine d'application spatial du droit communautaire (*i. e.* la nationalité et le rattachement de la situation en cause au territoire communautaire), le second semble jouer un rôle prépondérant. En matière de libre circulation des biens et des services, ce critère se concrétise par la localisation de l'offre ; dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, il se concrétise par l'exigence d'un rattachement de nature territoriale (étant précisé qu'il ressort de la jurisprudence que ce rattachement concerne le rapport juridique existant entre l'employeur et le salarié et non la localisation géographique de l'activité du travailleur). En revanche, le critère de la nationalité, s'il est incontestablement présent, semble jouer un rôle moindre dans la détermination du domaine spatial du droit communautaire⁴⁴⁰.

L'étude de la jurisprudence sur le thème du champ d'application spatial du droit communautaire révèle par ailleurs l'unité du paramètre utilisé par le droit communautaire en vue de définir son domaine d'application spatiale. Elle témoigne aussi de l'imbrication des critères matériels et spatiaux dans la définition du champ d'application du droit communautaire. En effet, c'est l'existence d'une gêne (qui peut être potentielle) au commerce intracommunautaire qui justifiera, le cas échéant, l'application du droit communautaire à une situation purement interne. En cela, l'appréhension de l'internationalité par le droit communautaire se distingue de l'approche traditionnelle.

Si les critères employés par le droit communautaire pour déterminer sa sphère d'application spatiale ne permettent pas d'en dessiner précisément les contours, une certitude s'en dégage néanmoins : ils permettent largement de déborder les situations « purement communautaires ». De son côté, le droit international privé conserve sa vocation à intervenir même dans les relations intracommunautaires puisque celles-ci appellent toujours l'identification précise de la loi applicable au rapport juridique en cause. Ces simples constats laissent présager des chevauchements entre droit communautaire et droit international privé.

154. Conclusion du titre I - De la présentation des contours du domaine d'application du droit communautaire ne se dégagent que quelques certitudes qui contribueront néanmoins à préciser l'impact du droit communautaire sur le droit international privé. D'abord, l'approche casuistique et concrète du droit communautaire permet d'écarter d'emblée l'idée d'une emprise inconditionnelle du droit communautaire sur une discipline juridique et notamment sur le droit international privé, même si - et c'est la seconde certitude - l'évolution du droit

⁴⁴⁰ V. en ce sens M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » préc. note 395, spéc. p. 54, n° 23. Ainsi, le critère de la nationalité « jouerait plutôt le rôle d'un élément permettant de déterminer les titulaires de droits subjectifs ».

communautaire met incontestablement en évidence une extension de son champ d'application spatial et matériel.

Mais la présentation du domaine d'application du droit communautaire a surtout mis en évidence la difficulté de déterminer l'emprise exacte du droit communautaire sur le droit international privé. En effet, sous l'angle matériel, s'il est évident que le droit communautaire concerne le droit privé, la mesure de cette emprise n'est pas à ce jour clairement déterminée notamment en raison des incertitudes entourant la transposition de la jurisprudence *Keck* en matière de services. Sous l'angle spatial, on observe également une tendance à l'extension du droit communautaire. Mais dans ce domaine aussi planent des incertitudes.

La détermination du champ d'application du droit communautaire n'intéresse pas le droit international privé de la même manière selon que l'on s'intéresse à son domaine spatial ou à son domaine matériel. Le premier pourrait davantage intéresser la détermination du domaine d'application spatial des dispositions internationalement impératives du droit communautaire, tandis que le second serait susceptible d'avoir une influence sur les solutions du droit international privé des Etats membres. Reste alors à mesurer celle-ci.

Titre II : Recherches sur les spécificités du contenu du droit international privé communautaire.

155. Le « contenu » du droit international privé qui fera l'objet d'investigations désigne globalement l'ensemble des principes de solution gouvernant les conflits de lois en matière contractuelle et pas uniquement la teneur même des règles de conflit. Il s'agit de s'interroger sur l'empreinte susceptible d'être laissée par le droit communautaire sur la physionomie générale du règlement des conflits de lois.

Après avoir présenté une prospective sur l'évolution générale du droit international privé au contact du droit communautaire (chapitre I), il faudra s'intéresser plus particulièrement à l'impact du principe de reconnaissance mutuelle sur le droit international privé des contrats (chapitre II) car il est actuellement au cœur du débat dans le cadre de l'expérimentation de méthodes visant à gérer la diversité législative au sein du marché intérieur. En particulier se pose la question de savoir si cet outil est adapté au droit privé.

Chapitre I : Prospective sur l'évolution générale du droit international privé au contact du droit communautaire.

156. Une fois acquis le principe de la possibilité, pour le droit communautaire, d'influer sur les droits internationaux privés nationaux, surgit la délicate question de la détermination exacte de la mesure de cet infléchissement. Quelques précisions concernant l'évolution des rapports entre les deux matières fourniront d'utiles indications à cet égard.

157. Curieusement, bien que par définition, les deux matières aient vocation à intervenir à l'occasion d'une situation comportant un élément d'extranéité⁴⁴¹, donc à coexister, et cela depuis le début de la construction communautaire, ce n'est que relativement récemment que le droit communautaire semble commencer à intégrer dans son raisonnement les questions de droit international privé. Ce constat s'explique en raison de l'approche du droit communautaire, ce dernier raisonnant exclusivement en fonction de ses objectifs propres. Ainsi, lorsque la Cour de justice évalue les effets restrictifs découlant de l'application d'une

⁴⁴¹ Etant précisé toutefois que le droit communautaire n'intervient en principe que lorsque la situation en cause concerne au moins deux Etats membres de l'Union (sous réserve de l'extension constatée à propos de la problématique des situations purement internes, sur laquelle V. *supra*, n° 135 et s.) D'où le point commun entre les deux matières qui est de gérer la disparité. Cependant, le droit international privé, à la différence (notable) du droit communautaire, n'y procède pas, du moins en principe, en fonction d'un objectif substantiel déterminé.

loi donnée, elle s'abstient systématiquement d'examiner les considérations de conflits de lois ayant mené à l'application des règles substantielles et celle-ci est apparemment acceptée comme un fait.⁴⁴² Et ce n'est que depuis l'arrêt *Arblade*⁴⁴³ qu'un lien a pu être nettement établi par le juge communautaire entre les mécanismes du droit international privé et le concept d'entrave, parce que les termes de la question soulevée par la juridiction belge l'y invitaient.

158. Cependant, le droit communautaire a vite perçu l'intérêt d'élaborer un corps de règles de conflit de lois uniformes sur tout le territoire communautaire. C'est ainsi que la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles a vu le jour en 1980. Le cadre institutionnel dans lequel elle a été élaborée fournit des indications sur la nature des liens qu'elle entretient avec le droit communautaire et donc permet de comprendre dans quelle mesure ce dernier a éventuellement pu influencer le contenu des règles qu'elle pose.

C'est dans le cadre de la coopération intergouvernementale que la convention a été adoptée⁴⁴⁴. Pourtant, théoriquement, dès les débuts de la construction communautaire, on aurait pu soutenir que l'élaboration de règles de conflit uniformes ou harmonisées sur la base de textes du traité visant exclusivement à servir l'objectif de réalisation du marché intérieur était envisageable. De fait, des auteurs ont très tôt souligné la large portée de l'article 100. Ainsi, M. VIGNES écrit, en 1973, que « *ce ne sont pas seulement les dispositions régissant le secteur économique ou plus précisément les domaines entrant dans le champ d'application direct du traité qui sont affectées par cet article mais toutes les dispositions nationales ayant une incidence sur la réalisation du traité. Il ne peut être exclu, par exemple, que certaines normes relevant du droit civil ne puissent être rapprochées, si leur existence gêne l'établissement ou le fonctionnement du Marché commun* »⁴⁴⁵. Si l'auteur estime que l'article 100 peut fonder une mesure visant à rapprocher les droits substantiels des Etats membres en droit privé, on peut penser qu'*a fortiori*, selon lui, il peut servir de base à un acte visant à rapprocher les règles de conflit de lois.

⁴⁴² En ce sens, V. not. H. DUINTJER-TEBBENS, « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *RCDIP* 1994, p. 451, spéc. p. 476.

⁴⁴³ CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453 ; *RCDIP* 2000, p. 710, note M. FALLON. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 419 et s.

⁴⁴⁴ Plus exactement, dans le sillage de l'article 220 TCE (devenu article 293 TCE). Mais à vrai dire, les liens entre la convention de Rome et la Communauté européenne sont discutés. Cette convention n'est pas fondée formellement sur le traité CEE, ce qui n'empêche toutefois pas certains auteurs de considérer qu'elle est rattachée à l'ex-article 220. V. *supra*, introduction, note 14.

⁴⁴⁵ V. « Article 100 », *comm. Mégret*, vol. 5, Dispositions fiscales, Rapprochement des législations, 1^{ère} éd., p. 152-194, spéc. p. 155, n° 5, cité par Ph.-E. PARTSCH, *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*, thèse, Bruxelles, Larcier, 2003, spéc. p. 240, note 768.

De même, M. PARTSCH⁴⁴⁶ a soutenu que les articles 100 (94) et 100 A (95) pouvaient éventuellement fonder une initiative communautaire en droit international privé. On aurait aussi pu songer recourir à l'article 308 TCE, qui est une base juridique générale présentant l'avantage de permettre notamment de recourir à des règlements lorsqu' « *une action apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objectifs de la Communauté, sans que le Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet* ». Ce texte a donc vocation à intervenir à titre subsidiaire, à défaut d'une autre base juridique expressément prévue dans le Traité. La formule qui y est employée revêt une portée plus large que celle de l'article 94, puisqu'elle permet de dépasser la sphère économique. Et la Cour de justice l'a interprétée comme désignant n'importe quel objectif du Traité, qu'il intéresse ou non le marché commun, qu'il relève de la sphère interne ou externe de l'ordre juridique communautaire.⁴⁴⁷

Nonobstant les potentialités éventuellement offertes par les bases juridiques générales du traité en vue de l'élaboration de règles de droit international privé, aucun instrument de portée horizontale n'a vu le jour. Certes, à l'occasion de l'adoption d'instruments sectoriels visant à harmoniser les droits nationaux substantiels respectifs des Etats membres, le législateur a parfois inséré des dispositions intéressant le droit international privé⁴⁴⁸. Mais il a fallu attendre l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam pour que se développe réellement un droit international privé de source communautaire. Or les nouvelles bases juridiques utilisées en vue de l'élaboration d'instruments de droit international privé à portée horizontale ne sont pas fondées sur des préoccupations exclusivement liées à l'objectif d'instauration d'un marché intérieur. En effet, le titre IV, qui est le siège des nouvelles compétences dévolues au droit communautaire en droit international privé, est intitulé « *visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes* ». Elles s'inscrivent dans le cadre de l'objectif d'instauration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (article 61 TCE). Ce constat contribue à éclairer, en le tempérant, l'influence du droit communautaire sur le conflit de lois.

159. On comprend qu'il puisse requérir l'adoption d'un corps de règles de conflit uniformes sur le territoire communautaire en vue d'assurer la sécurité juridique. En effet, cette dernière favorise certainement l'essor des relations contractuelles transfrontières. Car à défaut de

⁴⁴⁶ V. sa thèse préc. note précédente.

⁴⁴⁷ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c/ Conseil (AETR)*, *Rec.*, p. 263, point 95.

⁴⁴⁸ Le phénomène concerne essentiellement de nombreuses directives touchant au droit de la consommation, à l'instar de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JOCE* n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34). Pour une analyse des clauses insérées dans ces actes visant à assigner à ceux-ci un domaine spatial déterminé, V. *infra*, n° 508 et s.

pouvoir déterminer avec certitude la loi applicable à leurs contrats transfrontières, les parties pourraient préférer s'en tenir à des contrats purement internes.⁴⁴⁹

Un corps de règles de conflit uniformes restreint les risques de *forum shopping*. Ainsi, si un litige survient à propos d'un contrat international, quel que soit le tribunal saisi au sein de l'Union, les parties pourront compter sur la désignation de la même loi. L'unification des règles de conflit favorise incontestablement la sécurité juridique. En revanche, cette dernière ne commande pas un contenu déterminé. C'est ainsi qu'un auteur a montré que les objectifs fondamentaux du droit communautaire exerçaient bien davantage une influence sur le principe d'une uniformisation des règles de conflit que sur leur contenu même⁴⁵⁰. C'est dire qu'il faut s'attendre à ce que le droit communautaire substantiel n'ait qu'un faible impact sur la formulation des règles de conflit.

160. Bien plus, si l'on met à part l'hypothèse particulière de la règle de conflit ouvertement discriminatoire, la confrontation entre droit communautaire et droit international privé fera ressortir qu'ils partagent des objectifs communs. Tel est le cas précisément du principe de sécurité juridique. En effet, l'une des fonctions traditionnellement dévolues au droit international privé consiste à assurer aux individus la prévisibilité des solutions. C'est dans cette optique que se sont progressivement dégagées un certain nombre de règles de conflit dont l'exemple le plus évident est sans doute fourni par la loi d'autonomie. Par ailleurs, les règles de conflit bilatérales, à certaines conditions, peuvent contribuer à assurer cet objectif.

De son côté, on l'a vu, le droit communautaire est naturellement sensible au principe de sécurité juridique puisqu'à son défaut, les individus seraient réticents à s'engager dans des relations juridiques transfrontières. Cette convergence du droit communautaire et du droit international privé vers un principe de sécurité juridique laisse présager une possible instrumentalisation des règles de conflit vers la réalisation des objectifs communautaires. Ainsi, le droit international privé pourrait bien constituer un outil précieux dans le contexte juridique communautaire composé d'une diversité de systèmes législatifs.

La convergence entre les objectifs du droit communautaire et ceux du droit international privé ainsi que les données institutionnelles qui viennent d'être rappelées laissent à penser que le droit communautaire pourrait ne pas avoir de réel impact au stade de la formulation des règles de conflit. En revanche, il pourrait en aller autrement en ce qui concerne certains mécanismes d'exception.

⁴⁴⁹ V. en ce sens P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 781 spéc. p. 794.

⁴⁵⁰ *Op. cit.*, spéc. p. 794/795.

161. En effet, la coopération renforcée qu'implique l'Union, qui trouve un fondement à l'article 10 TCE⁴⁵¹, pourrait bien avoir pour effet, à plus ou moins long terme, non pas de bouleverser le droit international privé, mais de l'orienter, d'une certaine manière, en favorisant le développement de techniques dont la mise en œuvre repose sur cette idée de coopération renforcée entre Etats et qui favorisent la sécurité juridique. Inversement, le droit communautaire pourrait inviter à une limitation du recours à des techniques qui se concilient mal avec cette idée de coopération renforcée.

Deux tendances distinctes dans les relations entre droit communautaire et conflits de lois semblent dès lors se dessiner selon que l'on s'intéresse à l'influence du droit communautaire au stade de la formulation de la règle de conflit (section I) ou à celui de la mise en œuvre de certains mécanismes d'exception (section II).

Section I : *Recherches sur l'influence de l'ordre public communautaire au stade de la formulation de la règle de conflit.*

162. Les règles nationales de droit international privé, comme toutes les autres, doivent respecter le principe de non discrimination en raison de la nationalité⁴⁵². Une distinction s'impose sans doute à cet égard entre les règles de conflit unilatérales et les règles de conflit bilatérales⁴⁵³. On a en effet plus de mal à concevoir qu'une règle de conflit permettant de désigner aussi bien la loi étrangère que la *lex fori* en fonction d'un critère identique, soit discriminatoire⁴⁵⁴. Or l'on sait que la règle de conflit bilatérale occupe la place prépondérante en droit international privé des contrats. Par ailleurs, la nationalité ne joue quasiment aucun rôle dans le processus de désignation de la loi applicable. Il en résulte que la matière devrait *a priori* n'être concernée que très exceptionnellement par le principe de non discrimination en raison de la nationalité. Cependant, le droit positif offre des exemples de règles de conflit

⁴⁵¹ Selon ce texte, « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité. »

⁴⁵² Sur le thème de l'incidence du principe de non discrimination sur les conflits de lois, V. P. KINSCH, « Principe d'égalité et conflits de loi », *TCFDIP* 2002/2004, éd. Pédone, Paris, 2005, p. 116. Pour une étude approfondie de la mesure de la compatibilité des règles de conflit de lois avec le principe de non discrimination en raison de la nationalité, V. M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003, spéc. 2^{ème} partie, p. 169 et s.

⁴⁵³ Pour une étude de la mesure de la compatibilité de la règle de conflit unilatérale avec le principe de non discrimination en raison de la nationalité, V. M.-P. PULJAK, thèse préc. note 452, spéc. p. 207 et s.

⁴⁵⁴ V. en ce sens notamment M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, vol. 252, p. 13-281, spéc. p. 129, n°73. Pourtant, dès 1970, un auteur a pu légitimement s'interroger sur la compatibilité de l'application de lois différentes à des personnes résidant dans le même Etat membre mais n'ayant pas la même nationalité, au regard de l'article 7, alinéa 1 TCE (actuel article 12, alinéa 1 TCE). V. U. DROBNIG, « l'apport du droit communautaire au droit international privé », *CDE* 1970, p. 526-543, spéc. p. 532.

discriminatoires. L'expression « règle de conflit » est ici entendue au sens large, c'est-à-dire englobant aussi bien les règles de principe de désignation de la *lex causae* que les mécanismes d'exception. En effet, indépendamment de l'impérativité caractérisant certains d'entre eux (on songe en particulier aux lois de police) et qui pourrait aboutir à une entrave aux échanges⁴⁵⁵, il est possible que les critères mêmes d'application de ces mécanismes d'exception soient discriminatoires.

Mais c'est surtout sous l'angle de la conciliation que paraissent globalement devoir être envisagées les relations entre règles de conflit et droit communautaire. En effet, ce dernier ne heurte pas de front les objectifs sous-tendant les principales solutions du conflit de lois en matière contractuelle⁴⁵⁶. Les deux matières semblent même converger vers un objectif commun : la sécurité juridique.

Après avoir confronté les règles de conflit de lois au principe de non discrimination en raison de la nationalité (§ I), nous verrons quelle est l'incidence du droit communautaire sur certains objectifs sous-tendant les solutions traditionnelles du conflit de lois en droit international privé des contrats (§ II).

§ I : Conflits de lois et interdiction des discriminations.

163. Tous les types de règle de conflit (au sens large) sont concernés par le principe de non discrimination en raison de la nationalité. Ainsi en va-t-il des règles internationalement impératives, des règles unilatérales ou bilatérales (qui peuvent être à coloration substantielle) et éventuellement des règles matérielles de droit international privé. La maigre jurisprudence concernant les rapports entre champ d'application spatial des normes nationales et principe de non discrimination en raison de la nationalité laisse apparaître qu'*a priori*, les normes s'appliquant suivant un critère d'application purement territorial devraient logiquement échapper à la censure du droit communautaire (A), tandis que celles opérant d'une manière ou d'une autre une distinction selon la nationalité seraient davantage exposées à la censure. Reste que les techniques parfois « élaborées » du droit international privé ne rendent pas toujours aisément identifiables les mécanismes discriminatoires (B).

⁴⁵⁵ Sur la confrontation entre lois de police et libertés communautaires lors de la mise en œuvre des tests communautaires en matière d'entraves, V. *infra*, n° 411 et s.

⁴⁵⁶ Dans un esprit voisin, cherchant à mesurer l'influence du droit communautaire sur le droit international privé dans le cadre de la convention de Rome, M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES conclut à la quasi-absence d'influence des principes communautaires sur la règle de conflit en matière contractuelle. V. l'analyse menée par l'auteur dans l'art. préc. note 449, spéc. p. 791 et s.

A. Discrimination et application territoriale des normes.

164. La Cour de justice, initialement ignorante des questions de droit international privé, appréhendait celles-ci sous l'angle de leur application territoriale, en ce sens que pour apprécier leur caractère discriminatoire, elle vérifiait que la norme soumise à son examen s'appliquait de la même manière sur le territoire national, sans considération de nationalité. C'est ce qui ressort de l'affaire *Walt Wilhelm* qui concernait une norme qui revendiquait effectivement une application territoriale (1). Mais l'apport de cet arrêt pour le droit international privé doit être relativisé à la lecture d'une décision postérieure (2).

1. L'enseignement de l'arrêt *Walt Wilhelm*.

165. L'analyse de l'impact du droit communautaire sur les critères d'application spatiale des normes nationales doit partir du célèbre arrêt *Walt Wilhelm*⁴⁵⁷ rendu en 1969. Dans cette décision, la Cour de justice a en effet fourni des précisions intéressantes, quoiqu'implicites, sur la portée du principe de non discrimination en raison de la nationalité sur le droit des conflits de lois, en jugeant que « *l'article 7 du traité CEE (actuel article 12 TCE) interdit à chaque Etat membre d'appliquer différemment son droit des ententes en raison de la nationalité des intéressés ; (...) cependant, l'article 7 ne vise pas les éventuelles disparités de traitement et les distorsions qui peuvent résulter, pour les personnes et entreprises soumises à la juridiction de la communauté, des divergences existant entre les législations des différents Etats membres* »⁴⁵⁸. Ainsi, il résulte de cette décision, qui n'a pas été remise en cause par la suite, que l'Etat d'accueil peut imposer, sans violer le principe de non discrimination, des règles plus rigoureuses que celles en vigueur dans d'autres Etats membres. La Cour assortit toutefois l'affirmation de certaines conditions : il faut que celles-ci « *affectent toutes personnes tombant sous leur application, selon des critères objectifs et sans égard à leur nationalité* »⁴⁵⁹.

En l'espèce, la revendication de l'application territoriale de la loi allemande en matière de prohibition des ententes est prise comme un « acquis » et la Cour se borne à se prononcer sur ses conditions d'application. La loi allemande, qui relevait d'un ordre public de direction, appartenait certainement à la catégorie des lois de police *stricto sensu*, c'est-à-dire relevant d'une conception normative de l'ordre public. En l'espèce, la Cour raisonne bien exclusivement à partir de la réglementation qui lui était soumise, qui concernait le droit des ententes. C'est pourquoi il ne nous semble pas que l'on puisse tirer des conséquences

⁴⁵⁷ CJCE, 13 février 1969, aff. 14/68, *Rec.*, p. 1 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, n° 36 ; *JDI* 1970, p. 447-455, note F. C. JEANTET.

⁴⁵⁸ Point 13.

⁴⁵⁹ Même point.

générales de la motivation de cet arrêt sur les règles de conflit de lois, d'autant plus qu'à la date de l'arrêt, elle n'avait pas conscience des questions de droit international privé ; cependant, il nous semble qu'il fournit en tout cas des renseignements sur les conditions dans lesquelles l'application territoriale d'une norme (qui sera souvent une loi de police selon les qualifications du droit interne) ne heurte pas le principe de non discrimination.

En effet, il résulte de la motivation retenue par la Cour dans l'arrêt *Walt Wilhelm* que les lois de police s'appliquant suivant un critère purement territorial ne devraient pas être considérées comme discriminatoires⁴⁶⁰. Ces normes affectent par hypothèse toute personne tombant sous leur application, selon un critère objectif au sens de cet arrêt. Ainsi, de cette jurisprudence, on peut certainement déduire que les lois de police, « lorsqu'elles s'appliquent de manière strictement territoriale aux prestations locales, devraient (...) passer avec succès le test de non-discrimination. (...) »⁴⁶¹ Tel est le cas, par exemple, en matière de distribution commerciale, des lois de police s'appliquant selon le critère tiré du lieu où l'agent exerce son activité⁴⁶².

Dans l'arrêt *Walt Wilhelm*, on a vu que la Cour avait pris pour acquis le jeu de la loi allemande. Rien ne permet de penser qu'elle a eu conscience des questions de droit international privé. Mais en l'espèce, cela est sans conséquences, dans la mesure où la loi allemande revendiquait une application territoriale. Elle invite seulement le juge national à vérifier que les critères d'application de telles normes ne débouchent pas sur une

⁴⁶⁰ V. en ce sens M.-P. PULJAK, thèse préc. note 452, spéc. p. 356 et s., n° 719 et s. V. par ex. l'article 4 de la loi belge du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée dispose, d'une part, que « le concessionnaire lésé, lors de la résiliation d'une concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge, peut en tout cas assigner le concédant en Belgique » ; d'autre part, elle ajoute que « dans le cas où le litige est porté devant le tribunal belge, celui-ci appliquera exclusivement la loi belge ». En Belgique, la jurisprudence et la doctrine semblent s'accorder pour considérer que cette disposition s'analyse comme une loi de police. V. A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245, spéc. n° 3.

Le plus souvent, le critère d'application des lois de police est de nature territoriale, mais il n'en est pas toujours ainsi. Ainsi, l'article L 333-3-1, al. 1 du droit de la consommation (L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, art. 28), en matière de surendettement des particuliers, prévoit que « (l)es dispositions du présent titre s'appliquent également aux débiteurs de nationalité française en situation de surendettement domiciliés hors de France et qui ont contracté des dettes non professionnelles auprès de créanciers établis en France. » Cette disposition, en recourant expressément au critère de la nationalité en vue de permettre à certains débiteurs de bénéficier des dispositions françaises relatives au surendettement des particuliers, sans que celui-ci paraisse objectivement justifié, nous semble contrevenir au principe de non discrimination en raison de la nationalité. V. la thèse de M.-P. PULJAK préc. note 452, spéc. p. 347 et s.

⁴⁶¹ V. A. NUYTS, art. préc. note 460, spéc. n° 29, p. 250. L'auteur s'exprime ainsi à propos de ce qu'il nomme les « lois de police administratives ». Nous raisonnons pour notre part à partir des lois de police *stricto sensu*, c'est-à-dire qui reflètent une conception normative de l'ordre public et qui relèvent essentiellement d'un ordre public de direction. Pour des précisions terminologiques concernant notre acception des lois de police, V. *supra*, chap. prélim., n° 37 et s.

⁴⁶² *Ibidem*.

discrimination. Un tel raisonnement, tant qu'il est mené à partir de dispositions qui revendiquent une application territoriale suivant la méthode des lois de police, ne heurte pas l'analyse internationaliste. Mais transposé à d'autres mécanismes, il s'avère critiquable. Une ancienne décision de la Cour de Luxembourg permet d'en rendre compte.

2. Les limites du raisonnement « territorialiste ».

166. L'arrêt *Koestler*⁴⁶³ témoigne des difficultés qu'éprouve la Cour à intégrer les questions de droit international privé dans son raisonnement. Dans cette affaire, la disposition du droit allemand au cœur du litige prévoyait l'impossibilité, pour un créancier, d'obtenir le recouvrement de créances nées dans le cadre de certaines opérations boursières revêtant un caractère spéculatif. De telles dettes sont assimilées, en droit allemand, à des dettes de jeu. La situation comportait un élément d'extranéité, la banque étant française et le débiteur allemand. L'ordonnance de renvoi précisait que l'ordre public international allemand s'opposait au recouvrement d'une telle dette en Allemagne, même si celle-ci avait été valablement contractée à l'étranger. Les juges allemands interrogèrent la Cour pour savoir si cette règle ne contrevenait pas aux articles 49 (ex-59) et 50 (ex-60) du traité CE(E).

Le raisonnement tenu par la Cour est pour le moins curieux et en tout cas parfaitement inadapté à la situation de l'espèce qui présentait un élément d'extranéité. Ce dernier n'a pourtant pas échappé à la Cour, mais elle n'en a pas tiré les conséquences logiques. Son raisonnement révèle même une ignorance totale de l'objet même du droit international privé. En effet, elle s'attache à vérifier que le prestataire français n'est pas moins bien traité que ceux qui sont établis en Allemagne. Estimant que tel n'est pas le cas, elle dit pour droit que *« les articles 59 et 60 du traité CEE n'ont pas pour effet de modifier l'application des dispositions législatives par lesquelles un Etat membre exclut le recouvrement judiciaire de certaines dettes, telles que les dettes de jeu (...) à condition toutefois que l'application de ces dispositions se fasse sans discrimination (...) par rapport au traitement appliqué à des dettes similaires contractées sur le territoire de l'Etat membre en cause. »*⁴⁶⁴ Le problème, c'est que précisément, les dettes en cause avaient été légalement contractées sur le territoire d'un autre Etat membre...⁴⁶⁵ Pour la Cour, l'application de dispositions de droit interne à des situations

⁴⁶³ CJCE, 24 octobre 1978, *Société générale alsacienne SA c. Koestler*, aff. 15/78, *Rec.*, p. 1971.

⁴⁶⁴ Point 6.

⁴⁶⁵ De son côté, cependant, l'Avocat général Reischl avait bien pris en compte, dans son raisonnement, la circonstance que l'exception de jeu allemande invoquée en l'espèce intervenait en tant que règle de droit international privé. Après avoir écarté la thèse selon laquelle cette règle serait incompatible avec les articles 59 et suivants anciens du traité (actuels articles 49 et suivants), il s'interrogea sur son éventuelle contrariété à l'article 5, alinéa 2 ancien du traité (actuel article 10) selon lequel les Etats membres *« (...) s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du (...) traité. »* L'Avocat général, s'appuyant sur ce texte, estime que *« lorsque les tribunaux nationaux appliquent leur droit national et le droit international*

internes comme internationales assure aux opérateurs un traitement non discriminatoire, puisque dans les deux cas, ils sont soumis aux mêmes règles substantielles. Mais, comme le souligne M. FALLON, cela revient à « *nier, précisément, la raison d'être d'une règle de conflit de lois. En soumettant une situation internationale à un droit différent de celui applicable aux situations internes, celle-ci tend à assurer un traitement non discriminatoire, en présupposant que la situation internationale est objectivement différente d'une situation interne.* »⁴⁶⁶

Cette décision est cependant antérieure à l'arrêt *Cassis de Dijon* et il n'est pas certain que la solution serait aujourd'hui la même. La Commission, d'ailleurs, procédant à un examen de la législation allemande, estimait que son « *applicabilité inconditionnelle (...) n'apparaîtrait d'aucune façon objectivement justifiée, ni nécessaire à la protection de l'ordre public allemand dans le cas où, de son propre gré, un ressortissant allemand conclut, en dehors de la sphère d'application de l'ordre juridique allemand, des opérations à terme régies par la législation d'un autre pays. L'intérêt général ne saurait justifier une telle « exportation » de l'ordre juridique allemand.* »⁴⁶⁷ Ce faisant, elle dénonçait notamment la faible intensité du rattachement entre la situation en cause et l'Allemagne. Le test de proportionnalité sera donc l'occasion de corriger, le cas échéant, le champ d'application territorial que s'assigne la norme litigieuse. Il sera en effet possible de lui reprocher, le cas échéant, un champ exorbitant, signe que le moyen employé par le droit national n'est pas proportionné à l'objectif recherché.

167. Un point semble acquis : le processus conduisant à qualifier une norme nationale d'entrave aux échanges communautaires doit prendre en compte la volonté ou le refus d'application de la mesure nationale en cause à l'égard des opérations d'exportation ou d'importation. Le droit communautaire doit donc nécessairement se référer en particulier aux règles d'applicabilité qui déterminent le domaine spatial des mesures nationales dans le cadre de son contrôle des entraves. Et, à l'instar du droit substantiel, la condamnation d'une règle de conflit ouvertement discriminatoire semble s'imposer plus facilement.

privé de leur Etat, ils doivent adopter un comportement « inspiré des règles du traité. » » Ainsi, en l'espèce, « *une interprétation excessive et, partant, inadéquate du principe de l'ordre public pourrait, en fin de compte, constituer une violation du traité CEE au titre de la disposition fondamentale de l'article 5* ». V. ses conclusions au Rec., p. 1982 et s., spéc. p. 1988, III.

⁴⁶⁶ V. Rec. des cours préc. note 454, spéc. p. 127, n° 72. Ce même défaut de prise en compte du caractère international des situations juridiques transparait à la lecture de l'arrêt *Alsthom*, dans lequel la Cour « *néglige de considérer l'impact du rattachement subsidiaire d'un contrat international en l'absence de choix de la loi applicable par les parties, et omet d'envisager les cas où un tel choix est exclu, tantôt par l'effet d'un rattachement impératif comme c'est le cas pour certains contrats de consommation, tantôt par l'effet de lois de police.* » *Op. cit., loc. cit.*

⁴⁶⁷ Rec., spéc. p. 1976/1977.

B. Les règles de conflit ouvertement discriminatoires.

168. S'il est vrai que le principe d'interdiction des discriminations en raison de la nationalité ne devrait *a priori* pas concerner la règle de conflit en matière contractuelle au stade de sa formulation, dans la mesure où le critère de la nationalité n'y joue en principe aucun rôle, la jurisprudence de la Cour de justice offre en tout cas un exemple bien connu de condamnation d'une règle de conflit discriminatoire en matière contractuelle (1) qui permet de comprendre que les règles de conflit à coloration substantielle, lorsqu'elles visent à favoriser les nationaux au détriment des étrangers, sont plus facilement exposées à la censure du droit communautaire (2).

1. L'enseignement de l'arrêt *Boukhalfa*.

169. Dans l'affaire *Boukhalfa*⁴⁶⁸, on se souvient qu'une employée de nationalité belge travaillait à l'ambassade d'Allemagne à Alger. Selon le droit allemand en cause, dans une telle hypothèse, les employés de nationalité allemande sont régis par le droit allemand, alors que les autres sont régis par le droit local. Interrogée sur le domaine d'application du principe de non discrimination en raison de la nationalité, la Cour est amenée à condamner implicitement cette règle de conflit⁴⁶⁹. En effet, si cet arrêt présente un intérêt au regard de la détermination de la sphère d'application spatiale du droit communautaire, il montre aussi que le principe de non discrimination s'applique indistinctement aux règles substantielles et conflictuelles des Etats membres et dans les rapports entre ces derniers.

Par ailleurs, il convient de préciser l'impact exact de l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité sur la règle de conflit de lois. En effet, si suite à la réponse donnée par la Cour de justice dans cette affaire, le juge national estime que la règle de conflit allemande doit être condamnée en l'espèce, c'est parce que la loi algérienne désignée pour régir la situation de la ressortissante belge est moins protectrice que la loi allemande. C'est dire qu'il faudrait comparer la loi désignée selon la règle de conflit propre aux ressortissants allemands et celle désignée par la règle de conflit applicable aux ressortissants d'autres Etats employés par l'Allemagne en vue d'exécuter une prestation de services dans un pays tiers.⁴⁷⁰ Ainsi, il ressort de cette décision qu'une règle de conflit dont le facteur de rattachement est la

⁴⁶⁸ CJCE, 30 avril 1996, *Boukhalfa c/Allemagne*, aff. C-214/94, *Rec.* 1996, I-2253. Sur cet arrêt, V. not. *supra*, n° 146.

⁴⁶⁹ V. le point 19 de l'arrêt duquel il ressort que la Cour a conscience de sanctionner la règle de conflit allemande en raison de son caractère discriminatoire. En effet, elle note que « *si le droit algérien détermine les conditions de travail de Mme Boukhalfa, c'est par application de l'article 33 du GAD [i. e. la règle de conflit allemande], dont la compatibilité avec le droit communautaire est précisément contestée (...)* »

⁴⁷⁰ En ce sens, V. MM. FALLON et MEEUSEN, « Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37-66, spéc. p. 53.

nationalité n'est discriminatoire que si la loi désignée pour régir la situation de l'étranger est moins favorable que celle qui s'applique aux nationaux. C'est dire que la condamnation de la règle de conflit en l'espèce n'est pas générale. Il en résulte par ailleurs qu'en revanche, les règles de conflit à coloration substantielle qui favorisent exclusivement les nationaux sont susceptibles de heurter le principe de non discrimination.

2. Caractère discriminatoire des règles de conflit à coloration substantielle.

170. Les hypothèses de règles de conflit ouvertement discriminatoires sont relativement rares et en tout état de cause vouées à la disparition⁴⁷¹. La jurisprudence offre toutefois quelques cas de condamnation de règles de conflit discriminatoires. Hormis les exemples célèbres tirés du droit processuel, on peut citer, en matière de droit d'auteur, l'arrêt *Phil Collins*⁴⁷². Étaient en cause, dans cette affaire, les articles 96, paragraphe 1 et 125, paragraphe 1, de la loi allemande sur le droit d'auteur du 9 septembre 1965. Ces textes accordent à l'artiste interprète ou exécutant de nationalité allemande, pour toutes ses prestations, une certaine protection organisée par cette loi, notamment en lui reconnaissant le droit d'interdire la diffusion de ses prestations qui sont reproduites sans son autorisation, ceci quel que soit le lieu de leur exécution. En revanche, s'agissant des artistes étrangers, les paragraphes 2 à 6 de l'article 125 de cette loi (tels qu'interprétés par les juridictions allemandes) refusent une telle protection aux artistes étrangers lorsque la prestation a été exécutée hors du territoire allemand. Or la Cour estime « *que l'article 7, premier alinéa, du traité [article 12 actuel] doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une législation d'un État membre exclue dans certaines conditions les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants des autres États membres, et leurs ayants-droit, du droit, qui est reconnu par cette même législation aux ressortissants*

⁴⁷¹ C'est ainsi que le législateur allemand, tenant compte des recommandations doctrinales, a modifié l'article 38 EGBGB. Sur la réforme du droit international privé allemand (*Bundesgesetzblatt I*, 1026), V. not. H.-J. SONNENBERGER, « La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations non contractuelles et des biens », *RCDIP* 1999, p. 647 (avec la traduction française de la loi). Ce texte prévoyait que le droit étranger désigné par la règle de principe en matière de responsabilité délictuelle (selon laquelle lorsque le fait générateur de responsabilité est situé dans un pays autre que celui de la réalisation du préjudice, la victime d'un délit bénéficie, entre les lois respectivement en vigueur dans ces deux pays, de celle qui lui est la plus favorable), était inopposable à un débiteur allemand si son contenu était plus sévère que celui de la loi allemande. La règle était incontestablement discriminatoire puisque, étant à coloration substantielle, elle ne jouait qu'au bénéfice des débiteurs allemands. Et il n'est pas nécessaire, contrairement à la disposition en cause dans l'affaire *Boukhalfa*, de connaître la teneur de la loi désignée par la règle générale allemande à laquelle l'article 38 déroge pour arriver à cette conclusion, puisque par hypothèse, ce texte est rédigé *in favorem*. Désormais, ce texte, devenu l'article 40, alinéa 3 EGBGB ne reprend pas la condition de nationalité. La victime d'un délit ne peut réclamer davantage de dommages-intérêts que ceux qui lui sont accordés par la *lex loci delicti* « *dans la mesure où ils dépassent sensiblement un dommage adéquat ou servent à un autre but* » (H.-J. SONNENBERGER, *op. cit.*, spéc. p. 662).

⁴⁷² CJCE, 20 octobre 1993, aff. jointes C-92/92 et C-326/92, *Rec.*, p. I-5415. V. aussi, en droit d'auteur, à propos de la même loi allemande, CJCE, 6 juin 2002, *Land Hessen c/ G. Ricordi & Co Bühnen-und Musikverlag GmbH*, *RCDIP* 2002, p. 771, note J.-S. BERGÉ. (Spéc. point 32 de l'arrêt).

nationaux, d'interdire la commercialisation, sur le territoire national, d'un phonogramme fabriqué sans leur consentement, lorsque la prestation a été exécutée en dehors du territoire national. »⁴⁷³

Les hypothèses de règles de conflit à coloration substantielle discriminatoires touchant au droit des contrats semblent encore plus rares. Toutefois, un auteur a légitimement pu s'interroger sur la conformité d'une disposition du droit belge en matière de chèque avec le principe de non discrimination en raison de la nationalité⁴⁷⁴. La convention de Genève du 19 mars 1931 portant loi uniforme sur les chèques est assortie d'une convention (du même jour) relative aux conflits de lois qui a vocation à s'appliquer dans les domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une unification matérielle. Tel est le cas de la question de la capacité à s'engager. La convention de Genève du 19 mars 1931 destinée à régler certains conflits de lois en matière de chèques soumet en principe la capacité de s'engager par chèque à la loi du pays dans lequel le chèque a été signé. Toutefois, l'article 2, alinéa 3 de cette convention permet à chaque Etat signataire de ne pas reconnaître la validité de l'engagement par chèque par ses ressortissants s'ils ne sont pas capables de s'engager par chèque selon leur loi nationale, mais qu'ils sont seulement tenus en application de la loi du pays dans lequel le chèque a été signé. La Belgique a usé de cette réserve. Ainsi, l'article 63 de la loi du 1^{er} mars 1961 prévoit que « *la validité des engagements souscrits par chèque par un Belge à l'étranger n'est reconnue en Belgique que si, d'après la loi belge, il possédait la capacité requise pour les prendre* ». Cette règle de conflit unilatérale nous semble devoir être analysée comme une règle à coloration matérielle⁴⁷⁵, dans la mesure où elle oriente vers un résultat matériel déterminé, à savoir la reconnaissance, en Belgique, de la validité d'un engagement souscrit par chèque par un Belge à l'étranger. Par ailleurs, elle est asymétrique, en ce sens que l'exigence supplémentaire (par rapport à la règle de la convention) tenant à la capacité du signataire du chèque en vertu de son droit national, ne concerne que les ressortissants belges. C'est pourquoi M. RIGAUX estime, à juste titre selon nous, que cette disposition est discriminatoire⁴⁷⁶. En effet, le chèque signé en Belgique par un étranger incapable selon sa loi nationale, mais tenu pour capable selon le droit belge sera valable en vertu de la règle de conflit posée dans la convention de Genève. En revanche, un engagement souscrit par chèque à l'étranger par un Belge considéré comme incapable en Belgique mais comme capable d'après la loi en vigueur dans le pays de

⁴⁷³ Point 33.

⁴⁷⁴ V. l'analyse de M.-P. PULJAK, thèse préc. note 452, spéc. p. 244 et s., n° 485 et s.

⁴⁷⁵ V. en ce sens M.-P. PULJAK, *op. cit.*, spéc. n° 487, p. 244/245.

⁴⁷⁶ *Droit international privé, théorie générale*, tome I, 2^{ème} éd., Larcier, Bruxelles, spéc. n° 320. V. aussi en ce sens M.-P. PULJAK, *op. cit.*, spéc. p. 246, n° 490.

signature du chèque, ne sera pas reconnu en Belgique. Il y a ainsi coexistence de deux corps de règles distincts pour régir la reconnaissance, en Belgique, d'un engagement souscrit par chèque à l'étranger respectivement par un ressortissant belge et par un étranger, seul le premier bénéficiant d'une règle favorable.

Au vu du panorama qui précède, on constate qu'il n'est pas exclu qu'une règle de conflit, en raison de sa configuration même, consacre une atteinte au principe de non discrimination en raison de la nationalité. Un examen attentif de la règle en cause permettra de conclure à son caractère discriminatoire ou non. Une question beaucoup plus délicate concerne la mesure dans laquelle une règle de conflit générale (non ouvertement discriminatoire) peut être considérée, d'une manière ou d'une autre, comme une mesure indistinctement applicable aboutissant à entraver les échanges. On retrouvera cette question plus loin. Pour l'heure, il convient de confronter les objectifs sous-tendant les solutions générales du conflit de lois en matière contractuelle aux exigences communautaires.

§ II : Confrontation des objectifs sous-tendant les solutions générales du conflit de lois aux exigences communautaires.

171. L'emprise des libertés communautaires sur le droit des conflits de lois n'est pas dénuée de conséquences sur cette branche du droit international privé⁴⁷⁷, à l'instar de ce qui a pu être observé à propos du conflit de juridictions. Plus particulièrement, s'agissant des contrats, deux principes considérés traditionnellement comme sous-tendant les solutions des règles de conflit de lois méritent d'être confrontés aux exigences fondamentales du droit communautaire : il s'agit d'une part, du principe de proximité (A) ; d'autre part, du principe de sécurité juridique (B).

A. La place du principe de proximité.

172. Le principe de proximité⁴⁷⁸ est actuellement à la base d'un certain nombre de solutions retenues en droit des conflits de lois, notamment en droit international privé français. En effet, il transparaît, dans des proportions certainement variables, dans l'ensemble des règles de la convention de Rome.

Ce principe est en soi neutre. Or on a fait justement remarquer que « *le passage par le filtre communautaire sembl(ait) ôter définitivement au droit des conflits de lois son apparence de*

⁴⁷⁷ V. not. M. FALLON et S. FRANCO, « La coopération judiciaire civile et le droit international privé : vers un droit proprement communautaire des conflits de lois ou de juridictions ? » in *Une Constitution pour l'Europe*, O. DE SCHUTTER et P. NIHOUL (sous la dir. de), Larcier, Bruxelles, 2003, p. 239-301.

⁴⁷⁸ Sur ce principe, V. LAGARDE (P.): « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. 196, p. 9.

neutralité »⁴⁷⁹. Au plan formel, ce constat se traduit, en cas d'initiative communautaire en droit international privé, par la nécessité d'explicitier les objectifs de l'action au regard de la base juridique choisie⁴⁸⁰. De même, on verra que le contrôle assuré par la Cour de justice au stade de la mise en œuvre de leurs méthodes de résolution des conflits de lois (en particulier les lois de police) par les Etats membres, conduit le juge national à justifier les objectifs poursuivis par la règle nationale, et notamment son domaine d'application spatial⁴⁸¹.

Dès lors, il semble que le principe de proximité ne puisse plus être considéré, sous l'influence communautaire, comme un objectif en soi du droit international privé. En revanche, il se présenterait davantage comme un instrument permettant d'atteindre d'autres objectifs, tel celui de sécurité juridique ou de protection de certaines parties réputées en position de faiblesse. Ainsi, on verra, notamment en droit dérivé, comment le législateur communautaire a érigé le critère tiré du « lien étroit » avec le territoire communautaire comme un paramètre en vue d'accorder une protection à un consommateur s'engageant dans un contrat international⁴⁸².

Le droit communautaire ne remettrait en tout cas pas fondamentalement en cause ce principe. De fait, les auteurs soulignent généralement la conformité notamment de l'article 4 de la convention de Rome, dont la règle est inspirée du concept de proximité, avec les exigences communautaires relatives à la libre circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes.⁴⁸³ En effet, le rattachement subsidiaire du contrat selon une présomption se référant à l'établissement principal du débiteur de la prestation caractéristique du contrat⁴⁸⁴ est conforme au principe de l'application de la loi d'origine du bien ou du service.⁴⁸⁵ Sans

⁴⁷⁹ V/ M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » préc. note 395, spéc. p. 63, n° 31.

⁴⁸⁰ Ainsi, que la base juridique soit l'article 95 ou le plus récent article 65 TCE, l'initiative communautaire doit être justifiée par l'objet ou le fonctionnement du marché intérieur.

⁴⁸¹ V. *infra*, n° 411 et s.

⁴⁸² V. *infra*, n° 508 et s.

⁴⁸³ V. notamment RADICATI DI BROZOLO qui estime que les règles générales de droit international privé, telles qu'issues notamment de la Convention de Rome, (en particulier, l'article 3, ainsi que la présomption générale énoncée à l'article 4.2) sont globalement conformes aux exigences communautaires. V., pour l'art. 4 : « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, p. 401, spéc. p. 415. Dans le même sens, V. M. FALLON, *Rec. des cours* préc. note 454, spéc. p. 221, n° 128.

⁴⁸⁴ Ce principe puise sa source, comme on l'a vu, dans le concept de proximité et est étranger au principe d'origine. Il n'en demeure pas moins compatible avec ce dernier.

⁴⁸⁵ Comme le souligne M. FALLON, « (c) concept dit prendre en compte la fonction socio-économique du contrat dans la société par la mise en évidence de son essence, et entend faciliter la gestion des activités de l'entreprise en permettant à celle-ci de voir soumis à une loi unique les contrats couvrant des opérations d'exportation dans des pays différents. On peut voir dans ce concept une notion analogue à celle de la loi d'origine du produit ou de l'entreprise. » V. *Rec. des cours* préc. note 454, spéc. p. 221, n° 128.

adhérer à cette dernière thèse⁴⁸⁶, on pourrait considérer que la sécurité juridique commande l'application d'une loi unique pour tous les contrats proposés par un opérateur⁴⁸⁷.

Ainsi, il nous semble que dans le contexte communautaire, si le principe de proximité peut servir de fondement au choix des facteurs de rattachement, il ne peut être érigé en paramètre exclusif de ce choix. Il paraît en effet relégué derrière un objectif de sécurité juridique.

La récente proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles accrédiée en tout cas cette idée⁴⁸⁸. En effet, si le principe de proximité ne disparaît pas de l'article 4, le législateur s'est efforcé de parer à l'un des écueils de ce principe. Ce dernier, s'il est érigé à lui seul en facteur de rattachement, ne permet pas d'assurer la prévisibilité de la loi applicable. Le système retenu dans la proposition de règlement repose donc sur l'énoncé de règles de rattachement fixes adaptées aux grandes catégories de contrats et la clause d'exception prévue à l'article 4.5 *in fine* de la convention de Rome est supprimée. C'est que celle-ci peut présenter un certain danger pour la sécurité juridique, en particulier si le juge en fait un usage abusif. C'est donc en tant que le concept de proximité sert l'objectif de sécurité juridique qu'il conserve une place dans la proposition de règlement.

B. La convergence vers un principe de sécurité juridique.

173. Il est unanimement admis que le principe de liberté de choix de la loi applicable à leur contrat, par les parties, semble en parfaite conformité avec les exigences communautaires.⁴⁸⁹

La raison en est notamment que l'opérateur se voit offrir la possibilité de fournir un bien ou un service partout dans l'Union dans les mêmes conditions que sur son marché local. Est ainsi assurée la sécurité juridique des transactions. La jurisprudence communautaire ainsi que quelques indications fournies par le droit dérivé confirment cette idée (1). Cependant, il faudra s'interroger sur les limites que le droit communautaire substantiel pourrait commander d'assigner à la loi d'autonomie (2).

1. Les indications fournies par le droit communautaire.

174. Dans l'affaire *Alsthom Atlantique*⁴⁹⁰, Sulzer, une société française, avait fourni des moteurs pour bateaux à la société Alsthom Atlantique, établie en France, qui devait les

⁴⁸⁶ V. à ce sujet les développements sur le principe de reconnaissance mutuelle, *infra*, n° 200 et s.

⁴⁸⁷ V. à ce sujet l'argumentation d'A. SCHNITZER, « La loi applicable au contrat », *RCDIP* 1955, p. 459-484 ; « Les contrats internationaux en droit international privé suisse », *RCADI* 1968, vol. 123, p. 541-636.

⁴⁸⁸ V. l'exposé des motifs, point 4.2, v. « article 4 ». Il en ressort que « les modifications proposées [à propos de ce texte] visent à renforcer la sécurité juridique grâce à la transformation de simples présomptions en règles fixes, d'une part, et la suppression de la clause d'exception de l'autre ».

⁴⁸⁹ V. notamment en ce sens, L. G. RADICATI DI BROZOLO, art. préc. note 483, spéc. p. 410/411.

⁴⁹⁰ Arrêt du 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, aff. C-338/89, *Rec.*, p. I-107.

installer sur des navires à livrer à une société néerlandaise. Alsthom, qui avait du remédier au vice caché des moteurs, engagea une action contre Sulzer en paiement des frais ainsi occasionnés. La Cour devait examiner la jurisprudence française soumettant le vendeur professionnel à une présomption irréfragable de connaissance des défauts de la chose vendue, qui est écartée seulement lorsque les deux cocontractants sont des professionnels de la même spécialité. En effet, elle constituerait, selon Sulzer, une restriction quantitative interdite par l'article 29 (ex-34) du traité CE dans la mesure où elle est inconnue des autres Etats membres et qu'elle soumet donc les exportateurs français à un régime de responsabilité plus strict que leurs concurrents établis dans les autres Etats membres. La Cour de justice, en rejetant ce raisonnement, précisa, dans un *obiter dictum*, qu'en tout état de cause, les parties à un contrat de vente international sont libres de déterminer la loi applicable à leurs relations contractuelles.

Hormis le célèbre arrêt *Alsthom* qui est là pour témoigner, si besoin en était, de la parfaite conformité entre liberté de choix de la loi et principes fondamentaux communautaires, on peut se référer à l'arrêt *Firma Sloman Neptun Schiffharts AG*⁴⁹¹ de la Cour de justice du 17 mars 1993 dans lequel elle a précisé que le principe de liberté de choix, par les parties, de la loi applicable au contrat de travail prévu par l'article 6 de la convention de Rome n'était pas contraire au droit communautaire. L'originalité de l'espèce tenait à ce que la liberté de choix de la loi applicable à un contrat international était ici suspectée d'enfreindre le droit communautaire. Etaient en cause des contrats de navigation maritime passés entre des employeurs allemands et des ressortissants de pays tiers à la Communauté. Les contrats de travail comportaient une clause de choix de la loi des Philippines. Estimant qu'il était ainsi possible aux employeurs allemands d'embaucher du personnel à des conditions de salaire et de protection sociale très inférieures à celles qui auraient été obligatoires en vertu du droit allemand, une juridiction allemande émit des doutes sur la compatibilité de cette possibilité de choix de loi avec le droit communautaire, dans la mesure où l'avantage qui en résultait pour l'employeur allemand pourrait être analysé comme une « aide » relevant des articles 92 et suivants (anciens) du Traité de Rome. La Commission avait estimé qu'effectivement, cette possibilité de choix d'une loi moins contraignante devait être considérée comme une aide au sens du droit communautaire. La Cour de justice n'a pas suivi cette opinion. Adoptant les conclusions de l'avocat général Darmon, elle a jugé que les conséquences du principe de

⁴⁹¹ Affaires jointes C-72 et C-73/91, *Rec.*, p. I-887, *Europe* 5/1993, n° 192 et 216 ; V. également la chron. d'H. GAUDEMET-TALLON : « Jurisprudence sur la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RTDE* 1994, p. 101 et s.

liberté de choix de la loi posé par l'article 6 de la convention de Rome « *ne constituent pas un moyen d'accorder aux entreprises un avantage déterminé* ». Au contraire, cette décision permet de souligner la parfaite conformité de l'article 6 avec le droit communautaire. En effet, ce texte réserve le jeu des règles impératives de la loi applicable à défaut de choix. Or, comme le souligne Mme GAUDEMET-TALLON⁴⁹², à s'en tenir à l'interprétation généralement retenue de l'article 6 de la convention de Rome⁴⁹³, en l'espèce, les contrats de travail des marins, à défaut de choix, auraient été soumis à la loi du lieu de l'établissement d'embauche, situé en l'occurrence en Allemagne. Il en résulte que les employeurs allemands ne peuvent pas échapper aux dispositions impératives protectrices du droit allemand, quelle que soit la nationalité des marins embauchés et quel que soit le pavillon du navire sur lequel ils exercent leur fonction.

Un autre signe, en droit dérivé, atteste de la parfaite conformité du principe de liberté de choix de loi avec les exigences communautaires. En effet, lorsque le législateur communautaire entreprend d'étendre la portée de la loi du pays d'origine, il exclut systématiquement de l'emprise de cette dernière l'hypothèse où les parties auraient choisi la loi applicable à leur contrat.⁴⁹⁴

La parfaite conformité du principe de liberté de choix de la loi applicable à un contrat international au regard des exigences communautaires paraît indéniable. Il faut toutefois préciser la mesure de cette compatibilité.

2. Recherches sur les limites du principe d'autonomie en droit communautaire.

175. Récemment, Mme JOBARD-BACHELLIER⁴⁹⁵, raisonnant à partir du domaine non harmonisé, s'est interrogée sur la question de savoir quelle force pouvait être conférée à la clause insérée dans un contrat conclu entre deux ressortissants d'Etats membres différents, par laquelle les parties décident de soumettre celui-ci à une loi dont l'application, à travers ses dispositions impératives, serait susceptible de constituer une entrave aux échanges au sein de la Communauté. Elle donne l'exemple d'un contrat de vente passé entre un fournisseur établi en Allemagne et un distributeur établi en France stipulant que la loi applicable au contrat est la loi allemande, mais que la loi française s'applique en ce qui concerne les contrôles devant

⁴⁹² Chron. préc., spéc. p. 102.

⁴⁹³ V. P. LAGARDE, V. « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287 et s., spéc. p. 319 ; H. GAUDEMET-TALLON, *Juriscl. Europe*, fasc. 3200, n° 99.

⁴⁹⁴ V. par ex. la directive « commerce électronique » (étudiée plus en détails *infra*, n° 225 et s.), ainsi que la proposition initiale de directive « services » (sur laquelle V. *infra*, n° 242).

⁴⁹⁵ « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 475, spéc. p. 480 et s.

être effectués en vue d'assurer la sécurité des marchandises et l'usage de la langue française sur l'étiquetage de ces biens. Précisons que dans l'hypothèse envisagée, le fournisseur allemand a déjà dû satisfaire, en Allemagne, à un contrôle de sécurité suivant les conditions fixées par le droit allemand et que les informations relatives au produit sont rédigées en Allemand. La question se pose de savoir dans quelle mesure il peut être donné effet aux dispositions françaises qui ont pourtant été expressément et valablement (au regard de l'article 3 de la convention de Rome) choisies par les parties, s'il s'avérait (ce qui est fort probable, eu égard à la jurisprudence communautaire) que leur application débouche sur une entrave aux échanges.

La question soulevée par l'auteur rejoint le débat concernant l'incidence des libertés communautaires dans les relations contractuelles entre particuliers. La doctrine est partagée sur la question de savoir si celles-ci sont dotées d'un effet direct horizontal (*i. e.* dans les relations entre particuliers)⁴⁹⁶. La Cour de justice, pour sa part, dans l'arrêt *Dansk Supermarked*⁴⁹⁷ du 22 janvier 1981, s'est prononcée en faveur de l'application des principes communautaires de libre circulation dans les relations horizontales. Elle y dit en effet pour droit « *qu'en aucun cas, des conventions entre particuliers ne sauraient déroger aux dispositions impératives du Traité relatives à la libre circulation des marchandises* ». Récemment, un auteur, dans une étude intéressante, soutient que les libertés communautaires peuvent être invoquées par un cocontractant uniquement lorsqu'elles n'ont pas pour effet d'anéantir le contrat⁴⁹⁸. En effet, admettre que l'une des parties puisse invoquer le principe de

⁴⁹⁶ En faveur de l'effet horizontal, V. not. P. PESCATORE, « Aspects judiciaires de l'« acquis communautaire » », *RTDE* 1981, p. 617 et s., spéc. p. 630 ; M. WALBROECK, « Les rapports entre les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE », in *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, 1987, p. 781. *Contra* : J.-C. BERR, « L'influence de la construction européenne sur l'évolution contemporaine du droit privé français », in *mél. P.-H. TEITGEN*, éd. Pédone, 1984, p. 1 ; H. CHAVRIER, H. LEGAL, G. DE BERGUES, « Actualités du droit communautaire », *AJDA*, oct. 2000, p. 814 ; G. MARENCO, « Competition between National Economies and Competition between Businesses. A Response to Judge Pescatore », *Fordham International Law Journal*, 1987, p. 420.

En ce qui concerne l'effet direct des directives, il est désormais admis que l'inopposabilité d'une norme technique non notifiée, malgré les exigences posées par la directive (en particulier, la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques, *JOCE* n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37) peut être invoquée par un cocontractant selon les arrêts CJCE, 26 septembre 2000, *Unilever Italia* (aff. C-443/98, *Rec.*, p. I-7535) et CJCE, 6 juin 2002, *Sapod Audic* (aff. C-159/00, *RTDciv.* 2002, p. 873, obs. J. RAYNARD). En effet, selon la Haute Juridiction, il « *il incombe au juge national, dans le cadre d'une procédure civile opposant les particuliers au sujet de droits et d'obligations d'ordre contractuel, de refuser d'appliquer une norme technique nationale* » n'ayant pas été soumise à la procédure prévue par la directive 98/34/CE. Cette jurisprudence confère donc un effet direct à la directive précitée, en tout cas dans les relations verticales (entre les particuliers et l'Etat).

⁴⁹⁷ Aff. 58/80, *Rec.*, p. 181.

⁴⁹⁸ V. D. VOINOT, « Le droit communautaire et l'inopposabilité aux particuliers des règles techniques nationales », *RTDE* 2003, p. 92 et s., spéc. p. 106 et s., n° 28 et s.

libre circulation des marchandises en vue de se soustraire à un engagement serait contraire au principe même de libre circulation des richesses⁴⁹⁹.

En admettant l'existence d'un effet direct horizontal en tout cas à propos des libertés communautaires et en admettant que leur invocation ne vise pas à anéantir le contrat, il nous semble que dans l'exemple cité plus haut, une distinction doit être faite selon les normes en cause. Plus précisément, il nous semble qu'il faudrait faire une distinction selon le type d'entrave généré par l'application des normes françaises en cause. S'agissant de celles relatives aux contrôles de sécurité des produits, dans la mesure où la marchandise a déjà fait l'objet d'un tel contrôle, dans le pays d'exportation, la soumettre à un contrôle similaire dans le pays d'importation générerait une entrave-cumul. Or ce type d'entrave, dans la mesure où il repose sur des éléments objectifs, ne peut faire l'objet d'aménagements particuliers par les parties. En effet, la soumission successive des produits à deux contrôles constitue, objectivement, une entrave, et la volonté des parties ne peut rien y faire. Dès lors, sauf à pouvoir faire échapper les produits importés aux contrôles allemands pour les soumettre, à la place, aux contrôles français, l'entrave est caractérisée. En revanche, en ce qui concerne l'utilisation de la langue française, contrairement aux normes en matière de contrôle, l'entrave n'est pas objectivement caractérisée par l'existence d'un cumul. C'est pourquoi il nous semble ici que la volonté des parties a un rôle à jouer dans la caractérisation de l'entrave au stade de la négociation contractuelle. Car l'importateur français a un intérêt évident à ce que la langue employée pour l'étiquetage des produits soit la langue nationale. On peut concevoir que ce soit là une condition *sine qua non* de son engagement consistant à s'approvisionner auprès du fournisseur allemand en question. Dès lors, les parties devraient pouvoir valablement stipuler l'application de la loi française en ce qui concerne notamment les notices d'utilisation des produits, sans qu'il faille passer par le concept de raison impérieuse d'intérêt général.

176. Conclusion de la section I - Hormis les quelques hypothèses de règles de conflit discriminatoires amenées à disparaître depuis que leur incompatibilité avec les exigences communautaires a été mise en évidence notamment par la doctrine, on a constaté que les règles de conflit de principe en matière contractuelle étaient en phase avec les exigences communautaires. C'est dire que ces dernières n'en altèrent pas vraiment le fondement, sauf à les orienter (en ce qui concerne en particulier le principe de proximité) de telle sorte que ces

⁴⁹⁹ *Op.cit.*, spéc. p. 108, n° 31.

règles participent à la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Dans cette optique, le droit communautaire pourrait exercer une influence plus importante sur la mise en œuvre de certains mécanismes d'exception.

Section II : *Recherches sur l'influence de l'ordre public communautaire sur certains mécanismes d'exception.*

177. Le manque de recul de l'observateur concernant les rapports entre droit international privé et droit communautaire empêche actuellement d'avoir un panorama complet des orientations que pourrait prendre le droit international privé au contact du droit communautaire. On peut par exemple s'interroger sur l'incidence des libertés communautaires sur les mécanismes forgés par le droit international privé en vue de coordonner les systèmes. Ainsi, le renvoi paraît propice à assurer la liberté de circulation. On a d'ailleurs un exemple d'utilisation de cette technique dans les règles de conflit propres au contrat d'assurance⁵⁰⁰. Les directives adoptées en la matière comportent des règles de rattachement fixes permettant de déterminer la loi applicable au contrat d'assurance. Elles dérogent donc au principe d'autonomie de la volonté normalement reçu en matière contractuelle. Cependant, lorsque le droit désigné par ces règles le permet, les parties peuvent choisir la loi applicable à leur contrat. Le mécanisme alors utilisé est singulier puisque le renvoi ne joue qu'en faveur de l'autonomie, non de tout autre facteur : il est donc fonction d'une politique déterminée du législateur communautaire à propos du principe d'autonomie. C'est pourquoi M. DUBUISSON parle à son propos de « renvoi à caractère substantiel ». ⁵⁰¹ Le droit communautaire pourrait donc encourager le recours à cette technique en raison de ses vertus coordinatrices.

Dans la même optique de coordination des systèmes, il se pourrait qu'il ait pour effet d'encourager le recours à la théorie des lois de police étrangères. Du reste, l'exposé des motifs de la récente proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles laisse transparaître l'intérêt que le droit communautaire porte à la méthode.

En revanche, les mécanismes de « réaction » face à l'application des lois des autres Etats pourraient subir l'influence du droit communautaire dans les relations entre Etats membres dans le sens d'une restriction de leur utilisation. C'est qu'ils se concilient mal avec l'esprit de confiance mutuelle qui doit régner au sein de l'Union. Il en va ainsi de l'exception d'ordre

⁵⁰⁰ Sur ces règles, V. les développements *infra*, n° 285 et s.

⁵⁰¹ « L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance – la réaction thermidorienne », *RGAT* 1995, p. 819, spéc. n° 278.

public international et de la technique des lois de police. Les tensions entre les lois de police nationales et le droit communautaire ont d'ailleurs été rapidement perçues par la doctrine et ont déjà fait l'objet de nombreuses recherches⁵⁰². De son côté, la jurisprudence notamment communautaire offre des exemples bien connus de condamnation de lois de police nationales pour contrariété aux exigences communautaires. Le phénomène est en réalité complexe et invite à une réflexion plus approfondie sur les rapports entre droit communautaire et lois de police, qui sera menée dans la seconde partie. Signalons simplement pour l'heure que l'appréhension des lois de police étrangères par le droit communautaire pourrait bien différer sensiblement de son appréhension des lois de police classiques. Le contexte communautaire met ainsi bien en évidence la différence de philosophie fondamentale qui, selon nous, sépare les deux concepts.

A l'instar des lois de police classiques, le recours à l'exception d'ordre public international semble susceptible de heurter les libertés fondamentales du droit communautaire. C'est pourquoi l'influence des exigences communautaires sur la place des lois de police étrangères (§ I) doit être envisagée séparément de leur influence sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international (§ II).

§ I : La place de la théorie des lois de police étrangères.

178. Bien que les origines de la théorie semblent assez lointaines⁵⁰³, elle ne fait pas encore l'unanimité sur le continent européen⁵⁰⁴. La jurisprudence des juridictions étatiques sur cette question, pour sa part, se résume à quelques décisions anciennes⁵⁰⁵ présentant cependant

⁵⁰² V. not. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *TCFDIP* 2003/2004, p. 65 ; É. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT (dir.), Dalloz, Actes, 2004, p. 117.

⁵⁰³ La théorie de la *Sonderanknüpfung* (traduit en français par l'expression « rattachement spécial ») développée par WENGLER puis ZWEIGERT et mise en exergue par NEUMAYER peut être considérée comme l'ancêtre de la théorie des lois de police étrangères. De ce dernier auteur, V. « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *RCDIP* 1957, p. 579 ; *RCDIP* 1958, p. 53.

⁵⁰⁴ En atteste la rédaction de l'article 22 de la convention qui autorise les Etats signataires à réserver l'application de l'article 7.1. Le Luxembourg, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont usé de cette faculté.

⁵⁰⁵ Il s'agit notamment (pour ne citer que les plus connus) des arrêts *Ralli Brothers versus Compania Naviera Sota y Aznar* (1920), (2 K. B., 287) dans lequel la King's Bench Division, tout en reconnaissant que la loi applicable au contrat litigieux était la loi anglaise, refusa de faire droit à la demande d'une partie tendant à percevoir un montant supérieur à ce que la législation espagnole autorisait, le paiement devant avoir lieu en Espagne ; *Regazzoni c. Sethia* (1956, 1 All. E. R. 229 Q. B.); *Alnati* (Hoge Raad, 13 mai 1966, *RCDIP* 1967, p. 522, note STRUYCKEN ; *JDI* 1969, p. 1010, note KOLLEWIJN) dans lequel les magistrats de la Cour suprême néerlandaise déclarèrent qu'« il peut arriver que, pour un Etat étranger, l'observation de certaines de ses règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que les juges doivent en tenir compte et dès lors les appliquer de préférence au droit d'un autre Etat qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat » sans toutefois faire application du principe ainsi dégagé en l'espèce ; BGH 22 juin 1972, *BGHZ* 59, 82. Dans cette dernière affaire, pour refuser d'accorder une indemnité demandée par un importateur de statuettes

l'intérêt de mettre en évidence le lien entre la théorie et les considérations d'ordre politique⁵⁰⁶. Cette théorie est donc en attente d'applications concrètes⁵⁰⁷. Pourtant, il semblerait bien que le contexte communautaire soit propice à l'épanouissement de la théorie des lois de police étrangères⁵⁰⁸. Elle pourrait bien présenter un intérêt tout particulier dans ce contexte (B). En outre, si la méthode n'est pas très claire, la convention de Rome a contribué à en préciser les conditions de mise en œuvre. Elle propose en effet un régime comportant de bonnes garanties (C) visant à prévenir les obstacles que l'on pourrait lui opposer (A).

A. Les obstacles au recours aux lois de police étrangères.

179. De prime abord, l'idée même de faire application d'une loi de police étrangère apparaît comme une curiosité. Si l'on demande à un juge de se prononcer sur l'application d'une loi de police appartenant à un ordre juridique étranger, on se heurte, au plan théorique, à un certain nombre d'obstacles. En particulier, quelle est la contribution respective du juge du for et de celui du système juridique étranger auquel appartient la loi de police dans le principe de la mise en œuvre de cette loi de police ? Autrement dit, doit-on apprécier le caractère de loi de police de la disposition en cause uniquement selon les critères de la juridiction étrangère ?

nigérianes à l'encontre de son assureur pour perte ou vol de ces biens, la Cour fédérale allemande s'est fondée sur la loi nigérienne interdisant l'exportation de biens culturels. Elle précise que le souci de protéger les biens culturels est reconnu par la communauté internationale et notamment par la convention de l'UNESCO du 14 novembre 1970.

⁵⁰⁶ Tel est le cas par exemple de l'arrêt *Regazzoni contre Sethia* préc. Le contexte politique de cette affaire mérite d'être rappelé : le gouvernement de l'Inde (qui était à l'époque sous tutelle britannique) avait instauré un embargo sur toutes les marchandises destinées à l'Afrique du sud en raison de tensions politiques envenimant les relations entre l'Inde et l'Afrique du sud. Suivant les termes d'un contrat conclu entre deux parties résidant en Europe, l'une d'elles s'engageait à livrer du jute en provenance d'Inde à Gênes. La marchandise devait ultérieurement être transportée en Afrique du sud. Par ailleurs, les parties s'étaient accordées pour soumettre le contrat au droit anglais. La juridiction britannique saisie d'un litige relatif à celui-ci déclara nulle la stipulation contrevenant à l'embargo indien, au motif qu'elle conduisait à l'accomplissement d'un acte qui était illégal selon les lois indiennes. V. également la décision du tribunal d'arrondissement de La Haye du 17 septembre 1982 reproduite à la *RCDIP* 1983, p. 473, note B. AUDIT *ibidem*, p. 401 ; *RabelsZ* 1983, p. 141, note BASEDOW. En l'occurrence, pour refuser d'appliquer la loi américaine s'opposant à la livraison, par des sociétés filiales européennes de sociétés américaines, de matériaux destinés à la construction du gazoduc sibérien, le tribunal a notamment invoqué la nature très politique de l'embargo et les risques de chômage que provoquerait l'application de cette loi en Europe.

⁵⁰⁷ Il ressort d'un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 janvier 2004 (*Bull.* IV, n° 9) que le régime exposé à l'article 7.1 concerne exclusivement les lois de police étrangères et non celles du for. Par conséquent, les Hauts magistrats estiment que la Cour d'appel n'avait pas à procéder aux recherches auxquelles le juge devrait se livrer dans le cadre de l'article 7.1 de la convention de Rome, puisqu'il s'agissait en l'espèce de faire application d'une loi de police du for. Est ainsi nettement mise en évidence une différence de régime entre les articles 7.1 et 7.2 de la convention.

⁵⁰⁸ Ainsi, M. FALLON, dès 1995, s'interrogeant sur l'incidence du droit communautaire sur le fonctionnement de la règle de conflit, soulevait la question de la place des règles de conflit de systèmes en droit international privé communautaire. L'auteur estimait que « (l) a nécessité de prendre en compte les règles spéciales d'applicabilité des lois de police étrangères, comme aussi de donner effet à de telles lois de police, pourrait parfaitement se concilier avec une exigence du marché intérieur. ». V. *Rec. des cours* préc. note 454, spéc. p. 234, n° 137.

Quel sera le rôle du système juridique du for ?⁵⁰⁹ Enfin, s'agira-t-il alors d'en faire une application pure et simple ou bien le juge pourra-t-il en moduler la mise en œuvre ?

On peut reprocher à la théorie des lois de police étrangères le risque de conflits de lois de police pouvant découler d'un recours systématique à cette méthode. En outre, celle-ci pourrait, en raison du dépeçage⁵¹⁰ auquel elle conduit, porter atteinte à la cohérence du contrat⁵¹¹. Ces questions traduisent l'hésitation suscitée par la théorie des lois de police étrangères et expliquent que celle-ci n'ait guère de succès auprès des juridictions⁵¹². Pourtant, elle ne manque pas d'intérêts.

⁵⁰⁹ Selon M. MAYER, « *c'est le for qui décide, en constatant seulement l'existence d'un intérêt objectif et légitime à l'application de la règle étrangère, de déroger à son profit à la règle de conflit. Cela n'implique pas pour autant une bilatéralisation des critères du for, car l'intérêt attaché à l'application de la règle étrangère dépend de son contenu et de la fonction qu'elle remplit dans le système auquel elle appartient.* » V. « Les lois de police », *TCFDIP* 1985, p. 105, spéc. p. 109 ; l'auteur reprend la position qui est la sienne lorsqu'il développe ses arguments en faveur de l'application des lois de police étrangères dans son article « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277, spéc. p. 318.

⁵¹⁰ M. LAGARDE a mis implicitement en évidence, à l'occasion de son étude consacrée au dépeçage (« Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. di dir. int. e proc.* 1975, p. 649), ce que pourrait être l'une des fonctions de la théorie des lois de police étrangères. En effet, pour M. LAGARDE, « *le dépeçage comme moyen de faire respecter l'autorité de la loi peut d'abord être considéré comme un sous-produit de la doctrine dite des lois d'application immédiate ou des lois de police* » (*op. cit.*, n° 12, p. 659). Retenant une conception étroite de ces dernières, c'est en matière de lois de police étrangères que, selon nous, le dépeçage paraît être investi d'un rôle considérable. Sous cet angle, il s'agit de rechercher dans quelle mesure le dépeçage permet d'appliquer différentes lois émanant d'ordres juridiques distincts, ce afin de régir une partie du contrat. Pour poser des limites suffisamment efficaces au dépeçage dans sa fonction d'accomplissement de la volonté des parties, l'auteur (*op. cit.*, p. 676-677, n° 32) préconise notamment le respect des dispositions impératives de la *lex causae*, sans qu'il y ait lieu de distinguer en fonction du champ d'application qu'elles s'assignent. L'affirmation vaut ainsi pour les lois d'application immédiate de la *lex causae* (que celles-ci appartiennent à la *lex fori* ou non). Ce point ne semble guère soulever de difficultés d'ordre théorique ou pratique en droit international privé contemporain. Un problème peut néanmoins surgir lorsque la norme désignée par la méthode classique des conflits de lois refuse de s'appliquer à la situation en cause en raison notamment d'un domaine spatial « autolimité » (selon l'expression de DE NOVA). Autrement dit, il s'agit de se demander s'il y a lieu de tenir compte de leur champ d'application restreint, étant précisé que la démarche a été critiquée en ce qu'elle aboutissait, dans une certaine mesure, à permettre le renvoi, lequel est en principe exclu en matière contractuelle. Pour résoudre cette question, M. MAYER a recours à la distinction entre « critères spatiaux relatifs à la compétence de l'ordre juridique étranger » et « critères spatiaux relatifs au domaine d'une règle substantielle étrangère ». Le respect des premiers (qui se rapportent au renvoi) ne s'impose pas au juge. En revanche, lorsque celui-ci applique la loi étrangère, il doit respecter les seconds. (V. P. MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277 et s., spéc. p. 332 et s., n° 61 et s.) Cette même logique conduit la doctrine à résoudre le problème posé par la norme autolimitée en ne remettant pas en cause la désignation de l'ordre juridique auquel elle appartient. Le juge substituera à la norme autolimitée la règle de droit commun de l'ordre juridique désigné. V. DE NOVA, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », in *Mél. Maury*, t. I, p. 377 et s. Adde KINSCH (P.) : « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *RCDIP* 2003, p. 403.

⁵¹¹ Le souci de cohérence du contrat est souvent présenté comme la limite au dépeçage, en particulier dans sa fonction d'accomplissement de la volonté des parties. V. P. LAGARDE, art. préc. note 510, spéc. p. 668. Mais une telle préoccupation apparaît également dans le cadre du dépeçage en tant qu'il est au service de l'ordre public. Que l'on songe en effet aux conflits potentiels de lois de police.

⁵¹² On peut recenser toutefois un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 juin 1967, dans lequel les juges se déclarent prêts à tenir compte de lois de police étrangères, *JDI* 1968, p. 100, obs. DAYANT ; *D.* 1969, p. 221, concl. GRANJON.

B. Intérêts du recours à la méthode des lois de police étrangères.

180. Le recours à la technique des lois de police étrangères présente un certain nombre d'intérêts. Notamment, il constitue un bon moyen, comme le souligne M. LAGARDE⁵¹³, d'encadrer le dépeçage mis au service de la volonté des parties. On pourrait en effet craindre que celles-ci ne fassent une utilisation abusive du dépeçage permis par l'article 3 de la convention de Rome en vue d'éluder les règles internationalement impératives émanant d'Etats avec lesquels le contrat pourrait pourtant entretenir des liens étroits.

Par ailleurs, deux facteurs essentiellement nous semblent de nature à accroître l'intérêt du recours à la théorie des lois de police étrangères : il s'agit d'une part du contexte communautaire (1) ; d'autre part, de la réceptivité dont les arbitres témoignent à son égard (2).

1. Le contexte communautaire propice au recours aux lois de police étrangères.

181. Contrairement à ce que laisse entendre son intitulé, la théorie des lois de police étrangères se distingue très nettement de la théorie classique des lois de police. Une première différence concerne la philosophie sous-tendant cette méthode. Alors que cantonnée aux lois du for, la technique atteste un « repli sur soi » du système juridique, ce dernier refusant de tenir compte de la dimension internationale de la situation juridique, la technique des lois de police étrangères incarne tout au contraire une volonté de faire exception aux règles normales de désignation de la loi applicable pour tenir compte de certaines dispositions étrangères impératives présentant un lien avec cette situation juridique. En cela, elle témoigne d'une volonté – si ce n'est de collaboration⁵¹⁴ – du moins d'ouverture à l'égard des autres Etats.⁵¹⁵ C'est pourquoi un avantage appréciable du mécanisme est sa contribution à l'harmonie internationale des solutions, ce qui permet de réduire l'intérêt du *forum shopping*. De fait, il ressort de l'exposé des motifs de la proposition de règlement « Rome I » que le législateur communautaire a compris tout l'intérêt que celle-ci pouvait présenter dans le contexte communautaire, notamment en raison de l'existence du règlement « Bruxelles I ». On peut y lire en effet que « *la possibilité pour le juge saisi de prendre en compte les lois de police d'un*

⁵¹³ V. le rapport Giuliano-Lagarde (JOCE n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1-50) sous l'art. 7 de la convention de Rome. Les auteurs soulignent que « *le risque que le dépeçage ne soit effectué pour échapper à certaines dispositions impératives (...) peut être neutralisé grâce à l'article 7* » concernant les lois de police.

⁵¹⁴ L'expression évoquerait en effet la catégorie désuète des « lois politiques », dont la territorialité a été condamnée par l'Institut de droit international en 1954.

⁵¹⁵ M. LAGARDE pouvait ainsi écrire, à propos de l'article 19 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé dont la rédaction se rapproche fortement de celle de l'article 7.1 de la convention de Rome, qu' « *il s'agit d'une disposition progressiste marquant une tentative de solidarité entre les Etats pour épauler mutuellement leurs politiques législatives et déjouer les manœuvres de ceux qui cherchent, en utilisant au maximum les possibilités de la théorie des conflits de lois et de l'autonomie de la volonté, à se jouer des ordres juridiques nationaux* », *Annuaire suisse de droit international*, 1979, p. 88, cité par A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, spéc. p. 469, n° 450.

autre Etat membre qui présente des liens étroits avec le litige et dont les tribunaux auraient également pu être saisis par le demandeur paraît (...) essentiel dans un véritable espace de justice européen »⁵¹⁶.

L'harmonisation progressive du droit communautaire, associée à une interprétation de la Cour de justice, pourrait d'ailleurs faciliter la mise en œuvre des lois de police étrangères. En effet, le législateur communautaire pourrait préciser, dans les instruments qu'il adopte en vue de rapprocher les droits nationaux, les dispositions devant être considérées comme des lois de police. A défaut, la Cour de justice pourrait prendre position sur cette question. Cette qualification se répercuterait, dans le cas des directives, sur les lois nationales de transposition des dispositions en cause. Ainsi les juges des divers Etats membres auraient des indications quant à la volonté d'application de lois de police des autres Etats membres. En effet, lorsqu'il envisage de donner effet à une loi de police étrangère, le juge saisi doit se placer, en quelque sorte, du point de vue du juge étranger pour décider de la qualification de loi de police à propos de la norme qui relève de cet ordre juridique. Or, à partir du moment où le législateur communautaire ou la Cour de justice se sont explicitement prononcés sur une telle qualification à propos d'une norme de source communautaire, il devient plus facile, pour le juge d'un Etat membre X, de considérer que la loi de transposition de cette norme d'un pays membre Y avec lequel la situation juridique en cause entretient un lien étroit est une loi de police.

Dans l'arrêt *Ingmar*⁵¹⁷, la *lex fori* coïncidait avec la loi de l'ordre juridique avec lequel la situation entretenait un lien étroit, mais il n'en sera pas toujours nécessairement ainsi. On pourrait imaginer que le juge d'un autre Etat membre ait eu à connaître du litige opposant l'agent déployant son activité dans la Communauté à son commettant établi en Californie. Dans la mesure où la situation entretenait un lien étroit avec le territoire britannique, dans une telle hypothèse, il aurait certainement été opportun que le juge applique la loi britannique plutôt que la *lex fori*.

Si les hypothèses de recours à la technique des lois de police étrangères sont actuellement rares devant le juge étatique, elle présente d'ores et déjà un intérêt en matière d'arbitrage international.

⁵¹⁶ V. exposé des motifs, point 4.2, « article 8.2 ».

⁵¹⁷ CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Rec.*, p. I-9305, concl. Av. Gén. Ph. LEGER du 11 mai 2000, p. I-9307. Sur cet arrêt, V. les développements *infra*, n° 397 et s.

2. L'application des lois de police par l'arbitre.

182. L'arbitre n'ayant pas de for, on peut estimer, d'une certaine manière, que toutes les lois sont pour lui étrangères. La seule distinction pertinente en ce qui le concerne se fait entre les lois de police de la *lex contractus* et les autres. L'application par l'arbitre des lois de police de la *lex contractus* ne fait pas difficulté. Lorsqu'il s'interroge sur l'application d'une loi de police n'appartenant pas à la *lex contractus*, l'arbitre est un peu dans la position du juge qui s'interrogerait sur l'application d'une loi de police étrangère. Or un certain nombre de sentences arbitrales témoignent de la disposition des arbitres à être réceptifs à la théorie des lois de police étrangères.⁵¹⁸ A l'intérêt théorique de la question vient donc s'ajouter un enjeu pratique. C'est notamment lorsqu'il s'agit de veiller au respect des règles de police en matière de concurrence que l'arbitre devrait systématiquement s'interroger sur la conformité de la situation litigieuse avec le droit de la concurrence des pays avec lesquels cette situation entretient un lien étroit. A cette occasion, la pratique suivie par certains arbitres, consistant à recourir à l'article 7.1 de la convention de Rome pour décider s'il y a lieu de donner effet à une loi de police étrangère, devrait être vivement encouragée, notamment parce qu'elle favoriserait sans doute la reconnaissance et donc l'efficacité des sentences arbitrales. En outre, cette prise en compte des lois de police étrangères apparaît en quelque sorte comme la contrepartie de la confiance que l'Etat a placée dans l'institution arbitrale, qui s'est manifestée notamment par une extension du domaine de l'arbitrage⁵¹⁹.

Pourtant, lorsque les lois de police relevant du droit de la concurrence ne font pas partie de la *lex contractus*, les divergences doctrinales demeurent quant à la possibilité (voire l'obligation), pour l'arbitre, de les appliquer. Cependant, cette idée tend à gagner du terrain. Les auteurs défavorables à l'application, par l'arbitre, des lois de police étrangères, mettent en avant le rôle de la volonté des parties dans le cadre de la mission confiée à l'arbitre. Pour eux, les arbitres ne pourraient écarter l'application de la loi du contrat (en particulier si cette dernière résulte d'un choix des parties, ce qui sera très certainement le cas) au seul motif qu'une loi de police ayant des liens étroits avec la situation litigieuse revendique son application. Allant même plus loin, ils estiment que les arbitres qui procéderaient à l'application de cette loi dépasseraient les termes de leur mission et exposeraient leur sentence

⁵¹⁸ En ce sens, V. Y. DERAÏNS, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, 1982, p. 29.

⁵¹⁹ V. notamment la série d'arrêts célèbres ayant étendu abandonné la thèse de l'inarbitrabilité des litiges intéressant le droit de la concurrence : CA Paris, arrêt *Ganz* du 29 mars 1991, *Rev. arb.* 1991, p. 478 ; CA Paris, arrêt *Labinal* du 19 mai 1993, *JDI* 1993, p. 957, *Europe*, juill. 1993, n° 299 ; CA Paris, arrêt *Applix* du 14 octobre 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 164, note Ch. JARROSSON, *Europe*, mars 1994, *comm.* n° 155, obs. L. IDOT.

à un recours en annulation. Dans ce cas, la seule raison qui, selon eux, peut justifier l'application de la loi de police est le fait qu'en son absence, il y aurait violation de l'ordre public international⁵²⁰.

Selon Mme IDOT, qui adhère à une voie que l'on pourrait qualifier de « médiane », « *l'arbitre a la faculté d'appliquer les lois de police qui n'appartiennent pas à la lex contractus, mais (...) il n'a pas l'obligation de le faire. C'est un jugement en opportunité. La situation de l'arbitre rejoint en définitive celle du juge confronté à l'application des lois de police étrangères.* »⁵²¹

Selon une opinion plus « moderne », l'arbitre serait obligé d'appliquer le droit de la concurrence même extérieur à la loi du contrat. Cette obligation pèserait sur lui, en tout cas si la sentence risque d'être exécutée dans le pays dont le droit de la concurrence est méconnu. Cette solution est fondée sur le fait que l'arbitre doit veiller à l'exécution de sa sentence, et qu'une sentence qui ne tiendrait pas compte du droit de la concurrence du pays d'exécution, alors que celui-ci revendique son application, ne pourrait pas recevoir l'*exequatur* ou pourrait faire l'objet d'un recours en annulation⁵²². Finalement, selon cette conception, l'application par l'arbitre des lois de police apparaît comme une contrepartie à l'évolution contemporaine dans le sens d'une extension du domaine de l'arbitrabilité des litiges.⁵²³ Cette opinion présente le mérite de tenir compte de l'évolution contemporaine de la physionomie de l'arbitrage et doit donc, pour cette raison, être approuvée. Si elle gagne du terrain, on mesure l'intérêt que pourrait revêtir l'article 7.1 de la convention de Rome. Ce texte pourrait en effet

⁵²⁰ V. not. E. GAILLARD, « Arbitrage commercial international – Sentence arbitrale – Droit applicable au fond du litige », *Juriscl. dr. inter.*, fasc. 586-9-1, spéc. n° 103 et s.

⁵²¹ « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI* 1995, p. 321-341, spéc. p. 336, n° 38.

⁵²² Pour s'en tenir aux opinions récemment exprimées en ce sens, V. not. C. SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001 ; J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 309, 1999, not. p. 271 et s., n° 459 et s. Selon ce dernier auteur, « *Le pouvoir d'appliquer au fond une disposition d'ordre public étrangère à la loi choisie, au besoin en allant à l'encontre d'une volonté clairement exprimée des parties, résulte directement de la fonction juridictionnelle de l'arbitre. (...) De plus, le pouvoir d'appliquer une disposition d'ordre public étrangère au droit choisi résulte directement du devoir de l'arbitre de respecter l'ordre public étatique. La recherche de l'efficacité de la sentence et la sauvegarde de la pérennité de l'arbitrage impliquent nécessairement que l'ordre public étatique l'emporte sur la volonté des parties. C'est pourquoi l'ordre public étranger au droit choisi, dès lors qu'il présente des titres sérieux et légitimes à s'appliquer, est hiérarchiquement supérieur à la volonté des parties exprimée dans la clause d'élection de droit.* » (*Op.cit.*, spéc. n° 490, p. 287/288). Selon M. RACINE, il ressort de la lecture de nombreuses sentences arbitrales impliquant des lois de police étrangères, que très souvent, les arbitres font des références assez précises aux lois de police étrangères et en particulier à la possibilité, à certaines conditions, d'en faire application. On peut citer à titre d'exemples une sentence néerlandaise rendue en 1982 dans laquelle l'arbitre cita mot pour mot l'article 7.1 de la convention de Rome. (Sentence partiellement publiée au *Yearbook Commercial Arbitration* 1983, p. 160) ou encore une sentence CCI n° 6773 (*Bull. CIA/CCI*, mai 1995, p. 66). Mais comme le déplore l'auteur, « *la montagne a accouché d'une souris* » puisque dans l'immense majorité des cas, ces lois de police étrangères sont finalement écartées au stade de la sentence de l'arbitre. *Op. cit.*, spéc. p. 349, n° 624.

⁵²³ En ce sens, V. M. FOUCHARD, intervention consécutive à la communication du 23 novembre 1985 de M. MAYER au comité français de droit international privé « Les lois de police » préc. note 509, spéc. p. 116.

être utile à l'arbitre désireux de faire application de lois de police étrangères⁵²⁴, dans la mesure où il apporte des précisions sur les conditions de leur mise en œuvre.

C. L'apport de l'article 7.1 de la convention de Rome.

183. Les reproches adressés à la théorie des lois de police étrangères ne sont pas décisifs pour la condamner, dès lors que certaines précautions entourent sa mise en œuvre. L'article 7.1 de la convention de Rome, dont la substance est quasiment reprise à l'article 8.3 de la proposition de règlement « Rome I », est un texte qui pourrait faciliter la prise en compte des lois de police étrangères dans la mesure où il comporte, précisément, un certain nombre de garanties permettant notamment de remédier à un inconvénient du dépeçage du contrat qui en résulte, à savoir, le risque de porter atteinte à la cohérence du contrat (1). Il donne en outre des indications concernant la résolution de potentiels conflits de lois de police (2). L'exercice de leur faculté de réserve relative à ce texte par certains des Etats signataires paraît dans ces conditions d'autant plus difficile à comprendre⁵²⁵. A cet égard, l'un des avantages procuré par le reformatage de la convention de Rome en instrument communautaire sera de rendre ces réserves caduques.

1. Les garanties visant à préserver la cohérence du contrat.

184. Les auteurs de la formule ont estimé sage d'entourer le principe d'un certain nombre de précautions qui sont le reflet des nombreuses incertitudes qui entourent la théorie dite « des lois de police étrangères ». Certaines de ces précisions s'avèrent plus efficaces que d'autres en matière de dépeçage.⁵²⁶

L'article 7.1 de la convention de Rome⁵²⁷ précise que le contrat doit présenter un lien étroit avec le pays dont la loi de police revendique son application au cas d'espèce. Si les juges sont

⁵²⁴ Certes, la convention de Rome ne concerne pas les conventions d'arbitrage (art. 1.2 d)). Ce qui n'empêche pas l'arbitre de s'en inspirer.

⁵²⁵ Et ce, d'autant plus que le texte de l'article 7.1 de la convention de Rome est plus précis, quant aux précautions entourant la mise en œuvre de la théorie des lois de police étrangères, que celui de l'article 7 de l'avant-projet de convention C.E.E. sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, d'où il tire son origine. Le ton y est également moins catégorique. Selon ce texte, en effet, « *Lorsque le contrat présente également des liens avec un pays autre que celui dont la loi est applicable en vertu des articles 2, 4, 5, 6, 16, 17, 18 et 19 § 3, et que la loi de cet autre pays contient des dispositions réglant impérativement la matière d'une façon qui exclut l'application de toute autre loi, il sera tenu compte de ces dispositions dans la mesure où leur nature ou leur objet particuliers pourraient justifier cette exclusion* ».

⁵²⁶ Ainsi la condition selon laquelle l'application des dispositions impératives étrangères doit se justifier par « leur nature » et « leur objet » est imprécise, comme le souligne Mme GAUDEMET-TALLON. V. « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 3201, spéc. n° 93.

⁵²⁷ Selon ce texte, « *Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou*

souverains dans l'appréciation de ce lien étroit, il n'y a là rien de spécifique à l'article 7.1. En effet, il en va de même dans le cadre des articles 4 et 6 *in fine*. On retrouve là l'idée sous-tendant la convention. Le rapport Giuliano-Lagarde, pour éclairer cette précision relative au lien étroit, donne l'exemple du contrat devant être exécuté dans le pays en cause ou encore « *lorsqu'une partie a sa résidence ou son centre d'affaires dans cet autre pays* »⁵²⁸. Il est précisé par ailleurs que « *(l)e lien dont il est question (afin de déclencher l'application de la loi de police étrangère) doit exister entre l'ensemble du contrat et la loi d'un pays autre que celui auquel le contrat est soumis.* »⁵²⁹ Les auteurs du rapport justifient l'adoption de cette position par le rejet d'une proposition émanant d'une délégation tendant à établir un lien entre la question en litige et une loi déterminée. Or une telle proposition « *aurait causé un morcellement regrettable du contrat et aurait donc conduit à l'application de lois impératives non prévisibles pour les parties.* »⁵³⁰ En somme, la formule utilisée à l'article 7.1 vise à prévenir les risques de dépeçage excessif du contrat, ce qui en altérerait la cohérence et nuirait à la sécurité juridique.

Par ailleurs, une formule telle que celle utilisée dans l'article 7.1 permet une certaine souplesse dans les modalités de mise en œuvre de la loi étrangère, ce qui constitue un outil précieux afin de préserver la cohérence du contrat. Le texte évoque ainsi la possibilité de « donner effet » à des dispositions impératives d'un droit étranger.⁵³¹ Or le rapport Giuliano-Lagarde explique que ces mots « *confèrent au juge la tâche très délicate de combiner les dispositions impératives avec la loi normalement applicable au contrat dans la situation concrète.* » De façon plus explicite, Mme GAUDEMET-TALLON⁵³² précise que cette expression autorise le juge à aménager ou ne retenir que certains points de la disposition étrangère en cause, « *de façon à la rendre conciliable avec la loi du contrat* », et ainsi aboutir « *à un résultat cohérent* ».

de leur non-application. » La proposition de règlement « Rome I » reprend une formule qui se veut légèrement plus précise. En effet, selon l'article 8.3, « *Il pourra également être donné effet aux lois de police d'un autre pays que celui du for, avec lequel la situation présente un lien étroit. Pour décider si effet doit être donné à ces lois, le juge tiendra compte de leur nature et de leur objet conformément à la définition du paragraphe 1er, ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application pour l'objectif poursuivi par la loi de police concernée ainsi que pour les parties* ». Cette dernière référence aux conséquences découlant, pour les parties, de l'application ou non des dispositions en cause au titre de lois de police étrangères, se justifie très certainement par le souci de ne pas perturber la sécurité juridique.

⁵²⁸ Rapport Giuliano-Lagarde, *JOCE*. n° C 282 du 31 octobre 1980, p.1-50.

⁵²⁹ Rapport préc., v. « article 7.2 ».

⁵³⁰ *Op. cit.*

⁵³¹ La possibilité de « donner effet » à certaines lois de police étrangères se distingue de leur simple « prise en considération ». L'exemple souvent cité est celui de la mesure d'embargo. Si l'on raisonne à partir d'un contrat international, cette mesure est admise comme constituant un fait constitutif de force majeure.

⁵³² « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 3201, spéc. n° 95.

Cette souplesse permet donc de se prémunir contre les conséquences fâcheuses qui pourraient résulter de la combinaison hasardeuse de lois émanant d'ordres juridiques distincts. Elle présente donc l'avantage de faciliter, et partant d'encourager l'application cumulative de différentes lois appartenant à des Etats avec lesquels le contrat présente des liens étroits et qui ont un intérêt au respect, y compris à l'échelle internationale, de certaines dispositions impératives. Pour autant, les auteurs de l'article 7.1 ont cherché à prévenir les inconvénients résultant d'un « dépeçage » excessif. Ils ont également cherché à prévenir les potentiels conflits de lois de police.

2. Les garanties permettant de résoudre de potentiels conflits de lois de police.

185. Le problème du conflit de lois de police ne prend pas la même ampleur selon qu'il s'agit d'un conflit entre une loi de police du for et une loi de police étrangère ou d'un conflit entre plusieurs lois de police étrangères. Il existe en effet des clés de solution pour résoudre le premier type de conflit. Ainsi, il est admis aujourd'hui que le juge doit faire prévaloir la loi de police du for sur toute autre loi d'application nécessaire étrangère⁵³³.

Le problème demeure cependant dans l'hypothèse d'un conflit de lois de police étrangères. Mme IDOT est parfaitement consciente que « *la méthode de résolution des conflits de lois de police par le juge étatique reste encore à élaborer.* »⁵³⁴ Pour résoudre les conflits de lois de police, la doctrine⁵³⁵ a jadis proposé le recours à la règle de conflit du for. Un autre courant a dégagé le critère tiré de l'« effectivité ». L'idée sous-jacente y est que le juge devrait trancher ce conflit au profit de la loi qui « *risque le plus de s'imposer en fait aux parties* »⁵³⁶. Cette méthode n'emporte cependant pas la conviction. En effet, la directive paraît inutile dans la mesure où la loi qui s'imposera aux parties sera celle que le juge aura lui-même choisi d'appliquer⁵³⁷.

⁵³³ Mme GAUDEMET-TALLON écrit, à ce sujet que « (d)ès lors que le caractère de loi de police est reconnu à une disposition du for, elle doit l'emporter sur toute autre disposition, et, en particulier, sur une loi de police étrangère ». « Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Jurisclasseur Europe*, fasc. 3201, spéc. n° 84. Dans le même sens, V. notamment A. KASSIS, « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », *LGDJ* 1993, spéc. p. 471, note 87. *Adde* P. MAYER, « Les lois de police étrangères », art. préc. note 510, spéc. p. 329, n° 57. Cependant, pour Mme IDOT, raisonnant à partir du droit de la concurrence, s'il est acquis que le juge, dans l'hypothèse d'un conflit entre une loi de police du for et une loi de police étrangère, doit privilégier la première, dans l'hypothèse d'un vrai conflit, « *la préférence donnée automatiquement à la loi du for ne paraît plus aussi justifiée que dans le passé. En effet, les autorités spécialisées admettent maintenant un principe d'autolimitation dans l'application du droit de la concurrence qu'elles sont chargées de mettre en oeuvre. Dès lors, le problème se pose de savoir s'il ne faudrait pas faire jouer un principe identique devant le juge de droit commun.* (...) »

⁵³⁴ *Op cit*, n° 46, p 340.

⁵³⁵ V. not. Y. LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1973, vol. 139, p. 271, spéc. p. 336.

⁵³⁶ C'est la position soutenue notamment par les unilatéralistes. V. not. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1 et s. ; 209 et s. ; 415 et s., spéc. p. 34.

⁵³⁷ V. en ce sens P. MAYER, « Les lois de police étrangères » préc. note 510, spéc. p. 329, n° 57.

C'est pourquoi l'article 7.1 de la convention de Rome, en ce qu'il fournit des indications relatives aux conditions de mise en œuvre de certaines dispositions impératives appartenant à des ordres juridiques étrangers, présente un intérêt certain dans l'élaboration d'une méthode de résolution des conflits de lois de police. C'est ainsi que le texte prescrit au juge de tenir compte des conséquences découlant de l'application ou de la non application de la loi de police étrangère. MM. GIULIANO et LAGARDE estiment que cette précision clarifie et renforce la règle. « *En effet, un pouvoir discrétionnaire doit être donné au juge particulièrement dans le cas où des règles impératives contradictoires de deux pays différents se veulent simultanément applicables à la même situation, et où un choix doit nécessairement être fait entre l'une et l'autre.* »⁵³⁸

La proposition de règlement de règlement « Rome I » comporte une précision supplémentaire. En effet, l'article 8.3 précise que pour décider de donner ou non effet à une loi de police étrangère, le juge doit tenir compte des conséquences découlant de son application ou de sa non application « *pour l'objectif poursuivi par la loi de police concernée ainsi que pour les parties* ». Manifestement, la formule témoigne d'un souci d'assurer à la fois la sécurité juridique et le respect de l'autorité de la loi. En somme, on retrouve là les termes du débat concernant l'application, par l'arbitre, des lois de police étrangères.

On constate que, dans l'ensemble, de nombreux facteurs se combinent pour favoriser l'essor de la théorie des lois de police étrangères dans le contexte communautaire. A l'inverse, le mécanisme de l'exception d'ordre public international pourrait, parmi d'autres effets, connaître un certain recul dans les relations intracommunautaires.

§ II : L'exception d'ordre public international.

186. L'impact du droit communautaire sur le mécanisme de l'exception d'ordre public international, que ce soit en matière de contrôle des décisions judiciaires ou extrajudiciaires ou en matière de détermination de la compétence législative, se fait sentir à deux niveaux. D'abord, il semble que le droit communautaire invite à une restriction du recours à cette exception dans les relations entre Etats membres (A). Ensuite, ceux-ci peuvent être contraints d'utiliser ce mécanisme en vue d'assurer le respect des objectifs fondamentaux du droit communautaire. Ce dernier participe alors à un enrichissement du contenu de l'ordre public international des Etats membres (B).

A. La retenue dans la mise en œuvre de l'exception.

⁵³⁸ Cependant, certains auteurs dénoncent justement un tel « un pouvoir discrétionnaire pour régler un conflit de lois de police ». V. KASSIS, ouvrage préc. note 533, spéc. p. 471, n° 454.

187. Le contrôle communautaire sur la réserve d'ordre public international suit des modalités différentes selon qu'elle figure ou non dans un instrument de source communautaire. Mme POILLOT-PERUZZETTO⁵³⁹ parle de contrôle direct du droit communautaire sur la mise en œuvre de la réserve de l'ordre public lorsqu'il existe un instrument communautaire comportant le concept d'ordre public. Dans ce cas, le juge communautaire est compétent pour l'interpréter de façon autonome. De tels instruments existent aussi bien dans le domaine de la reconnaissance des jugements étrangers, que dans celui de la détermination de la compétence législative. Mais, s'agissant de cette dernière, la Cour de justice ayant été seulement tout récemment investie de la fonction d'interpréter la convention de Rome⁵⁴⁰, il n'existe pas encore de jurisprudence précisant le concept d'ordre public international dans le cadre de cet instrument. Au contraire, en matière de reconnaissance des jugements, il existe une jurisprudence fournie puisque si la convention de Bruxelles a été reformatée récemment en instrument communautaire⁵⁴¹, la Cour de justice était déjà compétente, en vertu d'un protocole additionnel du 3 juin 1971, pour interpréter la convention et notamment la clause relative à l'exception d'ordre public. Désormais, cette compétence dérive du traité CE. C'est pourquoi l'interprétation développée par la Cour dans le cadre de cet instrument nous retiendra spécialement pour illustrer le contrôle direct opéré par le droit communautaire sur le concept d'ordre public international. Hormis le règlement « Bruxelles I », le règlement 1346/2000/CE du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁵⁴² contient également une clause relative à l'exception d'ordre public international⁵⁴³. Dans les domaines respectifs de ces actes, la Cour de justice est compétente pour interpréter le concept d'ordre public et pour en contrôler la mise en œuvre par les Etats membres.

Ces précisions étant apportées, nous examinerons successivement l'impact du droit communautaire sur l'exception d'ordre public international au stade de la détermination de la compétence législative (1) puis au stade de la reconnaissance des jugements (2).

⁵³⁹ V. « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *TCFDIP* 2003/2004, p. 65, spéc. p. 74.

⁵⁴⁰ En effet, les deux protocoles rédigés à cette fin ont finalement été ratifiés par le nombre d'Etats requis et sont entrés en vigueur le 1^{er} août 2004. V. le décret n° 2005-17 du 5 janvier 2005, *JORF* du 12 janvier 2005, p. 501.

⁵⁴¹ Règlement 44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »), *JOCE* n° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1.

⁵⁴² *JOCE* n° L 160 du 30 juin 2000, p. 1. Sur ce règlement, V. not. JUDE (Jean-Michel) : *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*, PUAM, 2003.

⁵⁴³ V. l'article 34, 1° du règlement « Bruxelles I » (ancien article 27, 1° de la convention de Bruxelles) et l'article 26 du règlement « insolvabilité » selon lequel « Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision prise dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution. ».

1. Au stade de la détermination de la compétence législative.

188. Aujourd'hui, il semble admis, du moins en doctrine (à défaut de jurisprudence explicite sur ce point) que le droit communautaire, en ce qu'il vise à instaurer un espace intérieur, semble *a priori* s'opposer au principe du recours, par les Etats membres, à l'exception d'ordre public international visant à paralyser la mise en œuvre de la loi d'un Etat membre désignée par le jeu normal de la règle de conflit. Il en irait ainsi en raison du principe de « confiance mutuelle » que le droit communautaire véhicule⁵⁴⁴. Ce dernier pourrait restreindre l'utilisation du mécanisme de l'exception d'ordre public international à deux niveaux. D'une part, lorsque le droit de l'Etat membre désigné par la règle de conflit d'un autre Etat membre résulte de la transposition d'une directive, soit que l'Etat étranger ait transposé la directive, contrairement au pays du for, soit qu'il ait exercé une option ouverte par la directive, le juge du for ne pourrait l'écarter au profit de la *lex fori*.⁵⁴⁵ D'autre part, l'exception est soumise au même contrôle des entraves aux échanges que toutes les normes nationales. C'est dire qu'elle doit passer les tests communautaires en la matière ; et c'est seulement si la mise en œuvre de l'exception se trouve justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et sous réserve du respect d'une juste proportion que celle-ci sera tolérée. M. RADICATI DI BROZOLO précise bien l'impact du droit communautaire sur le mécanisme de l'exception d'ordre public. Ainsi, raisonnant à partir de la convention de Rome, il explique que le contrôle vise en réalité la règle rendue applicable en vertu des mécanismes concernant l'ordre public.⁵⁴⁶

On sait toutefois qu'en matière contractuelle, le recours à l'exception d'ordre public international semble plutôt exceptionnel, du moins en droit français (par comparaison notamment avec le droit international privé italien qui semble plus enclin à y recourir). C'est pourquoi l'on ne trouve guère de jurisprudence énonçant clairement cette solution, contrairement à ce que l'on observe à propos des lois de police⁵⁴⁷. Dès lors, même si la Cour de justice est aujourd'hui compétente pour interpréter la convention de Rome, il ne devrait pas en résulter un bouleversement en la matière. En outre, un auteur a fait remarquer que le contrôle communautaire sur l'exception d'ordre public dans le domaine des conflits de lois

⁵⁴⁴ V. notamment M. FALLON et J. MEEUSEN, « Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37-66, spéc. p. 62.

⁵⁴⁵ En ce sens, V. notamment M. FALLON, *Rec. des cours* préc. note 454, spéc. p. 253, n° 146.

⁵⁴⁶ « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, p. 401, spéc. p. 416/417. L'auteur écrit : « une déclaration d'incompatibilité de la règle permettant l'exception au fonctionnement normal des règles de conflit ne me paraît pas soutenable ; dès lors, la déclaration d'incompatibilité ne pourra que toucher la règle matérielle qui serait rendue applicable par l'article 7 ou l'article 16 de la convention. »

⁵⁴⁷ V. en particulier l'arrêt *Arblade*, CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, *RCDIP* 2000, p. 710, note M. FALLON. Sur l'incidence du droit communautaire sur les lois de police dans le cadre de la mise en œuvre des tests en matière d'entraves, V. *infra*, n° 411 et s.

devrait être moins vigoureux que dans celui des effets des jugements (*i. e.* les exceptions invoquées par les ordres juridiques nationaux devraient être admises plus facilement), parce que, d'une part, « *le principe communautaire à l'aune duquel les exceptions nationales sont mesurées (soit la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice) est moins chargé de valeurs communautaires que le principe de libre circulation des jugements* »⁵⁴⁸. D'autre part, en droit privé, le droit communautaire ne dispose pas, en quelque sorte, d'une « *lex fori* d'arrière-plan », dans la mesure où le droit communautaire matériel est encore peu développé. Dès lors, les Etats membres devraient théoriquement plus facilement pouvoir mettre en œuvre l'exception d'ordre public international⁵⁴⁹ au stade de la détermination de la compétence législative qu'à celui de la reconnaissance des décisions. Reste qu'en matière contractuelle, il nous semble que l'exception d'ordre public international occupe une place réduite.

2. Au stade de la reconnaissance des décisions.

189. Fondé sur les dispositions issues du traité d'Amsterdam relatives à la création d'un espace de justice, de sécurité et de liberté, le règlement « Bruxelles I » résulte d'une communautarisation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Sur le fond, il se situe directement dans le prolongement de la convention. C'est dire que la jurisprudence développée sous l'empire de cette dernière demeure pertinente pour éclairer la mise en œuvre du concept d'ordre public qui figure dans le règlement.

Ce dernier organise l'accueil, dans les Etats membres, des décisions rendues par les juridictions des autres Etats membres. En vue de faciliter la circulation des jugements, il contient notamment des restrictions relatives au contenu de l'ordre public pouvant être invoqué par un Etat membre à l'encontre d'un autre Etat membre pour justifier le refus de reconnaître un jugement. Ainsi le juge de l'Etat requis ne peut pas réviser au fond la décision et ne peut donc pas en refuser la reconnaissance ou l'exécution au seul motif qu'une divergence apparaîtrait entre la règle de droit appliquée par le juge de l'Etat d'origine et celle qu'aurait appliquée le juge de l'Etat requis s'il avait été saisi du litige. Par ailleurs, le règlement interdit en principe le contrôle de la compétence du juge d'origine. Certains contrôles d'ordre procédural ont cependant été maintenus, tels la violation des droits de la défense et l'inconciliabilité des décisions.

⁵⁴⁸ V. S. POILLOT-PERUZZETTO, art. préc. note 539, spéc. p. 76.

⁵⁴⁹ *Ibid.* Adde, en ce sens, J. BASEDOW, qui estime qu'« *(u)ne correction de l'ordre public national par le biais du droit communautaire n'arrivera que rarement au stade des conflits de lois* ». V. « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 55, spéc. p. 63.

190. La Cour a déjà précisé que la clause d'exception d'ordre public (prévue à l'article 27, 1° de la convention de Bruxelles) devait jouer dans des circonstances exceptionnelles⁵⁵⁰. Elle justifie les restrictions entourant le déclenchement de l'exception en raison de l'obstacle que celle-ci représente à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux de la convention⁵⁵¹. Les récents arrêts *Krombach*⁵⁵² et *Renault contre Maxicar*⁵⁵³ illustrent la rigueur du contrôle communautaire dans le domaine de l'ordre public des effets des jugements. Ainsi, dans l'arrêt *Renault*, suite à une question préjudicielle posée par la cour d'appel de Turin, la Cour de justice estime qu'il revient à chaque Etat membre, dans la procédure d'exécution, de déterminer, en principe, l'étendue et les composantes de son ordre public national et ainsi les conditions qu'un jugement étranger doit remplir pour être reconnu par l'Etat requis. Cependant, l'article 27, 1° de la convention de Bruxelles (devenu 34 n° 1 du règlement) constitue, selon elle, un obstacle se dressant contre la réalisation d'un des buts fondamentaux de la convention de Bruxelles et doit par conséquent être interprété restrictivement. Elle estime donc qu'il lui appartient de définir les limites à l'intérieur desquelles le tribunal d'exécution peut faire référence à son ordre public national⁵⁵⁴. La Haute Juridiction exige une violation manifeste d'une norme juridique essentielle ou d'un droit considéré comme essentiel dans l'ordre juridique de l'Etat d'exécution. Elle estime en effet que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public par un Etat membre n'est possible que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre Etats membre « *heurterait*

⁵⁵⁰ CJCE, 4 février 1988, *Hoffmann, Rec.*, p. 645, spéc. point 21.

⁵⁵¹ CJCE, 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren, Rec.*, p. I-2237, spéc. point 20.

⁵⁵² CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Rec.*, p. I-1935, *RCDIP* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT.

⁵⁵³ CJCE, 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, aff. C-38/98, *Rec.*, p. I-2973, *RCDIP* 2000, p. 497, note H. GAUDEMET-TALLON. Sur cet arrêt, V. également S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'ordre public international en droit communautaire », *JDI* 2000, p. 299-307. Dans cette affaire, le gérant d'une société italienne avait construit des pièces de rechange pour les véhicules Renault, sur lesquelles une société française détenait, d'après le droit français, un droit de modèle industriel déposé. Le gérant de la société italienne avait alors été condamné au plan pénal pour faux, et au plan civil au paiement d'une indemnité. Suite à une requête en vue de faire reconnaître ce jugement en Italie, le gérant italien fit valoir que les pièces litigieuses ne faisaient pas l'objet de protection d'après le droit italien et que par conséquent, la copie de ces pièces relevait de la liberté de la concurrence. En s'y opposant sur le fondement du droit français, selon le gérant, Renault serait en abus de position dominante sur le marché de livraisons de pièces de rechange pour ses propres véhicules. Il s'ensuit que, selon lui, en application de l'art. 82 TCE, le jugement français ne devrait pas être reconnu et exécuté en Italie. En l'espèce était invoquée la violation du droit communautaire de la concurrence par la société française. La Cour de justice estime pourtant que l'Italie ne peut pas refuser l'exécution de ce jugement français.

Pour un exemple français d'interprétation restrictive de l'ordre public dans le cadre de la convention de Bruxelles, V. not. Cass., 1^{ère}, civ., 8 janvier 2000, *Europe* 2000, n° 126, *comm. L. IDOT*.

⁵⁵⁴ Comp. avec l'arrêt *Krombach*. La Cour y dit pour droit que s'il ne lui appartient pas « de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre Etat contractant » (point 23).

de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un droit fondamental ».

Par ailleurs, cette atteinte doit constituer une « *violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* »⁵⁵⁵. En l'espèce, le juge de l'Etat requis avait des doutes quant à la compatibilité de la décision du juge d'origine avec des règles communautaires relatives à la concurrence, celui-ci étant suspecté d'avoir commis éventuellement une erreur dans leur application. Or pour la Cour, un simple doute sur la compatibilité de la loi appliquée par le juge de l'Etat d'origine avec les exigences essentielles de l'ordre communautaire ne permet pas de caractériser une violation manifeste d'un principe essentiel qui seule pourrait être invoquée par le juge de l'Etat requis pour refuser d'accueillir un jugement. En effet, quand bien même était en cause la violation d'une règle de source communautaire, la Cour estime qu'une « *erreur éventuelle de droit* » ne caractérise pas la violation manifeste d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis⁵⁵⁶.

Caractériserait certainement une violation manifeste d'une règle essentielle de l'ordre juridique communautaire le non respect, par le juge d'origine, des conséquences découlant d'une décision précédemment rendue par la Cour de justice, dans laquelle celle-ci aurait clarifié un point de droit. Par exemple, si celle-ci a dit pour droit qu'une règle nationale contrevenait au principe de non discrimination en raison de la nationalité, l'application, par le juge d'origine, de cette loi, caractériserait certainement une violation manifeste d'un principe essentiel dans l'ordre juridique de l'Etat requis⁵⁵⁷.

Les décisions *Krombach* et *Renault* mettent donc en lumière les spécificités de l'exception d'ordre public au stade de la reconnaissance des jugements en droit communautaire. Si celui-ci commande une certaine restriction du recours à l'exception d'ordre public international dans les relations entre Etats membres, il pourrait nourrir le concept d'ordre public. Le mécanisme se présente alors comme un outil mis au service des objectifs communautaires.

B. L'exception d'ordre public international, outil au service des objectifs communautaires.

191. Ici aussi, il convient de distinguer la compétence législative (1) de la reconnaissance des décisions de justice (2).

⁵⁵⁵ V. point 30 de l'arrêt *Renault* préc. note 553.

⁵⁵⁶ V. point 34.

⁵⁵⁷ V. en ce sens M.-P. PULJAK, thèse préc. note 452, spéc. p. 280, n° 555.

1. Au stade de la détermination de la compétence législative.

192. Une compréhension de la manière dont le droit communautaire interfère sur les juges nationaux en les instituant « gardiens » du respect des règles fondamentales du droit communautaire passe par un rappel de certaines données propres au droit communautaire (a). Celles-ci nous permettront de comprendre la particularité de la mise en œuvre de l'exception dans les relations intracommunautaires (b).

a) Les données du droit communautaire.

193. En matière de conflit de lois, il est clair que les juges des Etats membres doivent assurer le respect des valeurs fondamentales du droit communautaire par le canal de l'ordre public international. En effet, les règles communautaires dotées d'effet direct font partie intégrante des législations nationales et leur respect s'impose de la même manière qu'en ce qui concerne les valeurs fondamentales du for. La solution s'impose en vertu du principe de primauté du droit communautaire affirmé par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt *Simmenthal*⁵⁵⁸ du 9 mars 1978. On sait que ce principe impose aux juges nationaux, dans le cadre de leurs compétences respectives, l'obligation d'assurer le plein effet du droit communautaire, en écartant l'application de toute disposition contraire en vigueur dans l'ordre juridique auquel ils appartiennent respectivement, même si celle-ci est postérieure à la règle communautaire.

Par ailleurs, le droit communautaire fait obligation au juge d'interpréter non seulement le droit national, mais aussi le droit étranger, dans la mesure du possible, en conformité avec les exigences du droit communautaire. Il en va certainement ainsi lorsque le juge national est confronté à une loi émanant d'un Etat membre qui n'a pas ou mal transposé une directive⁵⁵⁹. De même, il serait sans doute tenu d'interpréter, dans la limite du raisonnable et lorsque cela est possible, le droit étranger de telle sorte que son application ne heurte pas le droit primaire⁵⁶⁰.

La Cour de justice a également précisé que l'obligation, pour le juge national, de laisser inappliquée une disposition nationale incompatible avec le droit communautaire, concernait non seulement la *lex fori*, mais aussi la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for, lorsqu'il est impossible de l'interpréter en conformité avec le droit communautaire. Ainsi le juge national doit écarter le droit étranger incompatible avec le droit primaire ou dérivé⁵⁶¹. En

⁵⁵⁸ Aff. 106/77, *Rec.*, p. 629.

⁵⁵⁹ V. l'arrêt CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135. L'arrêt concernait l'interprétation du droit national, mais la solution est sans doute transposable, par identité de motifs, lorsqu'il s'agit pour le juge d'appliquer le droit étranger.

⁵⁶⁰ V. not. en ce sens M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » préc. note 395, spéc. p. 72, n° 41.

⁵⁶¹ V. not. CJCE, 12 juillet 1979, *Union laitière normande*, aff. 244/78, *Rec.*, p. 2663.

ce qui concerne la loi étrangère, cette éviction pourra se faire au moyen de l'exception d'ordre public international. Pourtant, en se plaçant sous l'angle du droit communautaire, et observant que dans l'hypothèse de l'éviction, par le juge national, d'une norme nationale contraire au droit communautaire, c'est le principe de primauté à lui seul et non l'exception d'ordre public international⁵⁶² qui en constitue le mécanisme, l'on peut s'interroger sur l'opportunité du recours à l'exception d'ordre public lorsqu'il s'agit pour le juge saisi d'écarter l'application de la loi d'un autre Etat membre qui contreviendrait à une règle fondamentale du droit communautaire.

b) Recherches sur le procédé d'éviction de la loi d'un autre Etat membre.

194. Un auteur a suggéré que la méthode de contrôle, par le juge du for, de la loi d'un autre Etat membre pourrait varier selon les caractères de la règle communautaire impliquée. L'hypothèse visée est celle où la loi désignée par la règle de conflit du for est celle d'un Etat membre n'ayant pas ou mal transposé une directive communautaire. Une distinction pourrait être faite selon que l'on est en présence d'un principe fondamental exprimé par le législateur communautaire sous la forme d'une règle présentant les caractères requis pour être dotée de l'effet direct ou d'un principe général qui n'édicte pas de règle précise de comportement⁵⁶³. Dans le premier cas, il serait inutile de recourir à l'exception d'ordre public international ; le procédé alors utilisé par le juge national consisterait à appliquer la règle dotée de l'effet direct dès lors que la situation entrerait dans son domaine d'application plutôt que d'évincer la loi étrangère. Dans le second cas de figure, le recours à l'exception d'ordre public international serait approprié. Ainsi, le juge du for mettrait à l'abri l'Etat dont il relève d'une action en manquement ainsi qu'en responsabilité⁵⁶⁴.

Mme PULJAK doute également de l'opportunité de recourir à l'exception d'ordre public international pour évincer la loi d'un autre Etat membre. Elle propose de distinguer selon l'origine formelle de la norme communautaire pour opérer un choix de méthode de droit international privé en vue d'imposer le respect, par le juge du for, des règles et principes revêtant une importance essentielle en droit communautaire⁵⁶⁵.

L'auteur distingue ainsi les normes essentielles qui incarnent les objectifs communautaires liés aux exigences du fonctionnement du marché intérieur et trouvant leur source exclusivement dans le droit communautaire et les normes qui ne trouvent pas leur origine

⁵⁶² On voit mal, en effet, comment l'exception d'ordre public international pourrait être déclenchée contre la *lex fori*...

⁵⁶³ V. M. FALLON, *Rec. des cours* préc. note 454, spéc. p. 255 et s., n° 148.

⁵⁶⁴ *Op. cit.*, spéc. p. 252, n° 145.

⁵⁶⁵ V. M.-P. PULJAK, thèse préc. note 452, spéc. p. 291 et s., n° 579 et s.

dans le droit communautaire, mais dont ce dernier s'est inspiré et qu'il a réceptionnées en manifestant son attachement à leur égard, notamment à l'article 6 TUE. Ces principes, le droit communautaire les a puisés dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cette distinction formelle entre ces deux types de normes appellerait une différence de méthode au regard du contrôle de leur respect par le juge national. En effet, contrairement aux règles qui relèvent exclusivement de la structure communautaire, les principes issus d'instruments internationaux (telle que la convention européenne) auxquels le droit communautaire témoigne son attachement et qui relèvent des « principes généraux du droit communautaire »⁵⁶⁶, n'ont pas le statut des normes de source communautaire éventuellement dotées de l'effet direct. De même, le droit communautaire ne pourrait en imposer le respect aux Etats membres *via* le principe de primauté⁵⁶⁷.

Si les principes réceptionnés par le droit communautaire peuvent certainement passer par le canal de l'exception d'ordre public international⁵⁶⁸, l'auteur estime que cette dernière méthode paraît inappropriée en ce qui concerne les normes essentielles du droit communautaire qui trouvent leur source exclusivement dans ce droit et qui sont liées aux objectifs de réalisation d'un marché intérieur. Celles-ci s'imposent dans les Etats membres en vertu du principe de primauté et bénéficient de l'effet direct. C'est pourquoi elles devraient faire l'objet d'une application directe de la part des juges nationaux, sans que ceux-ci aient besoin de recourir à l'exception d'ordre public international. Plus précisément, l'auteur préconise le recours à la méthode des lois de police⁵⁶⁹. La loi de transposition du for s'appliquerait alors en tant que « *loi de police communautaire en vigueur dans l'ordre juridique du for* »⁵⁷⁰.

195. Il nous semble pour notre part que ni l'exception d'ordre public, ni le concept de loi de police ne soient véritablement appropriés en vue de décrire le phénomène. En effet, le respect du droit communautaire s'impose dans les relations entre Etats membres non en vertu des

⁵⁶⁶ V. l'art. 6, par. 2 TUE.

⁵⁶⁷ En ce sens, V. not. M.-P. PULJAK, thèse préc. note 452, spéc. p. 292, n° 580. Par ailleurs, la Cour de justice a précisé que les principes généraux et les droits fondamentaux formellement intégrés par le traité de Maastricht dans le traité sur l'Union européenne ne pouvaient être invoqués que dans les situations régies par le droit communautaire. V. not. CJCE, 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf*, aff. 5/88, *Rec.*, p. 2609 ; CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925.

⁵⁶⁸ La jurisprudence communautaire en fournit des exemples en matière de reconnaissance des jugements dans le cadre de la convention de Bruxelles. V. not. l'arrêt *Krombach* préc. note 552.

⁵⁶⁹ Thèse préc. note 452, spéc. p. 296, n° 589.

⁵⁷⁰ *Op. cit.*, *loc. cit.*

mécanismes du droit international privé, mais en vertu de ceux qui relèvent du droit communautaire, en particulier le principe de primauté. Par ailleurs, le concept de loi de police se trouverait, dans ce contexte, altéré puisqu'en principe, une « authentique » loi de police s'applique sans que le juge du for ait besoin de consulter la loi étrangère. Or ici, c'est uniquement en raison d'une défaillance de l'Etat membre dont relève la *lex causae* que la loi de transposition du for s'appliquerait. En outre, si la loi applicable n'était pas celle d'un Etat membre, le recours au concept de loi de police ne serait pas justifié. Si bien que l'on se trouverait en présence d'une nouvelle catégorie de lois de police toute contingente, en ce que la qualification d'une norme en « loi de police » varierait au gré des situations juridiques soumises au juge. Ainsi la loi de transposition du for serait une loi de police lorsqu'il s'agirait d'évincer la loi d'un Etat membre en carence, tandis qu'elle ne le serait pas si la *lex causae* apparaît comme une transposition correcte de la directive en cause.

Mais bien qu'à l'instar de l'exception d'ordre public, la *lex fori* intervienne *a posteriori*, le rapprochement avec ce mécanisme nous semble tout autant infondé. En effet, on sait que le principe de primauté a pour effet de rendre inapplicable, de plein droit, toute disposition de la loi nationale qui contrevient à la règle communautaire. La loi nationale contraire au droit communautaire est réputée « inexistante ». Dès lors, son éviction devient sans objet. Le principe de primauté nous semble ainsi irréductible à tout mécanisme de droit international privé. Comme le souligne pourtant Mme PULJAK elle-même, (dénonçant le rapprochement entre exception d'ordre public international et primauté du droit communautaire) « *la mise en œuvre du principe de primauté obéit à un procédé de réglementation original rendu nécessaire par l'enchevêtrement des ordres juridiques des Etats membres et d'un ordre juridique communautaire parcellaire* »⁵⁷¹.

Le juge du for devra résoudre le problème de la contrariété de la loi étrangère avec le droit communautaire de la même manière qu'en cas de conflit entre sa loi nationale et le droit communautaire. Des distinctions doivent alors être opérées selon le type de norme en cause. Si la norme communautaire est suffisamment précise et inconditionnelle, le juge devra lui donner effet et laisser inappliquées les dispositions de la loi étrangère qui contreviendraient au droit communautaire.

Si la structure de la norme communautaire en cause ne se prête pas à son application « directe », notamment parce qu'elle pose une interdiction (telle la prohibition des discriminations en raison de la nationalité ou encore l'interdiction d'entraver l'exercice des

⁵⁷¹ *Op. cit.*, spéc. p. 295, n° 585.

libertés de circulation), le juge devra interpréter la norme étrangère, dans la mesure du raisonnable, en conformité avec le droit communautaire. Si une telle interprétation n'est pas possible, généralement, la seule mise à l'écart de la loi de l'Etat membre concerné permettra d'assurer le respect du droit communautaire. Par ailleurs, si le juge a un doute sur la conformité de la loi nationale avec le droit communautaire, il pourra saisir la Cour de justice. Dans l'hypothèse du défaut ou d'une mauvaise transposition, par l'Etat membre dont la loi est applicable à la situation en cause, d'une directive communautaire, à défaut pour la directive d'être dotée de l'effet direct, la seule solution qui semble se présenter au juge consiste à appliquer la *lex fori* en vue de prémunir l'Etat dont il relève d'une action en manquement. La *lex fori* se trouve ainsi en quelque sorte investie d'une nouvelle fonction dans le contexte communautaire. L'analyse de cette fonction pourrait d'ailleurs être envisagée sous un angle quelque peu différent selon que l'on se place du point de vue du droit national ou du droit communautaire. Du point de vue national, l'accent serait mis sur la nécessité de préserver l'Etat contre un manquement au droit communautaire ; du point de vue communautaire, elle exprimerait l'effet utile. Cette fonction pourrait s'appeler « fonction de conformité au droit communautaire » ou « fonction communautaire de l'application subsidiaire de la *lex fori* ». Comparé au domaine de la compétence législative, celui de la reconnaissance des décisions semble soulever moins de difficultés théoriques.

2. Au stade de la reconnaissance des décisions.

196. Les modalités du contrôle des décisions judiciaires et extrajudiciaires rendues par les juges des Etats membres au regard des exigences communautaires varient selon que le concept d'ordre public international est érigé en concept autonome du droit communautaire en raison de son insertion dans un instrument communautaire (a) ou qu'il procède d'une instrumentalisation de la réserve nationale au service du respect du droit communautaire (b). Cependant, dans les deux cas, le droit communautaire influence la mise en œuvre et le contenu du concept d'ordre public international. En effet, que la Cour soit ou non compétente pour interpréter le concept d'ordre public, les Etats membres sont investis de la fonction de gardien des règles et principes revêtant une valeur fondamentale en droit communautaire. Il y a insertion de l'ordre public communautaire dans les réserves nationales d'ordre public, en ce sens que les juges nationaux doivent y intégrer les exigences fondamentales de l'ordre communautaire.

a) *L'ordre public international, concept autonome du droit communautaire.*

197. Lorsqu'il existe un instrument communautaire fondant une interprétation autonome, par la Cour de justice, du concept d'ordre public, la mainmise de la Cour sur ce dernier est

certaine, même si elle ne définit pas directement et positivement l'ordre public et qu'elle ne remet pas en cause le pouvoir, pour les Etats membres, de déterminer le contenu de leur ordre public international, mais se borne à l'encadrer⁵⁷². Dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des jugements, le juge de l'Etat requis doit vérifier que le juge qui a rendu la décision a respecté les règles fondamentales dans l'ordre communautaire. Il n'influe donc pas directement sur l'application de la règle communautaire, mais sur son respect puisqu'il refusera de reconnaître un jugement qui l'a enfreinte. Les règles qui revêtent une importance essentielle en droit communautaire font donc partie intégrante des valeurs dont les juges nationaux doivent assurer le respect notamment par le biais de l'exception d'ordre public international. Ainsi, elles alimentent la réserve nationale d'ordre public, cette dernière devant être mise au service du respect des valeurs fondamentales du droit communautaire.

Au stade de la reconnaissance des décisions judiciaires ou extrajudiciaires, le juge requis assure un contrôle du respect de l'ordre public international sur deux plans : il peut en effet sanctionner la violation manifeste d'une règle procédurale qui revêt une importance capitale ; il peut également sanctionner une règle de fond ou de procédure dont l'application s'avère choquante et heurte les valeurs essentielles du for, parmi lesquelles figurent les principes revêtant une importance fondamentale en droit communautaire. Parmi ces valeurs figure le principe de non discrimination en raison de la nationalité. C'est sur ce fondement que la Cour de justice a condamné les règles de procédure des Etats membres qui imposent le versement d'une *cautio judicatum solvi* à certaines catégories de défendeurs en faisant une distinction selon leur nationalité⁵⁷³. Les décisions rendues en application de ce type de règles doivent se voir opposer par le juge de l'Etat requis leur contrariété à l'ordre public international du for,

⁵⁷² V. les arrêts *Krombach* et *Renault* préc. respectivement notes 552 et 553.

⁵⁷³ V. CJCE, 1^{er} juillet 1993, *Hubbard*, aff. 20/92 (*Rec.*, p. 3777, *RCDIP* 1994, p. 633, note G. DROZ, *JDI* 1994, p. 500) et CJCE, 20 mars 1997, *Hayes*, aff. C-323/95 (*Rec.*, p. 1711, *RCDIP* 1997, p. 475) condamnant l'article 110 de la ZPO allemande depuis modifié par la loi du 6 août 1998 ; CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta*, aff. C-43/95 (*Rec.*, p. 46, *RCDIP* 1997, p. 33) condamnant l'article 1^{er} de la loi suédoise 1980/307 ; CJCE, 2 octobre 1997, *Hiross* (*RCDIP* 1998, p. 283) condamnant l'article 57 de la ZPO autrichienne. Pour plus de développements à ce sujet, V. M.-P. PULJAK, thèse préc. note 452, spéc. p. 65 et s.

Le droit anglais prévoit qu'une caution peut être exigée de tout demandeur, même britannique, n'ayant pas sa résidence en Angleterre et qui intente une action en justice contre un défendeur, quelle que soit la nationalité de ce dernier, dès lors qu'il réside en Angleterre. On pourrait se demander si le procédé ne constitue pas une discrimination indirecte. La Cour de justice n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette question. En effet, la Cour de cassation a condamné la *cautio judicatum solvi* du droit anglais sur le fondement des articles 27-1^o de la convention de Bruxelles et 6-1^o de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (qui proclame le droit de chacun à un procès équitable) sans poser de question préjudicielle à la Cour de justice. V. Cass., 1^{ère}, civ., 16 mars 1999, *Pordea*, *JDI* 1999, p. 773, note A. HUET ; *RCDIP* 2000, p. 223 et p. 181, la *chron.* de G. DROZ : « Variations *Pordea* ». En l'espèce, elle casse sans renvoi un arrêt qui avait accueilli l'exequatur de décisions anglaises ayant condamné le défendeur aux dépens, alors que sa prétention n'avait pas été examinée, à défaut pour lui de s'être acquitté de la *cautio judicatum solvi*.

dès lors qu'il est admis que le principe de non discrimination incarne une valeur essentielle de l'ordre communautaire dont le respect doit être assuré par tous les juges de l'Union.

La spécificité du concept d'exception d'ordre public international dans les relations intracommunautaires a conduit un auteur à distinguer l'« ordre public transnational » de l'« ordre public européen ». Ainsi, il propose de tirer les conséquences des exigences propres du droit communautaire en matière d'ordre public en complétant l'article 34 du règlement « Bruxelles I », qui préciserait alors qu'« (u)ne décision n'est pas reconnue quand la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Union européenne ou de l'Etat membre requis (...) »⁵⁷⁴

Même à défaut d'instrument de source communautaire permettant un contrôle direct, par le droit communautaire, du concept d'ordre public, celui-ci n'en exerce pas moins une incidence sur les conditions de déclenchement des réserves nationales.

b) L'intégration des exigences communautaires dans la réserve nationale.

198. C'est à l'occasion du contentieux relatif au contrôle effectué par les juges nationaux sur les sentences arbitrales que la Cour de justice a imposé aux Etats membres l'obligation d'opposer leur mécanisme national d'exception d'ordre public international pour assurer le respect des règles essentielles du droit communautaire. Car même si l'arbitrage échappe en principe à l'emprise du droit communautaire⁵⁷⁵, ce dernier n'est pas sans influencer la mise en œuvre de l'exception d'ordre public dans cette matière. En effet, la Cour peut estimer qu'un principe ou une règle de l'ordre communautaire revêt une valeur fondamentale et ainsi enjoindre les Etats membres, lors du contrôle qu'ils effectuent sur les sentences arbitrales, d'en assurer le respect par le biais de l'ordre public international, dans les mêmes conditions que les principes fondamentaux dont le for se fait le gardien en droit international privé. La solution a nettement été consacrée dans l'arrêt *Eco Swiss*⁵⁷⁶, dans lequel la Cour dit pour

⁵⁷⁴ V. J. BASEDOW, art. préc. note 549, spéc. p. 73. L'auteur propose une formule similaire en matière de compétence législative. Ainsi, l'article 16 de la convention de Rome préciserait que « 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 de l'Union européenne ou de l'Etat du for ». La proposition de règlement « Rome I » ne reprend pas la solution.

⁵⁷⁵ La Cour de justice déclare, depuis l'arrêt *Nordsee* (CJCE, 23 mars 1982, *Rec.*, p. 1095), que le tribunal arbitral ne constitue pas une « juridiction d'un Etat membre ». Il en résulte notamment que l'arbitre ne peut poser de questions préjudicielles à la Cour de justice. Par ailleurs, si l'article 61 a) du traité CE permet de fonder l'adoption de mesures visant à améliorer et simplifier la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, « y compris les décisions extrajudiciaires », le règlement « Bruxelles I » exclut l'arbitrage de son domaine d'application (V. art. 1^{er}, par. 2, d)).

⁵⁷⁶ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International N.V.*, aff. C-126/97, *Rec.* 1999, p. I-3055. Sur cet arrêt, V. not. S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (affaire *Eco Swiss China Ltd*) », *JDI* 2000, p. 299 ; C. PRIETO, *id.*, *chron.*, p. 505 ; *Rev.arb.* 1999, p. 369, note L. IDOT. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 259 et s.

droit que « dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, CE. »⁵⁷⁷

Ainsi, lorsque le mécanisme d'exception d'ordre public est connu dans le droit interne d'un Etat membre, le droit communautaire impose aux juges de cet Etat d'y recourir en vue d'assurer l'application des règles communautaires dont l'importance est essentielle pour l'accomplissement des objectifs de la Communauté. Cependant, la mise en œuvre du mécanisme, - et donc le respect du droit communautaire - sont tributaires de l'existence, en droit national, d'une telle réserve dans le domaine considéré.

199. Conclusion de la section II - On a constaté que le droit communautaire était en mesure de laisser son empreinte sur les principes de solution gouvernant le conflit de lois, en particulier les mécanismes d'exception. Cependant, pour l'heure, le recul manque pour mesurer l'exacte ampleur de l'incidence du droit communautaire sur les conflits de lois.

Les libertés communautaires pourraient également influencer dans une certaine mesure la condition procédurale du droit étranger au sein de l'Union. Plus précisément, le principe de non discrimination pourrait avoir pour effet d'imposer aux Etats membres un alignement du statut procédural du droit étranger sur le droit national, de telle sorte que les situations impliquant un élément d'extranéité rattaché à la Communauté soient traitées, au plan procédural, de la même manière que les situations purement internes.

Ainsi, on peut d'abord se demander si le droit communautaire impose au juge d'appliquer d'office le droit d'un autre Etat membre qui serait normalement applicable en vertu de la règle de conflit de la *lex fori*. Se pose ensuite la question de la détermination du contenu du droit étranger⁵⁷⁸. A cet égard, on peut se demander si le droit communautaire ne pourrait pas

⁵⁷⁷ Point 37.

⁵⁷⁸ A ce sujet, V. les développements *infra*, n° 390 et s. à propos de la mise en œuvre de l'article 6 de la convention de Rome.

Une autre question, d'ordre institutionnel, intéresse la latitude laissée à l'Etat dans le processus d'exécution ou d'application du droit communautaire. Les modalités de ce processus relèvent du droit national. Cependant, le droit communautaire impose au droit national d'organiser ces modalités de manière à assurer au droit communautaire un régime de sanctions équivalant à celui dont bénéficient les règles nationales correspondantes (V. CJCE, 21 décembre 1989, *Grèce*, aff. 68/88, *Rec.*, p. 2965) et de ne pas priver en fait le particulier du bénéfice du droit communautaire, notamment lors de l'organisation des voies de recours juridictionnel (V. CJCE, 10 octobre 1973, *Variola*, aff. 34/73, *Rec.*, p. 981 ; CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.*, p. 3595 ; CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.*, p. 1651). En outre, le juge national peut soulever d'office, dans l'intérêt du justiciable, les dispositions d'une directive non transposée pourvue d'un effet direct

imposer au juge d'établir la teneur du droit d'un autre Etat membre applicable à la situation qui lui est soumise. Le droit communautaire pourrait, à terme, contribuer à développer et améliorer le système mis en place par la convention de Londres du 7 juin 1968. En tout cas, la décision de la Commission du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale⁵⁷⁹ témoigne d'une volonté d'améliorer la connaissance des droits des divers Etats membres par les juges nationaux. Ce réseau est composé de « points de contact », d'autorités centrales et de « magistrats de liaison ». Il a notamment pour mission d'établir des systèmes d'information destinés à ses membres et même au public relatifs notamment au « droit interne des Etats membres ». L'instauration de ce réseau s'inscrit dans le cadre de la politique développée par la Communauté depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam dans la perspective de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice⁵⁸⁰. Ce réseau est une manifestation concrète de la coopération renforcée qu'implique la structure communautaire. C'est également cet esprit de coopération renforcée qui sous-tend le concept de reconnaissance mutuelle.

(V. CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. C-87/90, *Rec.*, p. I-3757). Ces solutions s'expliquent par l'originalité de la structure communautaire. En effet, comme l'a fait justement remarquer M. A. V. M. STRUYCKEN, « *du point de vue du juge (...) le droit communautaire n'est pas (...) un droit étranger à l'ordre étatique dont il tient ses pouvoirs, mais fait partie de son propre droit. Autrement dit, le juge a désormais une double lex fori* ». V. « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *RCADI* 1992, t. 232, p. 267, spéc. p. 324.

⁵⁷⁹ Décision 2001/470, *JOCE* 2001, n° L 174.

⁵⁸⁰ Pour une présentation des initiatives en la matière, V. notamment la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant pour 2007-2013 le programme spécifique « Justice civile » dans le cadre du programme général « Droits fondamentaux et justice » (COM (2005) 122 final) ; la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années. Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice » (COM (2005) 184 final). La Commission y présente notamment les mesures concrètes à envisager sur la période considérée en vue de la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

Chapitre II : L'impact du principe de reconnaissance mutuelle sur les règles de conflit.

200. Ayant pris acte de l'impossibilité d'harmoniser les droits substantiels des Etats membres, le droit communautaire en est actuellement à une phase d'expérimentations de différentes méthodes en vue de gérer la diversité législative. Les expériences menées à cette fin ont emprunté diverses formes, qui semblent avoir évolué au fil du temps. Mais quel que soit le procédé envisagé, il vise d'une certaine manière à agir sur le concept d'intérêt général. Ce dernier joue un rôle essentiel dans l'évolution de la structure communautaire. Il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce qu'il fasse l'objet d'une attention toute particulière de la part des organes communautaires. En effet, c'est en agissant sur lui que ceux-ci peuvent contribuer à la mise en place d'un marché intérieur. Ceci explique que l'entreprise d'harmonisation concerne les domaines dans lesquels les Etats membres conservent la possibilité d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général. Car dès lors qu'une matière aura fait l'objet d'une mesure d'harmonisation, cette possibilité leur sera en principe fermée. Plus subtilement, et cela notamment en raison de la politique issue de la « nouvelle approche », dans la mesure où le législateur communautaire se contentera d'une harmonisation minimale, plutôt que de fermer totalement une telle possibilité, il cherchera à la cantonner.

Hormis l'harmonisation du droit matériel, d'autres moyens sont envisageables en vue de cantonner le concept d'intérêt général. Par exemple, des règles de conflit intracommunautaires spéciales peuvent également répondre à cet objectif, dans la mesure où elles intègrent, dans leur pré-supposé, cette nécessité d'intérêt général. Ainsi, en formulant des règles de conflit spéciales en droit des assurances⁵⁸¹, le législateur communautaire contrôle d'une certaine manière le concept d'intérêt général. A cette fin, il a eu recours à des règles dont la complexité ne fait que traduire la difficulté de la tâche à accomplir, à savoir rechercher un équilibre entre la nécessité d'assurer la libre circulation au sein de l'Union tout en assainissant les conditions de concurrence et le souci d'assurer une certaine protection aux preneurs d'assurance.

Une autre possibilité en vue de contrôler le concept d'intérêt général consiste à procéder à une répartition entre les domaines respectifs de la loi du pays d'origine et de celle du pays d'accueil. L'apport du droit communautaire est alors de préciser quelles normes nationales commandent une application territoriale et sont admises à entraver les échanges. La directive relative au détachement des travailleurs salariés, qui se situe dans le prolongement de la

⁵⁸¹ Sur ces règles, V. *infra*, n° 285 et s.

jurisprudence antérieure, illustre le procédé.⁵⁸² En matière d'assurances, dans un esprit voisin (mais l'ambition y est sans commune mesure avec celle qui apparaît dans la directive « détachement »), la Commission a cherché à préciser quelles normes pouvaient être rattachées au concept d'intérêt général. Ainsi, dans sa communication interprétative, intitulée « liberté de prestation de services et intérêt général dans le secteur des assurances »⁵⁸³, après avoir dégagé les principales caractéristiques du concept d'intérêt général, la Commission présente son interprétation de ce concept appliqué à l'assurance avec quelques exemples de mesures auxquelles un opérateur économique pourrait être confronté dans l'exercice des droits d'établissement et de libre prestation de services. Selon elle, « *(d)e telles réglementations [liées à l'intérêt général] peuvent concerner par exemple: a) la notification préalable des conditions des polices; b) les opérations de capitalisation exercées par des compagnies d'assurance; c) les systèmes uniformes obligatoires de bonus/malus; d) la langue du contrat d'assurance; e) les codes de conduite professionnels; f) les taux d'intérêt techniques maximaux en matière d'assurance vie; g) l'imposition des conditions types ou minimales d'assurance; h) les clauses imposant des franchises obligatoires dans les contrats d'assurance; i) l'obligation de prévoir une valeur de rachat dans les contrats d'assurance vie; j) l'interdiction de la technique de "cold calling"; k) les modalités établies par l'État membre d'accueil pour la perception des taxes indirectes sur les primes d'assurance des contrats conclus en libre prestation de services: désignation d'un représentant fiscal de l'assureur.* »

Par la suite, dans d'autres matières, le législateur communautaire a eu recours au concept de « reconnaissance mutuelle » en vue de parachever l'intégration européenne. La reconnaissance mutuelle est apparue comme un substitut à l'harmonisation des droits nationaux, celle-ci s'avérant délicate à réaliser. Désormais, il y a recours de façon ciblée, dans les « *domaines essentiels où une trop forte disparité des niveaux de protection, notamment en ce qui concerne la protection des consommateurs, mettrait en cause la confiance mutuelle indispensable à l'acceptation du principe du pays d'origine et pourrait justifier (...) des mesures restrictives à la libre circulation.* »⁵⁸⁴

201. Mais il semble que le législateur communautaire a eu recours à toutes ces méthodes de façon spontanée, sans avoir eu le temps de vraiment s'assurer qu'elles étaient appropriées aux

⁵⁸² Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE* n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1. Sur cette directive, V. *supra*, n° 428 et s.

⁵⁸³ *JOCE* n° C 43 du 16/02/2000.

⁵⁸⁴ V. l'exposé des motifs de la proposition initiale de directive relative aux services dans le marché intérieur (COM (2004) 2 final, SEC (2004) 21, dans lequel sont exposés notamment « une combinaison des méthodes de régulation ». v. p. 9, spéc. point 3, b).

domaines dans lesquels il se proposait de les mettre en œuvre. En somme, toutes ces méthodes ne semblent pas avoir fait l'objet d'une recherche préalable sur leur domaine de prédilection respectif. Le constat n'est pas surprenant : il s'explique certainement par le caractère inédit de la structure communautaire ainsi que par l'absence de réelle préméditation ayant animé les pères fondateurs lors de la signature des traités institutifs. C'est donc à une réflexion concernant l'élaboration d'outils adéquats en vue de gérer la diversité qu'incite la construction communautaire, ce qui implique une recherche, matière par matière, de l'outil le plus approprié à cette fin.

Le législateur communautaire semble depuis quelques années privilégier particulièrement le principe de reconnaissance mutuelle. En dépit des ambiguïtés de la directive sur le commerce électronique, c'est bien dans cette lignée que celle-ci semblait s'inscrire. Et la tendance s'est largement confirmée dans la proposition initiale de directive sur le marché intérieur⁵⁸⁵. Cependant, le « principe d'origine » initialement inscrit dans la directive « services » a disparu dans la version modifiée⁵⁸⁶. Les contestations suscitées par la proposition initiale de directive relative aux services dans le marché intérieur invitent aujourd'hui à une réflexion sur la place du principe de reconnaissance mutuelle en droit communautaire dérivé.

Mais pour prendre part à la discussion (section II), il faut au préalable procéder à son analyse théorique (section I).

Section I : *Analyse théorique du concept.*

202. Le concept de reconnaissance mutuelle, qui est une originalité de la construction communautaire, est apparu à la fin des années 70. Il implique une « confiance mutuelle » entre les autorités des Etats membres. Il dérive du principe de proportionnalité, qui est une émanation de l'un des principes généraux prévus au traité. Selon M. FALLON, il implique que « *l'ingérence de l'autorité publique dans l'activité de l'individu (soit) nécessaire en vue de réaliser l'objectif poursuivi.* »⁵⁸⁷ Depuis son apparition, le principe de reconnaissance mutuelle est beaucoup utilisé dans les divers documents émanant des organes communautaires⁵⁸⁸, mais il n'a finalement pas fait l'objet de systématisation. En effet, il est

⁵⁸⁵ COM (2004) 2 final.

⁵⁸⁶ COM (2006) 160 final.

⁵⁸⁷ *Droit matériel général (...)*, p. 81.

⁵⁸⁸ V. par ex. la communication de la Commission : « La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur » (COM (1999) 299 final) qui a débouché sur des rapports sur « l'application du principe de reconnaissance mutuelle au sein du marché intérieur » (V. not. COM (2002) 419 final) ; la résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur la reconnaissance mutuelle (*JOCE* n° C 141 du 19 mai 2000) ; la communication interprétative de la Commission : « Faciliter l'accès des produits au marché d'un autre Etat membre : l'application pratique de la reconnaissance mutuelle » (*JOCE* n° C 265 du 4 novembre 2003).

ponctuellement précisé dans des domaines circonscrits (par exemple, en matière de marchandises). Ce manque d'indications ne favorise pas la sécurité juridique, d'autant plus que le législateur communautaire insère dans certaines directives, depuis quelque temps, des clauses « marché intérieur » dont la portée n'est pas dénuée d'ambiguïtés. Pour mieux encadrer le concept de reconnaissance mutuelle, il est utile, comme souvent, de revenir à la source de ce principe et d'en retracer l'évolution générale (§ I), après quoi il faudra en présenter les différentes approches (§ II).

§ I : Présentation générale du concept de reconnaissance mutuelle.

203. Une bonne compréhension du concept de reconnaissance mutuelle passe par une présentation de ses origines (A) ainsi que du postulat sur lequel il repose, à savoir l'équivalence des règles nationales (B).

A. L'origine du concept.

204. Selon l'article 47 (ancien article 57) du traité CE, « *Afin de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, arrête des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres.* » De même, l'article 293 (ex-article 220) du traité CE prévoit que « *les Etats membres engageront entre eux en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : (...) la reconnaissance mutuelle des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes (...)* » Hormis ces deux articles, on ne trouve trace nulle part de ce principe dans le traité. Ils permettent cependant de comprendre la philosophie qui le sous-tend. En particulier, il permet de tenir compte d'un acquis. Il s'agit de faire en sorte qu'une personne (physique ou morale) puisse circuler librement dans l'Union en se prévalant d'une situation juridique légalement constituée dans un Etat membre.

205. L'arrêt *Cassis de Dijon* est souvent cité comme étant à l'origine du principe de reconnaissance mutuelle en matière de marchandises.⁵⁸⁹ Mais le critère de l'équivalence, qui est à la source du concept de reconnaissance mutuelle, apparaît pour la première fois dans l'arrêt *Biologische Produkten*⁵⁹⁰ du 17 décembre 1981. Dans cette affaire, l'Etat d'accueil, en l'espèce, les Pays-Bas, qui soumet l'importation d'un pesticide à une autorisation de mise sur

⁵⁸⁹ V. les points 14 et 15 de l'arrêt *Cassis de Dijon* préc. note 264. En réalité, le test d'équivalence n'a pas été effectué dans cet arrêt. Seuls l'ont été les tests d'interchangeabilité et d'aptitude.

⁵⁹⁰ aff. 272/80, *Criminal proceedings against Frans-Nederlandse Maatschappij voor Biologische Produkten BVn*, Rec. 1981, p. 3277.

le marché conditionnée par le respect de normes de protection de la santé, se voit contraint de prendre en considération l'existence de normes de protection équivalentes dans l'Etat d'origine, en l'occurrence, la France. Les contenus respectifs de la norme néerlandaise et de la norme française sont donc comparés. L'objectif est d'éviter que l'opérateur, en raison de la coexistence de ces deux normes, ne soit soumis à un commandement engendrant une charge à ses dépens. Ainsi, dès lors que le respect, par l'opérateur, de la loi de son pays d'origine, permettra de préserver l'objectif également visé par la loi du pays de destination, celle-ci restera inappliquée. L'entrave aux échanges intracommunautaires résulte, dans cette affaire, de l'application cumulative de règles pourtant non discriminatoires émanant de l'exportateur et de l'importateur alors qu'elles sont tenues pour équivalentes en substance. Il est clair que le principe de reconnaissance mutuelle qui impose au pays de destination de reconnaître que l'opérateur a déjà satisfait à des règles sensiblement identiques en vigueur dans son pays d'origine, permet d'éviter qu'un double fardeau ne pèse sur lui.

Le concept de reconnaissance mutuelle est donc né dans le cadre du test d'équivalence pratiqué en matière de libre circulation des marchandises par la Cour de justice. Il permet de garantir le respect du principe de subsidiarité en évitant la mise en place d'une réglementation détaillée au niveau communautaire et en assurant un plus grand respect des traditions locales, régionales et nationales et permet de maintenir la diversité des produits et des services⁵⁹¹. Cette orientation nouvelle a eu pour effet immédiat d'imposer aux Etats une obligation de reconnaissance mutuelle des normes nationales équivalentes notamment en matière de protection des consommateurs, limitant ainsi l'harmonisation aux exigences essentielles. Dans sa communication du 3 octobre 1980 sur les suites de l'arrêt *Cassis de Dijon*⁵⁹², la Commission tirait à cet égard les conséquences de la « nouvelle approche » en déclarant qu'il ne lui apparaissait plus nécessaire de poursuivre l'entreprise d'harmonisation des droits nationaux, dès lors que le principe de reconnaissance mutuelle conjugué avec l'interdiction de l'article 30 (28) permet d'éradiquer les entraves⁵⁹³. Le principe de reconnaissance mutuelle

⁵⁹¹ V. not. la communication de la Commission préc. COM (1999) 299 final.

⁵⁹² JOCE n° C 256 du 3 octobre 1980.

⁵⁹³ Eu égard aux liens que le concept entretient avec l'harmonisation, le principe de reconnaissance mutuelle apparaît donc à première vue comme un « pis aller », l'harmonisation entre les législations nationales apparaissant comme un objectif trop difficile à atteindre. Il traduit la prévalence d'une approche fondée sur l'harmonisation minimale, au détriment d'une approche fondée sur l'harmonisation maximale. C'est pourquoi, logiquement, les auteurs favorables à une harmonisation totale critiquent le principe de reconnaissance mutuelle. Ainsi, l'harmonisation minimale vers laquelle tend le principe de reconnaissance mutuelle ne permettrait pas, selon M. GOURIO, de procéder à un découplage juridique des marchés car « (a)u-delà du seuil harmonisé, soit aucun régime particulier n'est prévu et l'Etat de destination peut opposer ses règles d'intérêt général aux prêteurs originaires des autres Etats membres, soit une reconnaissance mutuelle est instituée, ce qui élimine cette possibilité. Dans les deux cas, on retrouve les aléas, distorsions de concurrence et disparités de protection

apparaît alors indissociable de la nouvelle approche retenue en matière de politique de rapprochement des législations nationales dans le tournant des années 1980.

206. A cette période, en effet, la politique du Conseil concernant le marché intérieur – c'est-à-dire relative à la réduction des disparités entre législations nationales affectant la circulation des marchandises ou des services – s'est caractérisée par une « nouvelle approche »⁵⁹⁴ qui tendait à assurer la libre circulation des marchandises légalement commercialisées dans l'Etat de provenance, à établir une harmonisation minimale des normes techniques nationales afin de les rendre équivalentes, et à organiser un processus de soumission du produit ou de l'entreprise de services au droit du pays de provenance et à la compétence des autorités administratives de contrôle de ce pays. En matière de circulation des marchandises, le principe de reconnaissance mutuelle signifie que tout produit légalement commercialisé dans un Etat membre doit pouvoir l'être dans tous les autres sans qu'aucune exigence supplémentaire ne lui soit imposée. Ainsi, un produit légalement fabriqué dans un Etat membre ne peut pas, en principe, être interdit à la vente dans un autre Etat membre, même si les prescriptions techniques ou qualitatives diffèrent de celles imposées à ses propres produits. La politique développée à partir des années 1980 s'est exprimée surtout en matière de marchandises, puis dans le secteur audiovisuel⁵⁹⁵ et dans celui de l'accès au marché des services financiers. Appliqué au domaine des prestations de services, le principe de reconnaissance mutuelle permet au fournisseur ou au prestataire de services d'exercer son

liés à ces concepts (...) L'harmonisation minimale, dont le développement est historiquement lié à la nécessité d'adopter les mesures de rapprochement à l'unanimité, apparaît donc de plus en plus nettement comme un système de transition vers l'harmonisation pure et simple, qualifiée, a contrario, de totale ». V. « Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe », *Rev. dr. bancaire et financier*, mars/avril 2003, p. 128 à 147, spéc. p. 146. Pour sa part, la Commission a annoncé, dans sa communication sur la stratégie pour la politique des consommateurs 2002 - 2006 (*JOCE* C 137 du 8.6.2002, p. 2), qu'une de ses priorités consisterait à proposer une harmonisation complète. Par ailleurs, elle a insisté dans son plan d'action « Un droit européen des contrats plus cohérent » (*JOCE* C 63 du 15.3.2003, p. 1) sur la nécessité d'une plus grande convergence du droit européen de la consommation qui impliquerait notamment un réexamen du droit des contrats conclus avec les consommateurs existant, afin de supprimer des incohérences résiduelles, de combler les lacunes et de simplifier la législation. L'objectif étant « de réduire autant que possible les divergences entre les règles de protection des consommateurs dans l'ensemble de l'Union, qui créent une fragmentation du marché intérieur préjudiciable aux consommateurs et aux entreprises ».

⁵⁹⁴ V. la résolution du Conseil du 7 mai 1985, *JOCE* 1985, C 136, faisant suite à l'analyse, par la Commission, dans sa communication préc., des conséquences de l'arrêt *Cassis de Dijon* (CJCE, 20 février 1979, aff 120/78, *Rec.* 1979, p. 649). V. également la directive modèle du 4 mai 1985, *JOCE*, 1985, C 136 ainsi que le Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur, dans lequel la Commission estime que « le principe de reconnaissance mutuelle (...) traduit en termes concrets le principe de subsidiarité ». La suite logique en fut l'Acte unique européen, signé en 1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987. Celui-ci introduisit dans le traité CEE l'article 100 A (devenu article 95 CE) qui étend le recours à la majorité qualifiée par le Conseil en vue d'adopter des mesures visant à l'établissement du marché intérieur.

⁵⁹⁵ V. la directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle dite « Télévision sans frontières », *JOCE* n° L 298 du 17.10.1989, p. 23 ; modifiée par la directive 97/36/CE, *JOCE* n° L 202 du 30.7.1997, p. 60.

activité sur le territoire de l'Union dans le cadre de sa législation nationale dite « loi du pays d'origine ». C'est ainsi que la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice⁵⁹⁶ organise le concept d'agrément unique, obtenu dans le pays d'origine et valable pour l'ensemble des pays membres. Selon ce concept, les autorités autres que celles du pays de provenance, en l'occurrence les autorités du pays d'accueil, ne sont plus à même de prendre des mesures d'autorisation ou de contrôle, si ce n'est dans des cas exceptionnels. De même, en matière d'assurances, les directives de la troisième génération⁵⁹⁷ organisent le système de la licence unique (entré en vigueur au 1^{er} juillet 1994) qui permet aux entreprises d'assurances agréées par l'Etat membre de leur siège social (*i. e.* l'Etat d'origine) d'opérer aussi bien en usant de leur liberté d'établissement (en créant une agence ou une succursale) que de leur liberté de prester des services au sein de la Communauté sur la base notamment des seuls contrôles et agréments de leur Etat d'origine.

Les organes communautaires ont pleinement conscience du rôle majeur joué par le concept de reconnaissance mutuelle. La Commission, particulièrement, a multiplié, ces dernières décennies, les initiatives visant à préciser ce rôle. Récemment, désireuse de redynamiser la nouvelle approche, elle a publié sa stratégie « marché intérieur »⁵⁹⁸. Elle prétend mettre en place un cadre nouveau en matière de reconnaissance mutuelle, afin d'en faciliter l'application.⁵⁹⁹ D'où l'intérêt de cerner de plus près ce concept qui a pour caractéristique de reposer sur le postulat de l'équivalence des règles nationales.

B. Le postulat de l'équivalence des règles nationales.

207. Tout en constituant une alternative à l'harmonisation pure et simple, la reconnaissance mutuelle postule qu'une équivalence⁶⁰⁰ entre les législations nationales dans un domaine

⁵⁹⁶ JOCE n° L 126 du 26 mai 2000, p. 1

⁵⁹⁷ 3^{ème} directive non vie 92/49 du 18 juin 1992, JOCE n° L 228 du 11 août 1992, RGAT 1992, p. 690 ; 3^{ème} directive vie 92/96 du 10 novembre 1992, JOCE n° L 360 du 9 décembre 1992, RGAT 1993, p. 180.

⁵⁹⁸ COM (2003) 238 final du 7 mai 2003. Il s'agit d'un plan en dix points dont l'objectif est d'améliorer le fonctionnement du marché intérieur.

⁵⁹⁹ Par exemple, en ce qui concerne les normes relatives aux conditions de commercialisation des produits, que l'on a qualifiées de type « administratif », la Commission propose un modèle de clause relative à la reconnaissance mutuelle dans le domaine des normes techniques. Selon la clause-type, l'autorité nationale doit laisser inappliquées les exigences de sa propre loi, lorsque le produit a été fabriqué en conformité du droit d'un autre Etat membre de l'Union européenne, de l'AELE ou d'un Etat membre de l'Espace économique européen, ou en conformité du droit turc. Toutefois, si cette autorité établit que le produit ne présente pas un niveau de protection équivalent à celui prévu par sa propre loi, elle peut refuser la commercialisation de ce produit après, notamment, avoir informé l'opérateur, et après avoir établi l'exigence impérieuse d'intérêt général et l'impossibilité d'adopter des mesures moins restrictives.

⁶⁰⁰ C'est pourquoi le test de l'équivalence s'est quelque peu affranchi du test de proportionnalité. Ainsi, la Commission, dans une communication du 14 mai 2003 sur l'application aux services financiers des articles 3 paragraphe 4 à 3 paragraphe 6 de la directive « commerce électronique » (COM (2003), 259 final), isole ce qu'elle nomme le « test de non duplication » du « test de proportionnalité ». A travers le test de « non

donné soit (supposée) acquise. Ainsi, selon M. FALLON, « *le concept de reconnaissance mutuelle entretient une relation étroite et complexe avec la politique de rapprochement des législations nationales. En cas d'équivalence de fait, l'harmonisation n'est plus nécessaire pour assurer la fluidité de la circulation puisque l'obligation de reconnaissance implique l'inopposabilité de l'entrave liée à la disparité de législations. En introduisant une équivalence formelle par le droit dérivé, le législateur communautaire force à la reconnaissance mutuelle* »⁶⁰¹. Le régime juridique de la reconnaissance mutuelle reflète le lien que celle-ci entretient avec la politique en matière de rapprochement des législations : si, à la différence de l'hypothèse d'unification, la diversité législative subsiste, comme dans le cadre de l'harmonisation pure et simple, les Etats membres se voient interdits d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général dans les domaines dans lesquels le concept est prévu. Ainsi, il est possible de prédire, à l'instar de M. PATAUT, décrivant l'impact de l'harmonisation grandissante sur la mise en œuvre des lois de police par le juge national, que « *l'exception de reconnaissance mutuelle, qui dérive directement du contrôle de proportionnalité, prend toute son amplitude, au point que l'on peut considérer qu'il devient délicat, sinon impossible, de faire valoir la spécificité de sa règle nationale, sauf si la directive elle-même autorise les dérogations dans un sens de faveur.* »⁶⁰²

De fait, la jurisprudence met nettement en évidence le lien entre harmonisation des législations nationales et reconnaissance mutuelle. Ainsi, en matière d'assurance, à l'occasion d'un recours en manquement contre l'Allemagne⁶⁰³, la Cour a dû apprécier la conformité de certaines dispositions du droit allemand dans le contexte de directives visant à harmoniser, dans une certaine mesure, les droits des Etats membres. A cette occasion, elle subordonne bien le jeu de la reconnaissance mutuelle à l'existence d'une mesure d'harmonisation adoptée dans le domaine considéré. En l'espèce, étaient en cause les directives visant à instituer la

duplication », la Commission précise qu'elle « *examinera le régime juridique existant dans le pays d'origine et appréciera si les mesures envisagées font ou non double emploi avec, par exemple, la protection offerte dans le pays d'origine et les contrôles qui y sont pratiqués. Si tel devait être le cas, il serait possible de conclure que l'objectif d'intérêt général poursuivi par le pays de destination est déjà satisfait par les règles en vigueur dans l'Etat d'établissement du prestataire* ». La Commission ajoute que « *(p)ar exemple, si l'Etat de destination impose ses propres règles de conduite à un service d'investissement fourni à l'un de ses résidents, la Commission examinera si les règles de conduite en vigueur dans l'Etat d'origine ne sont pas équivalentes à celles dont l'Etat de destination entend se prévaloir.* » (Op. cit., p. 8 et 9).

⁶⁰¹ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^{ème} éd. 2002, Bruylant, spéc. p. 151.

⁶⁰² « *Lois de police et ordre juridique communautaire* », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 117, spéc. p. 129. V. égal. en ce sens M. FALLON pour qui « *(i)l est à tout le moins probable que, à mesure d'une convergence des droits nationaux vers des normes de protection équivalentes, le droit communautaire tendra à accentuer le rôle de la loi d'origine du titulaire d'une liberté de circulation* », *Rec. des Cours de La Haye* préc. note 454, spéc. p. 149.

⁶⁰³ CJCE, 4 déc. 1986, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*, aff. 205/84, *Rec.*, p. 3755.

liberté d'établissement en matière d'assurance respectivement 73/239 du 24 juillet 1973 et 79/267 du 5 mars 1979 pour l'assurance non vie et pour l'assurance-vie. La Cour précise qu'il faut vérifier si celles-ci ont prévu « (...) *des conditions d'exercice des activités d'assurance suffisamment équivalentes dans toute la Communauté (...) pour que les restrictions imposées par les Etats destinataires aux entreprises prestataires de services soient supprimées dans leur totalité ou, du moins, en partie.* »⁶⁰⁴ Elle opère ensuite certaines distinctions : « *En ce qui concerne la situation financière des entreprises d'assurance, les deux directives contiennent des dispositions très détaillées sur le patrimoine libre de l'entreprise, à savoir son capital propre. Ces dispositions visent à assurer la solvabilité de l'entreprise « pour l'ensemble de ses activités ». (...) Il s'ensuit que l'Etat destinataire n'est pas en droit de procéder lui-même à de telles vérifications, mais doit accepter un certificat de solvabilité établi par l'autorité de contrôle de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le siège social de l'entreprise prestataire de services (...)* »⁶⁰⁵ En revanche, la Cour, estimant que les deux directives n'avaient pas procédé à l'harmonisation des règles nationales concernant les réserves ou provisions techniques, conclut qu'elles ont « (...) *donc laissé à chaque pays d'exploitation le soin de régler selon son propre droit le calcul de telles réserves et de déterminer la nature et l'évaluation des actifs qui en constituent la contrepartie.* »⁶⁰⁶

208. La mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle repose donc sur le concept d'équivalence. Or celui-ci n'est pas sans poser problème. En effet, différents degrés de rapprochement des droits nationaux sont envisageables. Hormis l'unification entreprise au moyen d'un règlement, qui rend inutile le recours au principe de reconnaissance mutuelle, le législateur communautaire peut procéder par la voie de l'harmonisation minimale ou maximale. Or la question se pose de savoir si ce rapprochement opéré par le recours à un socle minimal peut permettre de considérer que les normes nationales de transposition sont véritablement équivalentes. Sur ce point, dans son rapport du 23 juillet 2002 au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur, la Commission a précisé que « *la reconnaissance mutuelle n'est pas d'application automatique ; l'Etat membre de destination conserve la faculté d'exiger que le degré de protection offert par le produit provenant d'un autre Etat membre soit équivalent à celui prévu par sa réglementation nationale* ».

⁶⁰⁴ Point 36.

⁶⁰⁵ Point 37.

⁶⁰⁶ Point 38.

L'affirmation, on le verra⁶⁰⁷, ne permet cependant pas d'étouffer les incertitudes concernant les conditions de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle.

Si le mécanisme de reconnaissance mutuelle semble relativement simple, le concept en lui-même est susceptible de différentes approches.

§ II : Les différentes approches du concept.

209. Les différentes analyses qui ont été faites du concept de reconnaissance mutuelle se complètent d'une certaine manière et contribuent à le cerner.

A. L'analyse internationaliste.

210. C'est essentiellement en termes de droit acquis que la reconnaissance mutuelle est appréhendée en droit international privé⁶⁰⁸. Ainsi, la loi qui s'est appliquée à un bien ou à un service lors de sa mise sur le marché d'origine confère à celui-ci un droit intangible d'accéder au marché. Il s'ensuit que le pays d'accueil ne peut subordonner l'accès du bien ou du service au marché local à des conditions venant s'ajouter à celles ayant déjà été respectées dans le pays d'origine.

Le principe de reconnaissance mutuelle apparaît comme un moyen plus souple que le procédé du conflit de lois. Si la règle de conflit est reléguée au second plan, s'y substitue au premier plan l'objectif d'assurer la stabilité de la situation. Ainsi, les Etats se pliant à un principe de reconnaissance mutuelle conservent chacun leurs règles de conflit propres, mais ils ne peuvent les opposer aux autres Etats.

M. LAGARDE, à la suite de MM. JAYME et KOHLER⁶⁰⁹, s'intéresse à la détermination de la « *(p)lace respective des conflits de lois et de la reconnaissance mutuelle dans l'élaboration de règles communes de droit international privé* »⁶¹⁰ dans le contexte de la coexistence d'un droit international privé avec un droit communautaire en construction. Cherchant à mesurer l'intérêt du recours au principe de reconnaissance mutuelle, l'auteur explique qu'il réside dans « *son indifférence vis-à-vis de la loi appliquée à la situation soumise à reconnaissance.* »⁶¹¹ Celui-ci apparaît comme un instrument original, propre au droit communautaire, de l'édification d'un droit international privé intracommunautaire. Cette

⁶⁰⁷ V. *infra*, n° 461 et s.

⁶⁰⁸ V. G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padoue, Cedam, 2002, réf. citée par H. MUIR WATT, not. in « Les fondements économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, vol. 307, p. 25, spéc. p. 181, note 450.

⁶⁰⁹ « Europäisches Kollisionsrecht 2001 : Anerkennungsprinzip statt IPR ? », *IPRax* 2001, p. 501 et s., cité par P. LAGARDE in « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, p. 225-243, spéc. p. 229, note 17.

⁶¹⁰ *Op. cit.*, spéc. p. 229.

⁶¹¹ *Op. cit.*, spéc. p. 230.

approche permet de comprendre que dans les relations intracommunautaires, les Etats membres soient tenus de faire preuve de retenue dans la mise en œuvre des mécanismes d'exception telles que les lois de police ou l'exception d'ordre public international. En effet, ces derniers mettent à mal l'harmonie internationale des solutions à laquelle aspire le droit international privé, du moins, selon une conception dominante. Le principe de reconnaissance mutuelle considéré en quelque sorte *a minima*, permet donc de corriger les imperfections générées par les lois de police. En les neutralisant, il les empêche de perturber le jeu normal de la règle de conflit. En somme, ce principe apparaît comme un instrument de gestion de la diversité législative, un instrument de coordination des législations nationales.⁶¹²

B. Un compromis entre harmonisation et mise en concurrence des lois.

211. M. BERGÉ⁶¹³ s'est attaché à mettre en évidence les spécificités du projet communautaire. Partant du principe que l'arrêt *Cassis de Dijon* est une décision essentielle permettant de comprendre la philosophie sous-tendant la construction communautaire, il en présente deux lectures opposées qui conditionnent le régime, la mise en œuvre des contrôles communautaires, et partant, la mesure de l'incidence des libertés communautaires sur les droits internationaux privés nationaux. Une première lecture met en évidence la vocation du droit communautaire, le cas échéant, à harmoniser les droits nationaux en vue notamment d'instaurer les conditions d'une concurrence non faussée au sein de la Communauté. La seconde lecture, imaginée par l'auteur (en ce sens qu'elle ne reflète pas la position adoptée par les magistrats) met au contraire en exergue une logique de mise en concurrence entre les lois⁶¹⁴.

Or, pour M. BERGÉ, aucune de ces lectures ne reflète le modèle communautaire. Il montre en effet que le droit communautaire a emprunté une voie originale. Il s'est construit autour d'un principe d'intégration⁶¹⁵ et d'égalité⁶¹⁶, débouchant sur différentes formes de rapprochement des législations. Il n'obéit donc pas au schéma du fédéralisme américain de la mise en concurrence entre les lois. L'auteur met en évidence l'originalité de la structure communautaire, qui réside dans ce qu'il nomme le « phénomène de coordination

⁶¹² On peut donc y voir, à l'instar de P. LAGARDE, une « règle de conflits de systèmes », *op. cit.*, spéc. p. 233.

⁶¹³ « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 113, spéc. p. 117 et s., n° 6 et s.

⁶¹⁴ Sur le thème « concurrence et harmonisation entre les droits », V. A. OGUS, « Economic Analysis and Comparative Law » in *Mélanges en l'honneur de D. TALLON*, éd. Soc. de lég. comp. 2000, p. 169, cité par J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, spéc. p. 117, note 6.

⁶¹⁵ V. not. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, éd. A. W. SITHOFF – Leiden, Genève, 1972.

⁶¹⁶ V. not. S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire*, PUAM, 1999.

communautaire »⁶¹⁷. Le concept intéresse notamment le champ d'application spatial respectif des lois des Etats membres. Ainsi, pour lui, le principe de reconnaissance mutuelle est « *l'expression d'une volonté de faire vivre ensemble la loi du pays d'origine de la personne, de la marchandise, du service ou des capitaux et la loi du pays de destination ou du pays d'accueil.* »⁶¹⁸ Une bonne coordination entre les lois est en effet exigée en vue notamment d'éviter toute entrave qui résulterait de l'application cumulative de lois émanant d'ordres juridiques différents.⁶¹⁹ Cette coordination communautaire est originale et peut prendre la forme d'un trio dont l'auteur voit une illustration dans la directive relative aux salariés détachés dans le cadre d'une prestation transfrontière de services. Ainsi « *(l)e droit communautaire harmonise dans un contexte de libre circulation dans le but de préserver les conditions d'une saine concurrence.* »⁶²⁰

Tel que présenté par l'auteur, ce schéma s'oppose au concept de mise en concurrence entre les lois tel que mis en exergue par certains auteurs ayant recours à l'analyse économique du droit. Pourtant, cette dernière contribue certainement à éclairer le concept de reconnaissance mutuelle.

C. L'éclairage de l'analyse économique du droit⁶²¹.

212. Mme MUIR WATT⁶²² a clairement mis en lumière l'apport de l'analyse économique du droit dans le débat concernant la signification et la portée du principe de reconnaissance

⁶¹⁷ Art. préc. note 613, spéc. p. 126, n° 15. L'auteur retient alors une définition large de la coordination, désignant « *(t)out mécanisme juridique de nature à faciliter la vie en commun d'Etats, d'institutions et de lois* ». *Op. cit.*, spéc. p. 127, n° 15.

⁶¹⁸ V. son art. préc., spéc. p. 128, n° 17. Cette conception du principe de reconnaissance mutuelle conduit à mettre l'accent sur le respect de la diversité notamment entre les droits nationaux substantiels des Etats membres. C'est dans cet esprit qu'un auteur a suggéré d'introduire, dans la perspective d'une modification à venir du traité, un article 12 A rédigé ainsi :

« *Dans le domaine du présent Traité et sans préjudice des dispositions qu'il prévoit, l'Union assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle.*

Le Conseil (...) peut prendre toute réglementation en vue de mettre en œuvre ce principe ».

V. A. MATTERA, « L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle », *Rev. du Droit de l'Union européenne*, 2/2002, p. 217, spéc. p. 218.

⁶¹⁹ J.-S. BERGÉ, art. préc. note 613, spéc. p. 128, n° 17. L'auteur écrit que « *(s)ous l'impulsion du droit communautaire, les droits des Etats, leurs lois sont amenés à vivre ensemble et ont besoin pour cela de coordonner leur action, c'est-à-dire notamment de coordonner leur champ d'application respectif.* »

⁶²⁰ *Op. cit.*, spéc. p. 131, n° 18. Dans un esprit voisin, M. RODIERE évoque la fonction de « *liaison des droits nationaux* » assumée par le droit communautaire. V. *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2ème éd., 2002, p. 3.

⁶²¹ Pour une lecture de l'intervention du droit communautaire sur le fondement des libertés fondamentales inspirée des théories économiques, V. M. POIARES MADURO, « Harmony and Dissonance in Free Movement », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 41 et s.

mutuelle. Selon une analyse économique, le schéma communautaire obéirait, en droit public, à un modèle compétitif⁶²³, dans lequel le principe de reconnaissance mutuelle assume une fonction particulière. En effet, en vue d'assurer la transparence du marché, cette analyse conduit à s'assurer qu'un bien puisse librement circuler dans l'Union avec ses avantages comparatifs⁶²⁴. C'est pourquoi le pays d'accueil ne peut le soumettre à des exigences faisant « double emploi » avec celles auxquelles le bien en question a déjà été soumis dans son pays d'origine. En effet, lui imposer le respect d'autres normes le priverait de son avantage comparatif par rapport aux biens produits à l'échelon local et qui doivent uniquement se conformer à une réglementation. Ainsi compris, le principe de reconnaissance mutuelle permet de préserver la diversité des droits nationaux en encourageant la compétition législative. Il permet de faire jouer librement la loi du marché⁶²⁵.

L'analyse économique du concept de reconnaissance mutuelle aide à comprendre quelles normes doivent suivre le produit dans le pays d'accueil pour ne pas le priver de son avantage comparatif, et partant, doivent faire l'objet d'une reconnaissance mutuelle. A cet égard, la distinction établie par la Cour de justice dans l'arrêt *Keck et Mithouard* paraît justifiée⁶²⁶. En effet, selon cette analyse, ne doivent suivre le produit dans l'Etat d'accueil que les normes dont le défaut de prise en compte aboutirait à priver celui-ci de son avantage comparatif, ce qui enfreindrait les libertés communautaires. *Grosso modo*, le système consiste à veiller à ce qu'un bien ne soit pas soumis cumulativement à des normes émanant respectivement du pays d'exportation et du pays d'importation et répondant aux mêmes finalités.

Cependant, il faut reconnaître que l'analyse économique du principe de reconnaissance mutuelle se concilie mal avec le raisonnement tenu par le juge dans l'arrêt *Alpine*

⁶²² V. « Integration and Diversity : The Conflict of Laws as a Regulatory Tool », in *The Institutional framework of European Private Law*, ed. by F. CAFAGGI, Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, p. 107; « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Mél. J. BEGUIN*, Litec 2005, p. 545; « Les fondements économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, vol. 307, p. 25, spéc. p. 177 et s., n° 134 et s.

⁶²³ V. not. KERBER, "Interjurisdictional Competition within the European Union", *Fordham Internat'l L. J.* 2000, p. 217. Réf. citée par H. MUIR WATT, not. in « Integration and Diversity (...) » préc. note 622, spéc. p. 108, note 6.

⁶²⁴ V. not. « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques (...) » préc. note 622, spéc. p. 550, n° 6.

⁶²⁵ Le modèle compétitif est généralement reconnu à travers la jurisprudence communautaire qui oblige les Etats membres à reconnaître les sociétés établies dans les Etats membres qui retiennent le critère de l'incorporation, lequel n'exige aucun lien entre le pays d'incorporation et le lieu du siège réel ou d'exercice des activités de la société. Les sociétés peuvent donc librement choisir de se faire incorporer dans le système le moins contraignant et opérer par voie de succursales ou autres dans n'importe quel pays de l'Union, sans que ce dernier puisse lui imposer le respect de dispositions impératives, quand bien même la société, incorporée à l'étranger, exercerait ses activités exclusivement sur le territoire de cet Etat.

⁶²⁶ Pour une présentation de l'arrêt *Keck* au regard de l'analyse économique du droit, V. H. MUIR WATT, not. *Rec. des cours* préc. note 622, spéc. p. 183 et s., n° 139 et s.

*Investments*⁶²⁷. En effet, il y estime que la règle néerlandaise à vocation extraterritoriale gêne l'accès des produits financiers néerlandais aux marchés des autres Etats membres. Or selon l'analyse économique des libertés fondamentales, les produits doivent circuler avec leurs avantages comparatifs respectifs. Il en résulte que les normes du pays d'origine ne devraient pas pouvoir être considérées comme entravantes. En outre, la règle en cause dans cette affaire relevait de la catégorie de normes que la jurisprudence *Keck* fait échapper au domaine de l'article 28 TCE. Pour autant, cette décision ne remet pas en cause l'enseignement de l'analyse économique de la reconnaissance mutuelle. Il illustre plutôt les difficultés de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle dans le domaine des services et attire l'attention sur l'intérêt du recours à un autre mode de gestion de la diversité législative en droit privé que le concept de reconnaissance mutuelle⁶²⁸. C'est dire qu'il invite à réfléchir sur la portée de la reconnaissance mutuelle en droit privé. Celle-ci conditionnera son impact sur les règles de conflit de lois.

§ III : L'impact du principe de reconnaissance mutuelle sur les règles de conflit de lois en droit primaire.

213. Les incertitudes entourant la portée du principe de reconnaissance mutuelle en droit privé et en particulier en droit international privé se sont traduites par l'élaboration de thèses divergentes en la matière. Aux antipodes du mythe de la « règle de conflit cachée » se situe la thèse rejetant l'idée que les libertés communautaires aient un quelconque impact sur les règles de conflit⁶²⁹. Comme souvent, c'est certainement une thèse intermédiaire, plus modérée qui semble davantage refléter la réalité de l'impact du droit communautaire sur le droit international privé. Ainsi, notamment pour MM. FALLON et MEEUSEN, le principe de reconnaissance mutuelle interviendrait au stade de la mise en œuvre de la règle de conflit, mais n'en altérerait pas le contenu. Après avoir présenté la règle de conflit cachée (A), nous n'hésiterons pas à l'écartier au profit d'une analyse plus équilibrée du concept de reconnaissance mutuelle (B).

A. Présentation de la thèse de la règle de conflit cachée à portée générale.

⁶²⁷ CJCE, aff. C-384/93, *Rec.*, p. I-1141. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 119 et s.

⁶²⁸ V. les développements *infra*, n° 223 puis 248.

⁶²⁹ Pour une opinion radicale en ce sens, V. V. HEUZE (« De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz 2005, p. 393) qui estime que la thèse de la règle de conflit cachée est un « dogme » (*op. cit.*, spéc. p. 396).

214. Selon une conception « optimale » des objectifs du droit communautaire, certains auteurs ont pu soutenir la thèse selon laquelle les exigences communautaires aboutiraient à une remise en cause inconditionnelle d'un certain nombre de solutions du droit international privé, en particulier dans les relations entre Etats membres.

Ces auteurs voient dans les dispositions du traité relatives aux quatre libertés une règle de conflit cachée commandant l'application de la loi du pays d'origine.⁶³⁰ Le postulat sur lequel repose cette thèse est que seule l'application des règles en vigueur dans le pays d'origine du prestataire peut garantir à celui-ci la possibilité d'offrir le même bien ou service dans l'ensemble de l'Union⁶³¹, et partant, lui permet de profiter pleinement d'un marché intégré. Dans cette thèse, la diversité des législations est donc d'emblée considérée comme un obstacle à la fluidité des échanges. Il s'agit cependant là d'une approche idéale du marché interne. Cette approche est présentée notamment par M. L. G. RADICATI DI BROZOLO, qui explique, à propos des services, « *qu'un vrai marché interne (...) supposerait l'applicabilité de la loi du pays d'origine aux prestations de services, non seulement pour ce qui est de la réglementation de droit public, mais également pour ce qui est de la réglementation de droit privé.* »⁶³². Cette logique conduit inévitablement à mettre en cause les règles de conflit de lois. Aussi M. BASEDOW suggère-t-il que la règle matérielle, destinée à des situations purement internes, tombe moins sous l'application des règles fondamentales de circulation que les règles de conflit de lois⁶³³.

⁶³⁰ MM. FALLON et MEEUSEN (« Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37-66, spéc. p. 51, note 49) citent en ce sens: S. GRUNDMANN, « Binnenmarktkollisionsrecht – vom klassischen IPR zum Integrationsordnung », *RabelsZ* 2000, spéc. P. 459-460; M. WOLFF, « Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt », *Wertpapier Mitteilungen* 1990, p. 1941 et s. Adde CRABIT, « La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée » », *RDUE*, 4/2000, p. 749-833.) L.-G. RADICATI di BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, spéc. p. 408-409. Toutefois, la position de ce dernier auteur est à nuancer. En effet, si, selon lui, « (*en fait, seule l'application des règles du pays d'origine est en mesure de garantir la possibilité de fournir dans les autres Etats membres « le même » service qui est commercialisé dans l'Etat d'origine* » (p. 407), l'auteur n'appelle pas à une application inconditionnelle de la loi du pays d'origine. Selon lui, en effet, les principes libertaires « (...) *n'interdisent pas systématiquement l'application de la loi du pays d'accueil, et il est donc impossible d'en déduire une obligation générale d'appliquer toujours la loi du pays d'origine (...)* » (spéc. p. 409/410).

⁶³¹ Cette idée ressort notamment de la lecture du 16^{ème} considérant de la 2^{ème} directive bancaire (directive 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et modifiant la directive 77/780/CEE, *JOCE* n° L 386 du 30 décembre 1989, p. 1) ainsi que du 20^{ème} considérant de la troisième directive sur l'assurance vie (*JOCE* n° L 360 du 9 décembre 1992, *RGAT* 1993, p. 180), selon lesquels « *les Etats membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées de la même manière que dans l'Etat membre d'origine* ». (C'est nous qui soulignons).

⁶³² Art. préc. note 630, spéc. p. 408.

⁶³³ J. BASEDOW, « Der kollisionsrechtliche Gehalt des Produktfreiheiten in Europäischen Binnenmarkt: *favor offerentis* », *RabelsZ* 1995, p. 1, compte-rendu P. LAGARDE, *RCDIP* 1996, p. 853.

Selon une variante de la thèse selon laquelle le principe de reconnaissance mutuelle aurait un impact direct sur le droit international privé, il faut choisir, entre la loi du pays d'origine et celle du pays de destination, celle qui est la moins restrictive des activités transfrontières.⁶³⁴ On a évoqué alors la « *favor offerentis* »⁶³⁵. Cette thèse de la règle de conflit de cachée ne paraît toutefois pas défendable et a fait l'objet de vives critiques.

B. L'intervention *a posteriori*.

215. Pour les auteurs qui réfutent la thèse de la « règle de conflit cachée »⁶³⁶, cette dernière procède d'une vision « *déséquilibrée du rôle et de la portée du marché intérieur (...) qui tend avant tout à privilégier les intérêts des exportateurs de biens et de services au détriment de ceux de tous les autres acteurs du marché unique (consommateurs, victimes d'actes délictuels, (...))* »⁶³⁷. Or, la Cour a affirmé que les libertés communautaires bénéficiaient autant aux fournisseurs de biens et services qu'à leurs destinataires, les consommateurs.⁶³⁸ Pour M. FALLON, qui rejette l'idée d'un principe général commandant l'application de la loi du pays d'origine, le concept de reconnaissance mutuelle, dont la source réside dans le contrôle de proportionnalité, a pour objectif de permettre, « (...) *autant que possible, la circulation d'un produit ou d'un service ou le déplacement d'une personne en conformité avec le droit d'un autre Etat membre* »⁶³⁹. Par ailleurs, l'obligation qui en découle « (...) *existe seulement en présence d'une équivalence suffisante des contenus des lois en conflit. Pour le reste, la Cour*

⁶³⁴ En ce sens, cités par MM. FALLON et MEEUSEN (« Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37-66, spéc. p. 51/52, note 50) : J. BASEDOW, *op. cit.*, spéc. p. 12; Ch. KOHLER, « Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 – Spannungen zwischen Staatsverträgen und Rechtlinien », *IPRax* 1993, p. 371 et « Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht », *IPRax* 1992, p. 348.

⁶³⁵ J. BASEDOW, *op. cit.*

⁶³⁶ MM. FALLON et MEEUSEN classent parmi les auteurs rejetant l'idée de la « règle de conflit cachée » : (citation de l'art. « Private international law (...) » préc. note 634, spéc. p. 51, note 48) : P. BERNHARD, « Cassis de Dijon und Kollisionsrecht – am Beispiel des unlauteren Wettbewerbs », *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1992, spéc. p. 440 ; H. DUINTJER-TEBBENS, « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *RCDIP* 1994, spéc. p. 451; K.-H. FEZER et S. KOOS, « Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie », *IPRax* 2000, spéc. p. 350-352 ; M. GEBAUER, « Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa », *IPRax* 1995, spéc. p. 155 ; Ch. KOHLER, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international privé », *TCFDIP* 1993-94, spéc. p. 75-77 ; W. - H. ROTH, « Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht », *RabelsZ* 1991, spéc. p. 628 ; H.-J. SONNENBERGER, « Europarecht und Internationales Privatrecht », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 1996, spéc. p. 10-11; X. LEWIS et M. WILDERSPIN, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », *RCDIP* 2002, spéc. p. 23-24; P. VON WILMOWSKY « EG Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit », *RabelsZ* 1998, spéc. p. 11 et s.

⁶³⁷ X. LEWIS et M. WILDERSPIN, art. préc. note 636, spéc. p. 18.

⁶³⁸ Par exemple, dans l'arrêt *GB-INNO-BM* préc. (CJCE, 7 mars 1990, aff. C-362/88, *Rec.*, p. I-667), la Cour met en exergue la liberté, pour les consommateurs résidant dans un Etat membre, de pouvoir se rendre librement sur le territoire des autres Etats membres afin de s'y approvisionner dans les mêmes conditions que la population locale. L'argument est également avancé par MM. FALLON et MEEUSEN, *op. cit.*, spéc. p. 60.

⁶³⁹ « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » préc. note 395, spéc. p. 62, n° 30.

de justice s'est gardée de voir tout principe de l'Etat d'origine ailleurs que dans le droit dérivé »⁶⁴⁰.

Du reste, on sait que dans l'arrêt *Alpine Investments*⁶⁴¹, elle a admis que la loi de l'Etat d'origine pouvait s'avérer être constitutive d'une entrave tout autant que la loi de l'Etat d'accueil. Inversement, le principe pourrait conduire le juge à ne pas tenir compte d'une norme (celle du pays d'origine) qui a un caractère autolimité, telle une norme visant exclusivement les prestations qui s'effectuent sur le territoire national. En effet, comme le souligne M NUYTS, « *il pourrait en résulter un coût supplémentaire pour l'opérateur économique, qui serait contraint de s'adapter à la réglementation différente prévue par le pays d'accueil* »⁶⁴². Ces deux derniers exemples montrent bien que seul le résultat concret induit par l'application de la norme (qu'elle soit celle du pays d'origine ou du pays de destination) est pris en compte lors de l'intervention du principe de reconnaissance mutuelle.

216. C'est pourquoi de nombreux auteurs estiment que le principe de reconnaissance mutuelle vise à contrôler le résultat auquel conduit le processus de désignation de la loi applicable en vertu des règles de droit international privé ; il agit, le cas échéant, *a posteriori*⁶⁴³. C'est donc la loi substantielle désignée qui est l'objet du contrôle selon eux. Dès lors, seule la règle nationale jugée incompatible avec les articles 28 ou 49 TCE est écartée par le juge, et pas la règle de conflit elle-même. C'est dire qu'hormis l'hypothèse particulière de la règle de conflit ouvertement discriminatoire, la formulation même de la règle de conflit n'est pas remise en cause par le droit communautaire. Les libertés communautaires ne conduisent donc pas à la création d'une règle exprimée positivement et qui désignerait une loi applicable. Elle vise à modifier, corriger, le cas échéant, le résultat auquel mène la loi désignée par la règle de conflit. « *C'est (...) au stade – ultérieur – de l'application de la loi désignée que le juge doit examiner si certaines dispositions de celle-ci constituent des entraves de sorte qu'elles doivent, en vertu du principe de la primauté du droit communautaire, être modifiées ou écartées. S'il s'avère de son examen que cela est effectivement le cas, c'est l'application de la*

⁶⁴⁰ *Op. cit., loc. cit.* L'auteur cite en ce sens l'arrêt CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne contre Parlement européen et Conseil*, « *Système de garantie de dépôts* », aff. C-233/94, *Rec.* 1997, p. I-2405 (V. spéc. note 97).

⁶⁴¹ CJCE, aff. C-384/93, *Rec.*, p. I-1141. Dans le même sens, V. également l'arrêt CJCE, 17 mai 1994, *Corsica Ferries Italia Srl*, aff. C-18/93, *Rec.*, p. I-1783.

⁶⁴² « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245, spéc. n° 32, p. 257.

⁶⁴³ V. en ce sens MM. LEWIS et WILDERSPIN, art. préc. note 636, spéc. p. 24 ; H. TEBBENS, art. préc. note 636, spéc. p. 479 ; L. IDOT, in *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, colloque de Toulouse, mars 2002, *Petites Affiches* du 12 déc. 2002, n° 248, spéc. p. 31, n° 23. Selon l'auteur, « *(l)le contrôle ne s'exerce (...) qu'en aval sur la loi désignée par la règle de conflit. Le droit communautaire tient pour acquis le jeu de la règle de conflit pertinente, mais en adapte éventuellement le résultat* » ; M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » préc. note 395, spéc. p. 63, n° 30 ; FALLON et MEEUSEN, « Private international law (...) » préc. note 634, spéc. p. 52.

loi désignée qui est frappée par le droit communautaire et nullement la règle de conflit de lois en tant que telle. »⁶⁴⁴ En outre, certains auteurs mettent en avant la difficulté d'adaptation du principe du pays d'origine à l'hypothèse des contrats complexes.⁶⁴⁵

C'est pourquoi MM. FALLON et MEEUSEN parlent d'un mécanisme d'« exception de reconnaissance mutuelle ».⁶⁴⁶ Ils mettent ce faisant l'accent sur l'aspect négatif du processus.

Sous un angle institutionnel, la reconnaissance mutuelle trouverait son fondement dans le principe de primauté du droit communautaire ainsi que dans le devoir de loyauté⁶⁴⁷, lesquels obligent les Etats membres à mettre en œuvre leurs règles de conflit en conformité avec le traité. Mais imposer un principe général d'application de la loi du pays d'origine serait contraire aux principes communautaires de proportionnalité et de subsidiarité.

Ces auteurs, qui ne nient donc pas toute influence du droit communautaire sur le droit international privé, s'attachent à préciser cet impact. Pour MM. LEWIS et WILDERSPIN, « même lorsqu'elle sert de référence, la loi du pays d'origine n'est pas pour autant appliquée en tant que telle. C'est plutôt le fait de s'être conformé aux normes de cette loi qui absout le fournisseur de son obligation de se conformer aux normes du pays où il fournit les biens ou les services. La règle du pays d'origine en cause constitue dès lors purement et simplement un *datum* dont le pays de destination doit tenir compte. »⁶⁴⁸

⁶⁴⁴ X. LEWIS et M. WILDERSPIN, art. préc. note 636, spéc. p. 24.

⁶⁴⁵ Pour X. LEWIS et M. WILDERSPIN, en effet, dans ces contrats tels que des échanges de biens, *joint ventures*, *franchising*, contrats de distribution, etc, où chaque partie fournit des biens ou des services, l'application, en tant que *lex causae*, de la loi « du » pays d'origine, n'aurait aucun sens, sauf à scinder le contrat de sorte que les obligations de chaque partie puissent être régies par « sa » loi. Les auteurs donnent un autre exemple par lequel ils entendent illustrer une incommodité pratique du principe de la loi du pays d'origine. L'hypothèse visée est celle où le vendeur établi dans un Etat membre vend un bien fabriqué dans un autre Etat membre à un acquéreur établi dans un troisième Etat membre. Ils soulignent alors les difficultés de désigner la loi applicable en suivant le principe du pays d'origine. Sans particulièrement être partisane de la loi du pays d'origine, nous avouons ne pas vraiment voir la difficulté... Si le point litigieux concerne le contrat entre l'acheteur et le vendeur, la loi d'origine est facilement identifiable. Il en va de même s'il concerne les rapports entre producteur et vendeur. *Op. cit.*, spéc. p. 24, note 77.

⁶⁴⁶ « Private international law (...) » préc. note 634, spéc. p. 61. *Adde* M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » préc. note 395, spéc. p. 76, n° 46.

⁶⁴⁷ V. art. 10 TCE.

⁶⁴⁸ Art. préc. note 636, spéc. p. 21; V., dans le même sens, not. H. DUINTJER-TEBBENS, art. préc. note 636, spéc. p. 479; M. FALLON et J. MEEUSEN, qui décrivent ainsi le processus: « *When determining whether the law of a Member State is compatible with the Community rule of mutual recognition, the law of one Member State will be used as the law of reference. When the Court's case law requires economic actors to act "lawfully", this means in conformity with the substantive rules of the country of origin. This fact will then be taken into account when similar and equivalent rules are applied in the country where the services are provided or the goods are delivered. If equivalence is really present, the law of the country of destination will be adjusted to the extent necessary to realize free movement of the goods or services. Therefore, the application of the mutual recognition rule to disparities between the laws of the Member States is essentially relative.* » Traduction libre: lors de l'examen de compatibilité de la loi d'un Etat membre au regard du principe communautaire de reconnaissance mutuelle, la loi de l'autre Etat membre servira de référence. Lorsque la jurisprudence de la Cour exige des opérateurs économiques qu'ils agissent « légalement », cela signifie en conformité avec les règles substantielles du pays d'origine. Le respect de ces dernières sera pris en compte lorsqu'existent dans le pays dans lequel la prestation est fournie ou le bien livré des règles similaires. En cas d'équivalence, la loi du pays de

M. DUINTJER-TEBBENS évoque, pour sa part, à propos du principe de reconnaissance mutuelle, une « règle matérielle de droit communautaire »⁶⁴⁹. Selon l'auteur, le contenu de cette règle dépend du résultat concret auquel aboutit le contrôle opéré par la Cour de justice en matière d'entraves. Ainsi, « *(s)i la mesure est jugée compatible avec le droit communautaire, la règle formulée par la Cour ne fait qu'approuver implicitement la règle de conflit ayant rendu applicable le droit national (...) dont fait partie la mesure en cause. Si, au contraire, cette mesure ne résiste pas au contrôle communautaire, la règle matérielle énoncée par la Cour, soit remplace la disposition condamnée (...) par une règle plus libérale du point de vue des échanges intracommunautaires (...) qui correspond à la norme de la loi de l'Etat d'origine pour le point de droit litigieux, soit l'efface sans substitution.* »⁶⁵⁰

Ainsi, le principe de reconnaissance mutuelle obligerait le juge national du pays d'accueil désireux d'invoquer l'intérêt général à vérifier que le droit auquel l'entreprise s'est conformée n'assure pas déjà l'objectif recherché par la norme qualifiée d'« intérêt général ». Il est donc amené à prendre en considération le respect, par l'opérateur, de la loi du pays d'origine. La démarche présente des liens avec la théorie des lois de police étrangères même si plutôt que d'application de la norme étrangère, il conviendrait d'évoquer sa « prise en considération ».⁶⁵¹

Le principe de reconnaissance mutuelle peut d'une certaine manière être perçu comme une manifestation propre au droit communautaire de la mise en œuvre de la théorie des lois de police étrangères. Sous cet angle, il apparaît comme un vecteur de la coopération renforcée entre les Etats membres mise en place par la structure communautaire.

Si la thèse de la « règle de conflit cachée » soi-disant inscrite dans le traité a pu relativement facilement être écartée, il est indéniable que récemment, le législateur communautaire a cherché à étendre la portée du concept de reconnaissance mutuelle en droit dérivé. Mais il l'a fait dans des termes qui ont eu pour effet de raviver le débat autour de la portée de ce principe.

Section II : *Les incertitudes concernant la portée du principe de reconnaissance mutuelle en droit dérivé.*

destination sera ajustée en tant que de besoin afin de permettre la libre circulation des marchandises et des services. C'est pourquoi l'application de la règle de la reconnaissance mutuelle aux disparités existant entre les droits des Etats membres est essentiellement relative. V. « Private international law (...) » préc. note 634, spéc. p. 58.

⁶⁴⁹ Art. préc. note 636, spéc. p. 478.

⁶⁵⁰ *Ibidem.*

⁶⁵¹ Pour M. MAYER, une norme étrangère « (...) est prise en considération lorsqu'elle entre dans le présupposé de la règle substantielle applicable. » V. « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277, spéc. p. 307, n° 34.

217. Actuellement, une incertitude pèse sur la portée du principe de reconnaissance mutuelle notamment en droit des conflits de lois. Elle est due pour une large part à la rédaction même des instruments communautaires qui y ont recours. En effet, les initiatives visant à préciser la portée du principe de reconnaissance mutuelle, dont la directive « commerce électronique »⁶⁵² fournit un bon exemple, ne sont pas des modèles de clarté. Elles ont d'une certaine manière contribué à la formulation de l'opinion extrême selon laquelle les exigences substantielles du droit communautaire étaient à même d'infléchir, de façon inconditionnelle, les mécanismes de droit international privé, au point d'imposer l'application de la loi du pays d'origine. Il paraît dès lors nécessaire de préciser le domaine du principe de reconnaissance mutuelle (§ I). Les clauses « marché intérieur » semblent s'inscrire dans une logique d'extension du domaine du principe (§ II) qui a atteint son point culminant avec la proposition initiale de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur. Cependant, suite au tollé soulevé par celle-ci, c'est aujourd'hui à un certain reflux du principe d'origine que l'on semble assister (§ III).

§ I : Recherches sur le domaine du principe de reconnaissance mutuelle.

218. Si le principe de reconnaissance mutuelle, apparu dans le domaine des réglementations « administratives », y semble d'application relativement aisée (A), son extension au droit privé paraît davantage problématique (B).

A. Son application indiscutable en matière de réglementations « administratives ».

219. Il s'agissait initialement, par le principe de reconnaissance mutuelle, de limiter l'harmonisation par voie d'actes communautaires à l'essentiel, à savoir la sécurité des produits ; par ailleurs, des institutions spécialisées de normalisation se voyaient confier la tâche de définir des normes et d'assurer la reconnaissance des certificats de conformité aux normes nationales vérifiées par la Commission et aux normes harmonisées. Incontestablement, les mesures de « type administratif » semblaient initialement concernées. C'est au demeurant en ce domaine que la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle est la plus aisée. Comme le fait remarquer M. NUYTS, le principe d'équivalence, sur lequel repose celui de reconnaissance mutuelle, intéresse spécialement les réglementations

⁶⁵² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *JOCE* n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16. Sur cette directive, V. notamment, et pour s'en tenir à la doctrine de langue française, parmi l'abondante littérature, L. GRYNBAUM, « La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », *JCP éd. G* 2001, I, 307 ; R. de BOTTINI, « La directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 », *RMUE* juin 2001, p. 370, n° 449 ; M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *RCDIP* 2002, p. 435-490.

administratives du pays d'accueil. « *Le juge saisi est donc tenu, en règle, de « prendre en considération » le contenu des mesures administratives du pays d'origine avant d'appliquer, le cas échéant, celles du for.* »⁶⁵³

On a vu que l'analyse économique du principe de reconnaissance mutuelle conduisait à neutraliser systématiquement tout double emploi⁶⁵⁴. Si l'on raisonne à partir des règles de droit public dans le domaine des marchandises, la situation est initialement saisie à un moment donné « T », alors qu'elle est purement interne. Les normes locales s'appliqueront au bien en cause. Puis, lors de son passage à la frontière à un moment « T+1 », le jeu de la reconnaissance mutuelle va imposer à l'Etat d'accueil de prendre acte du respect, par ce bien, des règles de droit public en vigueur dans son pays d'origine. La mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle dans le cadre du contrôle des « entraves-cumuls »⁶⁵⁵ des règles de droit public ne pose guère de problème, que ce soit en matière de marchandises ou en matière de services.

S'agissant de ces derniers, on trouve des illustrations d'un tel contrôle des « entraves-cumuls » par exemple en droit dérivé en matière de conditions d'exercice d'une activité professionnelle. Ainsi, dans les directives de dernière génération concernant le secteur des services financiers⁶⁵⁶, l'établissement bancaire ou d'assurance est soumis aux conditions d'accès au marché prévalant dans son propre pays, conditions issues d'une harmonisation établie par la Communauté pour rendre celles-ci équivalentes d'un Etat membre à un autre ; cette soumission se traduit par l'obligation, pour l'entreprise, de demander l'agrément administratif dans ce pays, étant entendu que cet agrément - alors dit « unique » - est valable dans l'ensemble de la Communauté. L'Etat de destination est contraint de reconnaître les autorisations et agréments octroyés dans l'Etat d'établissement (d'origine) du prestataire, et ne peut prétendre vérifier que l'opérateur usant de la liberté de prestation de services se conforme à la loi de son pays d'origine. Cela aurait en effet pour conséquence de maintenir un régime d'autorisation préalable déguisé. La compétence de l'Etat d'origine en ce qui concerne l'octroi de ces autorisations, et le contrôle de l'activité en cause qui en est le préalable, se justifie par le fait que les autorités de l'Etat d'origine sont les mieux placées pour apprécier si la loi de ce pays a bien été respectée. Le système permet donc l'efficacité du contrôle.

⁶⁵³ A. NUYTS : « L'application des lois de police dans l'espace », *RCDIP* 1999, p. 31-74 ; 245-265, spéc. p. 256, n° 32.

⁶⁵⁴ V. *supra*, n° 212.

⁶⁵⁵ L'expression est de Mme MUIR WATT. V. not. « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Mél. J. BEGUIN*, Litec 2005, p. 545.

⁶⁵⁶ V. la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité de établissements de crédit et son exercice, *JOCE* n° L 126 du 26 mai 2000, p. 1.

En jurisprudence, dans un domaine voisin, - celui des autorisations administratives - ce type d'entrave-cumul peut être illustré par l'arrêt *Webb*⁶⁵⁷, dans lequel il était question de savoir si l'article 59 (49) du traité interdisait à un Etat membre d'exiger une autorisation pour la mise à disposition de main d'œuvre sur son territoire, d'une entreprise établie dans un autre Etat membre, alors que elle-ci était titulaire d'une autorisation délivrée par cet Etat d'origine. Si la Cour admet que, dans certaines circonstances, l'Etat membre destinataire de la prestation puisse exiger une autorisation délivrée selon les mêmes critères que pour ses propres ressortissants, « *cette mesure dépasserait le but poursuivi au cas où les exigences auxquelles la délivrance d'une autorisation se trouve subordonnée feraient double emploi avec les justifications et garanties exigées dans l'Etat d'établissement.* »⁶⁵⁸

De même, en ce qui concerne les conditions d'exercice d'une activité, une application du concept de reconnaissance mutuelle est illustrée par la directive « commerce électronique ». Ainsi, figurant au titre des « exigences en matière d'établissement et d'information », l'article 4.1, intitulé « Principe de non autorisation préalable », dispose que « *(l)es États membres veillent à ce que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne puissent pas être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent.* »

220. Selon une logique voisine, le principe de reconnaissance mutuelle est d'application aisée en matière de jouissance des droits, ce qu'illustre la jurisprudence relative à la reconnaissance des sociétés, où il oblige un Etat membre à reconnaître une société quand bien même le siège réel de celle-ci serait situé sur leur territoire, et sans pouvoir lui imposer l'application de leurs lois impératives, sauf pour cause d'intérêt général⁶⁵⁹. A propos de l'arrêt *Inspire Art, M. FALLON* explique que le test d'équivalence, d'où dérive le principe de reconnaissance mutuelle, tel qu'appliqué en droit des sociétés, « *peut se comprendre comme exigeant une comparaison du degré de rapprochement des législations nationales atteint par les institutions* »⁶⁶⁰. En l'espèce, la Cour estime qu'en ce qui concerne la publicité, l'harmonisation communautaire est exhaustive et suffisante pour protéger les créanciers. Il s'ensuit que le législateur néerlandais doit reconnaître la société constituée au Royaume-Uni

⁶⁵⁷ CJCE, 17 déc. 1981, aff. 279/80, *Rec.* p. 3305.

⁶⁵⁸ Point 20.

⁶⁵⁹ V. les arrêts CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *JDI* 2000, p. 482, note LUBY; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *RCDIP* 2003, p. 508, note P. LAGARDE; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01. Par ailleurs, dans ce dernier arrêt, outre le test d'équivalence, la Cour de justice a procédé au test d'interchangeabilité. En l'espèce, la Cour, portant une appréciation sur la législation néerlandaise en cause, estime que l'objectif de protection des créanciers qu'elle poursuit pouvait être assuré par des mesures moins contraignantes des échanges intracommunautaires, telle une politique d'information.

⁶⁶⁰ V. « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » préc. note 395, spéc. p. 61, n° 29.

sans pouvoir lui imposer le respect de dispositions du droit néerlandais visant notamment à protéger les créanciers de la société.

221. La jurisprudence relative aux salariés détachés à titre temporaire dans un autre Etat membre en vue d'y exécuter une prestation⁶⁶¹ illustre une application particulière du contrôle des entraves-cumuls. Dans toutes ces décisions, la Cour de justice veille notamment à ce qu'un employeur ne soit pas soumis à l'application cumulative de lois (celle de l'Etat d'origine et celle du pays de détachement) répondant à une finalité commune. Le schéma ressemble fort à l'hypothèse des règles de droit public à vocation territoriale. Simplement, apparaît dans ce cas de figure un conflit mobile qui trouve son origine dans le changement du facteur de rattachement. Ainsi, des normes émanant d'ordres juridiques distincts revendiquent simultanément leur application à une même situation juridique. Le problème sera résolu de la même manière que dans les hypothèses des entraves-cumuls observées par exemple à propos de la réglementation concernant la qualité des produits. Il s'agira alors de veiller à ce que l'employeur ne soit pas soumis deux fois à des contraintes similaires, émanant respectivement du pays d'origine et de celui du détachement du salarié. On quitte ici le droit public pour le droit privé, en particulier les lois de police qui revendiqueront une application territoriale. La transposition du schéma classique du contrôle des entraves-cumuls ne fait *a priori* pas difficulté dans cette hypothèse. Mais dès lors que l'on s'intéresse aux règles de droit privé relatives au contenu même de la prestation de service, la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle paraît plus délicate.

B. Son extension problématique au droit privé.

222. L'arrêt *Alsthom Atlantique*⁶⁶² attesta de la possibilité, pour le droit privé, d'être concerné par le principe de reconnaissance mutuelle. La Cour de justice y a en effet laissé entendre que le droit privé n'échappait pas au contrôle en matière d'entraves, en admettant implicitement que l'application du régime français de la garantie des vices cachés était susceptible de constituer une entrave.

Cependant, on a vu les difficultés suscitées par la transposition, dans le domaine des services (largement emprunt de droit privé) du critère dégagé par la jurisprudence de la Cour en matière de contrôle des entraves à la circulation des marchandises.⁶⁶³ De fait, certains auteurs s'attachent à souligner les différences entre produits et services pour montrer que le

⁶⁶¹ V. *infra*, n° 418 et s.

⁶⁶² CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, aff. C-338/89, *Rec.*, p. I-107. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 174.

⁶⁶³ V. *supra*, n° 118 et s.

raisonnement au regard du concept de reconnaissance mutuelle ne peut être le même dans les deux matières.

En effet, les spécifications techniques applicables aux marchandises ne posent pas de problème au regard du droit international privé. Elles s'appliquent immédiatement à la marchandise en fonction de son lieu de fabrication et quel que soit son lieu de destination. C'est dire que la fabrication du produit est parfaitement dissociable de l'acte juridique par lequel il sera amené à franchir une frontière. Or, comme le souligne M. DUBUISSON, si un raisonnement basé sur l'équivalence est parfaitement praticable et justifié s'agissant de réglementations techniques relatives aux marchandises ainsi que de réglementations de contrôle des activités professionnelles, il n'en va « *pas de même des règles de droit privé qui n'imposent pas leur application dans le pays d'origine et dont l'applicabilité ne peut être envisagée indépendamment des techniques propres au droit international privé.* »⁶⁶⁴ En ce domaine, rien ne justifie, selon l'auteur, l'exportation systématique de la réglementation du pays d'origine. De son côté, M. DUINTJER-TEBBENS souligne qu'« *un « service » est défini, beaucoup plus qu'un produit matériel, par des règles juridiques, de sorte qu'une équivalence entre le service légal dans l'Etat de son origine (l'Etat où son prestataire est établi) et un service de même nature tel que la loi de l'Etat d'accueil le conçoit se produit rarement.* »⁶⁶⁵

De même, pour MM. LEWIS et WILDERSPIN, il est impossible de transposer tel quel aux différends de droit privé le raisonnement suivi en matière d'interdiction des entraves découlant de règles de droit public, domaine dans lequel, selon eux, les intérêts des destinataires des biens et services et ceux des fournisseurs convergent le plus souvent. En effet, ce constat ne vaut pas pour le droit privé, où la mise en œuvre (du moins, judiciaire) d'une règle aboutit nécessairement à privilégier une partie au détriment de l'autre. Ainsi, ces

⁶⁶⁴ V. « L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance – la réaction thermidorienne », *RGAT* 1995, p. 819, spéc. p. 834, n° 27. V. déjà auparavant: L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, p. 401. L'auteur estime que la philosophie sous-tendant la jurisprudence « *Cassis de Dijon* » « *n'est pas susceptible de transposition automatique en matière de services* » (*op. cit.*, spéc. p. 404 ; note 10). Par ailleurs, il souligne bien la particularité des services au regard des questions de droit international privé lorsqu'il écrit qu'en ce domaine, « *c'est souvent des règles applicables que dépendent les caractères et le contenu même du service* ». Ainsi, « *L'application, à une prestation de services (...) d'une série de règles plutôt que d'une autre, peut (...) avoir une influence déterminante sur la possibilité d'offrir le service, ou sur les conditions et la rentabilité de celui-ci.* » *Op. cit.*, spéc. p. 407.

⁶⁶⁵ « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *RCDIP* 1994, p. 451, spéc. p. 466.

règles « entérinent des décisions politiques ou jurisprudentielles sur la meilleure façon de trouver un équilibre entre les intérêts différents des parties concernées. »⁶⁶⁶

223. Mme MUIR WATT⁶⁶⁷, en recourant à l'analyse économique du droit, a mis en évidence les limites du concept de reconnaissance mutuelle en droit privé. En effet, si la répartition territoriale à laquelle il aboutit est pleinement satisfaisante s'agissant de normes de droit public, elle ne l'est pas en droit privé car la fourniture transfrontière de services se greffe nécessairement sur une situation contractuelle qui est, dès l'origine, internationale. Et les règles gouvernant le contrat ont généralement vocation à s'emparer de la situation juridique dans son intégralité et n'obéissent pas à un schéma territorial. Or les deux ordres juridiques en concours (l'Etat d'origine et celui de destination) auront des prétentions légitimes à vouloir assurer le respect de leurs lois respectives. En matière de services, la répartition des compétences entre ces deux ordres juridiques ne pourra pas se faire suivant un schéma territorial et chronologique comme c'est le cas à propos notamment des règles gouvernant la confection des produits (normes de qualité, etc,...) Pour l'auteur, il faudrait à cette fin recourir à des paramètres plus appropriés, faisant la part entre le domaine requis par le principe de reconnaissance mutuelle et les prétentions légitimes que peut avoir le pays d'accueil à appliquer certaines lois (souvent protectrices de certaines parties)⁶⁶⁸.

De fait, l'arrêt *Alpine Investments*⁶⁶⁹ met en lumière la difficulté de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle en matière de services⁶⁷⁰. Mme MUIR WATT fait remarquer en effet que la Cour n'y a pas utilisé la distinction opérée dans l'arrêt *Keck*, ni le critère de la « double charge », mais a plutôt eu recours au critère de l'« accès au marché »⁶⁷¹. Ainsi une norme du

⁶⁶⁶ Art. préc. note 636, spéc. p. 33.

⁶⁶⁷ « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Mél. J. BEGUIN*, Litec 2005, p. 545, spéc. p. 549 et s., n° 5 et s. et « Integration and Diversity : The Conflict of Laws as a Regulatory Tool », in *The Institutional framework of European Private Law*, ed. by F. CAFAGGI, Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, p. 107, spéc. p. 115 et s. ; « Les fondements économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, vol. 307, p. 25, spéc. p. 189 et s., n° 146 et s.

⁶⁶⁸ V. *infra*, n° 248.

⁶⁶⁹ CJCE, aff. C-384/93, *Rec.*, p. I-1141. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 119 et s.

⁶⁷⁰ V. H. MUIR WATT, not. *Rec. des Cours* préc. note 667, spéc. p. 192 et s., n° 149 et s.

⁶⁷¹ V. « Integration and Diversity » préc. note 667, spéc. p. 115; *Rec. des cours* préc. note 667, spéc. p. 192, n° 149. On a toutefois constaté que le critère de l'« accès au marché » était déjà présent dans l'arrêt *Keck* et que la Cour y avait recours non seulement en matière de services, mais également en matière de marchandises. (V. *supra*, n° 112 et s.) Pour une analyse de ce critère, V. not. WEATHERILL, « After *Keck* : Some Thought on How to Clarify the Clarification », *Common Market Law Review* 1996, p. 885 ; BARNARD, « Fitting the Remaining Pieces into the Goods and Services Jigsaw », *Euro Law. Rev.*, vol. 26 (2001), p. 35; E. SPAVENTA, « From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards a (Non)-Economic European Constitution », *Common Market Law Review*, vol. 41 (2004), p. 743; SNELL (J.) et ANDENAS (M.), « Exploring the Outer Limits : Restrictions on the Free Movement of Goods and Services », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 69; POIARES-MADURO, « Harmony and Dissonance in

pays d'accueil sera considérée comme entravante si elle gêne l'accès du produit au marché national. En particulier, la difficulté, en l'espèce, provenait du caractère extraterritorial de la norme néerlandaise. Celle-ci entendait en effet s'appliquer à des pratiques mises en œuvre non seulement sur le territoire national, mais aussi sur le territoire des autres Etats. C'est dire que ce type de règle ne se prête pas au schéma territorial de la reconnaissance mutuelle observée notamment en matière de normes relatives à la qualité des produits. Celles-ci ne revendiquent aucune application extraterritoriale, mais s'appliquent aux produits fabriqués sur le territoire national. La reconnaissance mutuelle impose alors simplement de prendre pour acquise l'application, à une marchandise, dans son pays de provenance, de diverses normes de telle sorte qu'elle ne soit pas soumise à un cumul. Elle n'influe pas sur les domaines d'application respectifs de la loi du pays dans lequel le bien a été produit et de celle du pays de commercialisation.

L'analyse économique du concept de reconnaissance mutuelle, qui conduit, en résumé, à faire en sorte qu'un bien (ou un service) puisse circuler dans un espace donné avec ses avantages comparatifs, fournit des renseignements quant aux matières devant en faire l'objet. En effet, dans le processus de transposition notamment en droit privé du concept de reconnaissance mutuelle, il faut rechercher quelles normes doivent suivre le service dans le pays d'accueil pour ne pas le priver de son avantage comparatif. Or celles-ci diffèrent selon les configurations juridiques car la concurrence ne fonctionne pas de la même manière selon les cas. Comme l'explique Mme MUIR WATT⁶⁷², en matière de marchandises, alors que la compétition portant sur les règles relatives à la production du bien s'exerce lorsque les consommateurs font leurs choix, les conditions de commercialisation (par exemple, les horaires et jours de fermeture des magasins) influent sur leurs choix d'emplacement. Soumettre un produit aux règles de commercialisation du pays d'importation ne lui enlèvera pas son avantage comparatif. La difficulté consistera donc, en matière de services, à rechercher quelles normes doivent être reconnues par le pays d'accueil en vue d'éviter de priver le service de ses avantages comparatifs.

224. A cet égard, des auteurs, soucieux de préciser l'impact du principe d'origine dans le domaine des services, ont proposé de distinguer selon que ces derniers revêtaient un caractère

Free Movement », in *Services and Free Movement in EU Law* préc., p. 41 et s. Réf. citées par H. MUIR WATT not. in *Rec. des Cours* préc. note 667, spéc. p. 189, note 474.

⁶⁷² V. not. « Integration and Diversity (...) », préc. note 667, spéc. p. 112. Elle se réfère alors à une étude de Jukka SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationships between the Freedoms*, Oxford, 2002.

purement juridique ou non.⁶⁷³ Relèveraient de la catégorie des services à contenu « purement juridique » les produits de masse tels les services financiers⁶⁷⁴, qui s’opposeraient aux services fournis sur mesure (par exemple, la construction d’un bateau), qui exigeraient de la part du prestataire une certaine adaptation à l’environnement juridique du pays d’accueil. Tandis que les premiers seraient soumis à l’emprise de la loi du pays d’origine, à l’instar de ce que l’on observe dans le cadre du contrôle des entraves-cumuls⁶⁷⁵, les seconds permettraient une intervention de la loi du pays d’accueil. Mais la distinction semble peu opérationnelle. En effet, si c’est sans doute dans le cas des produits de masse que le prestataire a particulièrement intérêt à pouvoir compter sur l’application d’une loi unique aux contrats proposés à travers le monde, la distinction semble surtout présenter un intérêt en termes d’économies d’échelle⁶⁷⁶. Il est par ailleurs difficile de comprendre pourquoi le principe d’origine aurait vocation à être cantonné à la catégorie des services à contenu légal et prédéterminé. En tout cas, la distinction n’est pas pertinente au regard de l’analyse économique de la reconnaissance mutuelle selon laquelle les biens et les services doivent circuler avec leurs avantages comparatifs respectifs. Ainsi, pour Mme MUIR WATT, la véritable difficulté consiste à identifier les règles faisant partie de l’environnement juridique du service et devant être reconnues dans le pays d’accueil de façon à ne pas le priver de son avantage comparatif. Les incertitudes concernant la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle en droit privé ne sont pas apaisées lorsque l’on constate que le législateur communautaire a cherché à en étendre l’emprise sur cette matière, notamment dans la directive « commerce électronique ».

⁶⁷³ V. W.-H. ROTH, « The European Court of Justice’s Case Law on Freedom to Provide Services: is Keck Relevant? », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 1 et s., spéc. p. 18.

⁶⁷⁴ Dans ce cas, la loi applicable au contrat liant le prestataire et le bénéficiaire participe directement à la définition du contenu même du service. V. M. TISON, « Unravelling the General Good Exception : The Case of Financial Services », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 321 et s., spéc. p. 364. Pour une présentation de ce critère de l’appartenance (ou non) du service à la catégorie des services de masse à contenu purement juridique subordonnant la mise en œuvre (ou non) du principe de reconnaissance mutuelle, V. not. H. MUIR WATT, *Rec. des Cours* préc. note 667, spéc. p. 195 et s., n° 152 et s.

⁶⁷⁵ Ainsi les règles de droit privé gouvernant la formation ou le contenu du contrat feraient l’objet d’une reconnaissance mutuelle dans le pays d’accueil.

⁶⁷⁶ V. H. MUIR WATT, « L’entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l’impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Mél. J. BEGUIN*, Litec 2005, p. 545, spéc. p. 554, n° 11 et « Integration and Diversity (...) » préc. note 667, spéc. p. 119.

§ II : L'extension du domaine de la reconnaissance mutuelle : l'exemple de la directive « commerce électronique ».

225. Dans la directive « commerce électronique », le principe de reconnaissance mutuelle apparaît à travers une clause « marché intérieur » dont la portée, au regard du droit international privé, n'est pas dénuée d'ambiguïtés lorsque l'on s'efforce de la concilier avec d'autres dispositions de la directive (B). Un point semble cependant acquis : le législateur communautaire a étendu la portée de la reconnaissance mutuelle au moyen du concept de « domaine coordonné » (A) dont l'examen est indissociable de celui de la clause « marché intérieur ».

A. Le moyen : le recours au concept de « domaine coordonné ».

226. Il semble que le concept de domaine coordonné soit apparu pour la première fois dans la directive 89/752 du 3 octobre 1989 dite « Télévision sans frontières ».⁶⁷⁷ La détermination de ce domaine n'est pas sans poser des problèmes délicats. Celui-ci varie selon les contextes dans lesquels il apparaît. Une présentation de cette méthode consistant à définir le domaine matériel d'une directive par référence au domaine coordonné (1) précédera son examen dans le cadre de la directive « commerce électronique » (2). Il faudra ensuite s'intéresser aux objectifs sous-tendant la méthode (3).

1. Présentation générale de la méthode.

227. Le concept de domaine coordonné joue un rôle essentiel dans la mesure où il détermine directement la portée des règles figurant dans l'instrument dans lequel il est défini, et donc de la clause « marché intérieur »⁶⁷⁸. C'est dire que la délimitation du domaine coordonné conditionne du même coup celle du domaine de la loi du pays d'origine. La première difficulté à laquelle va être confronté l'interprète national en présence d'une directive recourant à ce concept, va consister à analyser ce domaine coordonné afin de déterminer la nature des règles qui y sont visées. En effet, le législateur communautaire englobera, le cas échéant, indistinctement des règles de droit public et des règles de droit privé. Or, dans le contexte communautaire, toute incertitude concernant la portée des instruments adoptés est lourde de conséquences : en effet, les imprécisions constatées à la lecture de la directive laissent présager des divergences de transpositions.

⁶⁷⁷ JOCE n° L 298 du 17 octobre 1989. Cette directive a été modifiée par la directive 97/36/CE, JOCE n° L 202 du 30.7.1997, p. 60.

⁶⁷⁸ En effet, la portée de cette clause est directement définie en fonction du domaine coordonné. Selon l'article 3, intitulé « Marché intérieur », « Chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné. » (Par. 1).

La coordination⁶⁷⁹ se distingue de l'harmonisation en ce qu'elle n'implique pas à proprement parler de changement formel dans les diverses législations nationales en cause. Le domaine coordonné est directement déterminé en référence aux droits substantiels concernés, ce qui permet de lui assurer une étendue plus large que la simple harmonisation. Il recouvre donc aussi bien les matières ayant fait l'objet d'une harmonisation totale, celles qui ont fait l'objet d'une harmonisation minimale et les matières non harmonisées. On en déduit logiquement que la méthode de la coordination n'est pas exclusive de celle de l'harmonisation. Ce qui signifie que les matières non harmonisées englobées dans le domaine coordonné pourraient faire l'objet d'une mesure de rapprochement des législations des Etats membres.⁶⁸⁰

On comprend d'emblée que le postulat sur lequel le principe de reconnaissance mutuelle repose, à savoir l'équivalence entre les législations en concours, est mis à mal par un tel procédé. Et il l'est d'autant plus lorsque ce domaine coordonné est défini largement, comme c'est le cas dans la directive « commerce électronique ».

2. Le domaine coordonné dans la directive « commerce électronique ».

228. La difficulté de cerner le domaine coordonné est due, pour une grande partie, à la difficulté qu'il y a de définir les services de la société de l'information qui sont directement visés par la définition du domaine coordonné. La seule certitude concerne finalement son emprise sur le droit privé (a). Pour le reste, il faut souligner l'originalité du procédé dans le cadre de la directive « commerce électronique ». En effet, les services en question y revêtent une acception tout à fait particulière puisqu'ils englobent les biens (b). Par ailleurs, la directive opère une scission entre le contrat lui-même et les exigences applicables aux biens et services (c).

a) Une certitude : son emprise sur le droit privé.

229. La directive « commerce électronique » définit le domaine coordonné à l'article 2 h) comme englobant « *les exigences prévues par les systèmes juridiques des Etats membres et applicables aux prestataires des services de la société de l'information ou aux services de la société de l'information, qu'elles revêtent un caractère général ou qu'elles aient été spécifiquement conçues pour eux.* i) *Le domaine coordonné a trait à des exigences que le prestataire doit satisfaire et qui concernent : - l'accès à l'activité d'un service de la société de*

⁶⁷⁹ Selon le Vocabulaire Capitaine, elle vise « *la suppression des divergences et disparités entre les législations des Etats membres qui ne conduit pas pour autant à une unification législative* ».

⁶⁸⁰ C'est du reste ce que laisse entendre le considérant 21 de la directive « commerce électronique », selon lequel « *La portée du domaine coordonné est sans préjudice d'une future harmonisation communautaire concernant les services de la société de l'information et de futures législations adoptées au niveau national conformément au droit communautaire.* » Mais on peut penser que l'harmonisation concernerait alors essentiellement les dérogations prévues à l'article 3, par. 4 ainsi que les questions visées à l'annexe à laquelle l'article 3, par. 3 de la directive renvoie.

l'information, telles que les exigences en matière de qualification, d'autorisation ou de notification, - l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire (...) » La liste ainsi fournie est apparemment non exhaustive. En sont cependant exclues « *les exigences applicables aux biens en tant que tels* », « *les exigences applicables à la livraison de biens* », « *les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique.* » On constate donc que le domaine coordonné englobe indifféremment des règles relevant du droit public et des règles appartenant au droit privé des contrats⁶⁸¹.

La plupart des auteurs⁶⁸², se fondant notamment sur la volonté affichée du Parlement européen et de la Commission, estiment en effet que le domaine coordonné ainsi défini couvre des matières relevant du droit civil.⁶⁸³ De fait, il semble impossible d'affirmer que le droit privé est exclu du domaine coordonné. Et il n'est guère besoin de recourir à la volonté du Parlement européen ou de la Commission pour l'affirmer. Cette évidence, qui ressort de la lecture même de la définition du domaine coordonné, est confortée par les exclusions prévues par la directive, et qui touchent le droit privé ; si bien que l'on peut en déduire, *a contrario*, que le principe est que le droit privé est concerné. S'il est donc certain que le droit privé est visé par le domaine coordonné, les difficultés se concentrent sur la détermination de l'étendue de son emprise sur le droit privé.

⁶⁸¹ V. aussi le considérant 21 qui précise que « *(l) domaine coordonné ne couvre que les exigences relatives aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne, la conclusion de contrats en ligne et ne concerne pas les exigences juridiques des États membres relatives aux biens telles que les normes en matière de sécurité, les obligations en matière d'étiquetage ou la responsabilité du fait des produits, ni les exigences des États membres relatives à la livraison ou au transport de biens, y compris la distribution de médicaments. Le domaine coordonné ne couvre pas l'exercice du droit de préemption par les pouvoirs publics concernant certains biens tels que les oeuvres d'art* ».

⁶⁸² V. par ex. M. HELLNER, « The Country of Origin Principle in the E-commerce Directive : A Conflict with Conflict of Laws ? », in (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz Actes, 2004, p. 206-224, spéc. p. 210/211. *Contra*, V. not. Peter NORTH and James J. FAWCETT, (Cheshire and North's *Private International Law*, 13th ed., London, 1999) pour qui seules les normes de droit public feraient partie du domaine coordonné. De même, le gouvernement suédois a eu des doutes à ce sujet, mais il a pris la sage initiative de ne pas exclure expressément du domaine coordonné, dans sa législation de transposition de la directive, les règles de droit privé. V. les renseignements fournis sur ce point par M. HELLNER, *op. cit.*, spéc. p. 211.

⁶⁸³ V. aussi nettement en ce sens le premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (2003) 702 final, spéc. n° 1.

b) *Une extension du concept de « services » aux marchandises.*

230. Pour tenter d'éclairer la notion essentielle de « services de la société de l'information », qui sert à définir le domaine coordonné, à défaut de définition dans la directive⁶⁸⁴, on est conduit à se référer à des directives antérieures, notamment la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques⁶⁸⁵. On peut y lire que constitue un service de la société de l'information « *tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de service.* » Par ailleurs, le considérant 18 de la directive « commerce électronique » indique que « *(l)es services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Ces activités peuvent consister, en particulier, à vendre des biens en ligne.* » Toutefois, précise le texte, « *(l)es activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes.* » Concrètement, cela signifie qu'un particulier, par exemple, qui conclurait un contrat en ligne portant sur l'achat d'un bien à livrer hors ligne, relève pour partie du domaine de la directive relative aux « services » de la société de l'information. On le voit, la directive brouille quelque peu la distinction bien établie en droit communautaire entre le régime applicable aux biens et celui applicable aux services⁶⁸⁶, ce qui lui permet d'étendre, dans une certaine mesure, le régime restrictif (au regard de la possibilité, pour les Etats, de déroger à l'interdiction des entraves aux échanges) qu'elle instaure aux marchandises. Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse de biens ou de services, dans les deux cas, la directive aboutit inéluctablement à un découpage du contrat.

⁶⁸⁴ Cette carence n'est que l'illustration des nombreuses imperfections de rédaction que comporte la directive et unanimement dénoncées par la doctrine. Parmi d'autres défauts, on peut relever que la nécessité de se référer à de nombreuses reprises aux considérants de la directive pour en éclairer le sens ne contribue pas, loin s'en faut, à sa bonne compréhension et, partant, à sa bonne application. Et rappelons que dans la mesure où la directive est vouée à faire l'objet d'une transposition dans les divers Etats membres, le risque est que des interprétations divergentes soient retenues par les différents législateurs nationaux à cette occasion. Pour de plus amples critiques concernant la rédaction de la directive « commerce électronique », V. notamment O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, 2002, bibliothèque de droit privé, tome 365.

⁶⁸⁵ JOCE du 5 mai 1998, n° L 217, p. 18. V. aussi la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE du 21 juillet 1998, n° L 204, p. 37.

⁶⁸⁶ A quoi s'ajoute la difficulté, dans certaines circonstances, de choisir entre les catégories « marchandise » et « service ». Ainsi est-il de la distribution de logiciels en ligne : relève-t-elle de la liberté de prestation de « services de la société de l'information » ou bien de la liberté de circulation des marchandises ? Cette question rejoint celle de savoir si la commercialisation des logiciels peut s'analyser comme un contrat de vente ou comme un contrat portant sur la fourniture de services. M. CACHARD, favorable à une telle qualification en général, conclut, à la lecture de plusieurs considérants de la directive, que la qualification de vente de logiciel en est écartée. V. sa thèse préc. note 684, spéc. p. 161, n° 252.

c) *Un découpage minutieux du contrat.*

231. La définition large du domaine coordonné invite à un découpage minutieux de la situation juridique donnant lieu à l'application des lois de transposition de la directive. C'est ce qui ressort de la lecture du considérant 21, selon lequel « *(l) le domaine coordonné ne couvre que les exigences relatives aux activités en ligne, telles que l'information en ligne, la publicité en ligne, les achats en ligne, la conclusion de contrats en ligne, et ne concerne pas les exigences juridiques des Etats membres relatives aux biens telles que les normes en matière de sécurité, les obligations en matière d'étiquetage ou la responsabilité du fait des produits, ni les exigences des Etats membres relatives à la livraison ou au transport de biens* ». Quant aux autres aspects du contrat, étant exclus du domaine coordonné, ils échappent aux prescriptions de la directive. Le juriste sera donc le cas échéant amené à combiner différents régimes juridiques en fonction des diverses composantes de la situation juridique en cause.

Or MM. LEWIS et WILDERSPIN soulignent à juste titre les incertitudes découlant de ce nécessaire découpage. En effet, « *la ligne de partage entre les aspects relevant du domaine coordonné et ceux qui n'en relèvent pas risque d'être difficile à déterminer. Par exemple, l'on peut supposer que les questions tenant à la conclusion du contrat et aux exigences formelles relèveraient de l'empire de l'article 3, alors que les garanties, explicites ou implicites, données par le vendeur quant à la qualité des marchandises en seraient exclues.* »⁶⁸⁷ Ainsi, lorsqu'un contrat de vente, par exemple, est conclu en ligne, les questions relatives à la livraison ainsi qu'à la qualité des biens ne devraient pas relever des exigences de la directive. Finalement, les incertitudes concernant l'étendue du domaine coordonné conduisent à penser que ce sont surtout des objectifs de politique juridique qui ont été poursuivis à travers le recours à ce procédé. Ont été ainsi quelque peu délaissées les considérations de technique juridique.

3. Les objectifs sous-tendant la méthode visant à faire référence au « domaine coordonné ».

232. La présentation de l'enjeu de la définition du domaine coordonné (a) permettra de comprendre que la méthode permet une intégration renforcée (b).

a) *L'enjeu de la définition du domaine coordonné.*

233. L'enjeu de la détermination de l'étendue du domaine coordonné tient en une question : les Etats conservent-ils la possibilité d'invoquer des raisons impérieuses d'intérêt général ? De la lecture des considérants de la directive, il résulte que l'on se trouve ici encore, à l'instar

⁶⁸⁷ Art. préc. note 636, spéc. p. 306/307.

de la directive sur le détachement des travailleurs, en face d'un arbitrage à effectuer entre les impératifs liés à la réalisation d'un marché intérieur et ceux liés à la protection notamment des consommateurs.

Le principe général posé à l'article 3, paragraphe 2 de la directive est assorti, à l'article 3, paragraphe 4, d'exceptions extrêmement étroites : à l'issue d'une procédure particulière décrite par la directive⁶⁸⁸, des mesures restrictives peuvent être prises par l'Etat de destination si elles sont proportionnées et si elles tendent à préserver les intérêts limitativement énumérés par la directive. Selon l'article 3, paragraphe 4, « *Les Etats membres peuvent prendre, à l'égard d'un service donné de la société de l'information, des mesures qui dérogent au paragraphe 2 si les conditions suivantes sont remplies. a) Les mesures doivent être : i) nécessaires pour une des raisons suivantes : - l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine, - la protection de la santé publique, - la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales, - la protection des consommateurs, y compris des investisseurs ; ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs ; iii) proportionnelles à ces objectifs ; (...)* » Les « intérêts » ainsi énumérés sont moins nombreux que dans le droit primaire puisqu'il y est seulement question de l'ordre public, de la protection de la santé publique, de la sécurité publique, et de la protection des consommateurs et des investisseurs.

Or, lorsqu'un acte de droit dérivé vient délimiter précisément les hypothèses dans lesquelles il est possible d'invoquer l'ordre public, il empêche en principe les Etats membres d'invoquer une raison expresse d'intérêt général prévue par le traité⁶⁸⁹. De même, les raisons impérieuses d'intérêt général identifiées par la Cour de justice dans le cadre du contrôle qu'elle exerce sur les droits nationaux en matière d'entraves ne devraient pas en principe pouvoir être invoquées

⁶⁸⁸ La procédure en question, décrite au point b), instaure une collaboration entre l'Etat membre d'origine et celui de destination et confère à la Commission un pouvoir de contrôle. L'Etat d'accueil ne peut plus prendre de mesures entravant la liberté de prestation de services de la société de l'information sans avoir au préalable demandé aux autorités de l'Etat d'origine de prendre les mesures appropriées. En cas d'abstention de la part de ces autorités, l'Etat de destination doit notifier à la Commission les mesures qu'il envisage de prendre au nom de l'intérêt général, de telle sorte que celle-ci puisse en apprécier la compatibilité avec le droit communautaire.

⁶⁸⁹ V. not. M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2^{ème} éd. 2002, not. p. 135.

par les Etats membres dans le domaine harmonisé⁶⁹⁰. La question se pose dès lors de savoir si la méthode de la coordination produit le même effet que l'harmonisation en ce qui concerne la possibilité, pour les Etats membres, d'invoquer un motif d'intérêt général. Plus précisément, quelle est la portée de l'article 3, paragraphe 4 ? Empêche-t-il les Etats membres d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général ?

Rappelons que la Cour de justice estime que l'existence d'une harmonisation communautaire disqualifie les mesures nationales prétendues d'intérêt général⁶⁹¹. Et pour la Commission européenne, les directives d'harmonisation garantissent le niveau minimal de protection (des consommateurs) et font dès lors échec à toute dérogation fondée sur l'intérêt général.⁶⁹² Certains auteurs n'hésitent pas à transposer purement et simplement ces solutions établies en cas d'harmonisation à la coordination. Ainsi, pour M. CRABIT, « *la définition large du domaine coordonné empêche un Etat membre de se fonder sur des pans non harmonisés de sa réglementation nationale pour faire obstacle à la liberté de prestation des services de la société de l'information* »⁶⁹³.

En sens inverse, M. CACHARD rappelle la jurisprudence selon laquelle, en présence d'une harmonisation partielle, les autorités nationales recouvrent leur compétence résiduelle pour prendre des mesures justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Ainsi, dans l'affaire *Motte*⁶⁹⁴, la Cour rappelle qu'« *il est de jurisprudence constante que, d'une part, l'existence de directives d'harmonisation n'exclut pas l'application de l'article 30 du Traité*

⁶⁹⁰ Cependant, la doctrine est loin d'être unanime quant à la question de savoir si une harmonisation minimale permet aux Etats membres d'invoquer une raison d'intérêt général. En faveur de l'impossibilité, pour les Etats, d'invoquer une raisons d'intérêt général en cas d'harmonisation partielle, V. notamment B. SOUSI-ROUBI, *Précis de droit bancaire européen*, Dalloz, 1995, n° 287. *Contra*, V. not. M. VAN HUFFEL, « Développements européens en matière de vente à distance et de commerce électronique », in J. STUYCK et E. BALLON, *Vente à distance et télématique, aspects juridiques*, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1998, p. 3, (réf. citée par O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, 2002, LGDJ, bibliothèque de droit privé, tome 365, spéc. p. 96, note 84); *adde* H. GAUDEMET-TALLON qui n'exclut pas, y compris en cas d'harmonisation totale, la possibilité, pour les Etats membres, d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général lorsqu'en dépit de la mesure d'harmonisation, des dissemblances certaines subsistent entre les droits nationaux (V. « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 303, spéc. p. 321). En fait, nous ne voyons pas comment cette éventualité pourrait se présenter. En effet, de deux choses l'une : ou l'on considère que l'on se situe dans le domaine ayant fait l'objet de l'harmonisation totale, auquel cas il nous semble impossible, pour un Etat membre, d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général. Ou alors la question soulevée concerne un point qui n'est pas traité dans la mesure d'harmonisation entreprise (totale ou minimale, peu importe), auquel cas on ne peut pas considérer que l'on se situe « dans le domaine harmonisé ». Rien ne devrait alors s'opposer à ce qu'un Etat invoque une raison impérieuse d'intérêt général, à condition toutefois que celle-ci passe avec succès les tests en matière d'entraves.

⁶⁹¹ CJCE, 25 juillet 1991, *Commission contre Pays-Bas*, aff. C-353/89, *Rec.*, p. I-4069.

⁶⁹² Communication interprétative de la Commission européenne « Liberté de prestation de service et intérêt général dans la deuxième directive bancaire », *JOCE* 1997 n° C 209, p. 6, spéc. p. 21.

⁶⁹³ « La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée » », *RDUE*, 4/2000, p. 749-833, spéc. p. 767/768. Il n'est pas sans intérêt de préciser que l'auteur est administrateur à la Commission européenne.

⁶⁹⁴ CJCE, 10 déc. 1985, aff. 247/84, *Rec.*, p. 3887.

(28 nouveau) et, d'autre part, ce n'est que lorsque des règles communautaires prévoient l'harmonisation complète (...) que le recours à l'article 36 (30 nouveau) du Traité cesse d'être justifié ». ⁶⁹⁵ A contrario, on en déduit que lorsque l'instrument communautaire en cause ne réalise qu'une harmonisation partielle, les Etats membres conservent la possibilité d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général. Ainsi, s'appuyant sur cette jurisprudence, l'auteur soutient que dans les matières non harmonisées, les Etats membres peuvent toujours invoquer les diverses raisons impérieuses d'intérêt général dégagées par la jurisprudence, quand bien même ces matières relèveraient du domaine coordonné ⁶⁹⁶. Il s'ensuit qu'ils devraient toujours pouvoir imposer le respect de leurs lois de police aux opérateurs établis dans un autre Etat membre.

Ainsi, selon l'auteur, le recours au concept de « domaine coordonné » ne permettrait pas, à la différence de l'harmonisation, de paralyser le jeu de l'intérêt général invoqué par les Etats membres. Ce n'est que dans le cas où une harmonisation complète aurait été instaurée que ceux-ci perdraient la faculté d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général. Il est clair que seule cette interprétation est à même de préserver le postulat sur lequel le principe de reconnaissance mutuelle repose, à savoir, l'équivalence entre les législations nationales. C'est donc à la lumière de la politique juridique menée par la Commission que l'on peut comprendre l'étendue du domaine coordonné.

b) Une méthode au service d'une intégration renforcée.

234. Des auteurs ont critiqué le procédé consistant à recourir au concept de domaine coordonné, en y englobant de larges pans de diverses branches juridiques, de façon à empêcher les Etats membres d'invoquer le concept d'intérêt général. Ainsi, M. CACHARD ⁶⁹⁷ souligne que le concept de domaine coordonné s'analyse comme un instrument politique utilisé par les organes communautaires en vue d'accélérer le processus d'intégration européenne. En effet, bien qu'étant distinct du concept d'harmonisation, il lui est assimilé. Ainsi l'auteur dénonce « une « harmonisation factice », une « fiction d'harmonisation » » ⁶⁹⁸ qui permet d'étendre le domaine du principe de reconnaissance mutuelle qui normalement intervient en cas d'harmonisation des droits nationaux.

⁶⁹⁵ Arrêt préc., point n° 14, p. 3903. Certes, l'espèce concernait la libre circulation des marchandises, mais il ne fait pas de doute que la solution est transposable en matière de services.

⁶⁹⁶ « Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *RDAI* 2004, n° 2, p. 161, spéc. p. 170. L'auteur exprime la même idée dans sa thèse, *La régulation internationale du marché électronique* préc. note 690, spéc. p. 105/106, n° 168.

⁶⁹⁷ « Le domaine coordonné (...) », art. préc. note 696, spéc. p. 168.

⁶⁹⁸ *Op. cit.*, *loc. cit.*

La technique sert donc à fonder l'interdiction faite aux Etats membres d'invoquer leurs règles nationales afin de remettre en cause l'application de la norme du pays d'origine de l'opérateur. Combiné avec un système d'exceptions à la compétence de la loi du pays d'origine plus strict que celui dérivant du droit primaire, il permet pratiquement d'empêcher l'Etat d'accueil d'invoquer toute loi nationale, en particulier une loi de police. Cependant, le manque de lisibilité de la méthode ne permet pas de déterminer avec exactitude la marge de manœuvre dont les Etats membres disposent en vue de se soustraire à l'emprise du domaine coordonné et, partant, au principe de reconnaissance mutuelle sur lequel il débouche. Dès lors, « *le débat reste ouvert sur la portée de ce domaine coordonné et ses liens avec le domaine harmonisé* »⁶⁹⁹.

La critique ainsi adressée au procédé consistant à établir un vaste « domaine coordonné », qui constitue en fait un ersatz d'harmonisation permettant de faire jouer largement le concept de reconnaissance mutuelle, est justifiée. Car s'il est une certitude, c'est que la reconnaissance mutuelle se conjugue avec un certain rapprochement des législations, puisque l'on a vu qu'elle reposait sur le postulat de l'équivalence des législations nationales. Autrement dit, elle intervient en complément d'une mesure visant à rapprocher les droits nationaux. Par ailleurs, les défauts de la méthode sont bien mis en lumière lorsqu'on la compare avec les autres procédés employés par le législateur communautaire pour empêcher les Etats membres de recourir à un motif impérieux d'intérêt général. En effet, que ce soit en cantonnant directement le concept d'intérêt général (directives assurances 3^{ème} génération et banque), en précisant son étendue (directive sur le détachement des salariés au sein de l'Union) ou encore en tenant compte de ce concept dans la formulation de règles de conflit spéciales (directives assurances de 2^{ème} génération), celui-ci est d'une manière ou d'une autre encadré. Il ne l'est que très superficiellement dans la directive « commerce électronique ». En outre, celle-ci comporte une clause « marché intérieur » qui, à l'instar du domaine coordonné, présente des zones d'ombre.

B. Présentation des clauses « marché intérieur ».

235. Selon l'article 3 de la directive « commerce électronique », intitulé « marché intérieur »⁷⁰⁰, « 1. *Chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de*

⁶⁹⁹ H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? » préc. note 690, spéc. p. 322.

⁷⁰⁰ De nombreuses directives comportent une clause "marché intérieur". V. notamment la directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JOCE n° L

l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné. 2. Les Etats membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre. 3. Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables aux domaines visés à l'annexe (...) » Dans cette annexe sont notamment prévues les dérogations suivantes : « *la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat* », « *les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs* », « *la validité formelle des contrats créant ou transférant des droits sur des biens immobiliers, lorsque ces contrats sont soumis à des exigences formelles impératives selon le droit de l'Etat membre dans lequel le bien immobilier est situé* ».

L'article 4 par. 1 précise par ailleurs que « *Les Etats membres veillent à ce que l'accès à l'activité d'un prestataire de services de la société de l'information et l'exercice de celle-ci ne puissent pas être soumis à un régime d'autorisation préalable ou à toute autre exigence ayant un effet équivalent.* »

Indubitablement, la clause « marché intérieur » a pour fonction essentielle d'assurer la libre prestation des services au sein du marché intérieur. Une certitude semble s'en dégager : elle entend assurer une place aussi bien à la loi d'origine qu'à celle du pays de destination. Hormis cette certitude, la combinaison de la clause « marché intérieur » avec d'autres dispositions de la directive laisse apparaître des ambiguïtés. En particulier, se pose la question de savoir où exactement se situe l'interaction du droit communautaire sur le droit international privé des Etats membres. Plus précisément, il s'agit de préciser la portée de la clause « marché intérieur » au regard du domaine de la loi dite « du pays d'origine » du prestataire de services. Diverses analyses ont été proposées en doctrine à ce sujet. Pour certains auteurs, l'article 3 créerait une règle de conflit communautaire (1) ; selon une opinion opposée, ce texte serait étranger aux conflits de lois (2) ; d'autres auteurs en mènent l'analyse en termes de règle d'applicabilité (3) ; enfin, une thèse plus « élaborée », et selon nous la plus convaincante,

298 du 17 octobre 1989, p. 23), modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 (JOCE n° L 202 du 30 juillet 1997, p. 60) ; directive 95/46/CEE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données (JOCE L 281 du 23 novembre 1995, p. 31), « précisée et complétée » par la directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (JOCE L 24 du 30 octobre 1998, p. 1) ; directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à l'accès conditionnel et des services d'accès conditionnel (JOCE L 320 du 28 novembre 1998, p. 54).

s'attache à préciser les effets de la clause en distinguant selon le pays d'origine et celui de destination (4).

1. L'analyse de la clause en termes de règle de conflit communautaire.

236. Selon une première thèse, la directive poserait nettement une règle de conflit. Parmi les auteurs en faveur d'une telle interprétation, on compte logiquement ceux qui défendent l'existence d'une « règle de conflit cachée » en droit primaire.⁷⁰¹ M. MANKOWSKI⁷⁰² fait partie de ces auteurs. Il s'appuie notamment sur le considérant 22⁷⁰³ de la directive ainsi que sur l'article 3.4. Ce dernier texte prévoit les exceptions au principe de l'application de la loi du pays d'origine, ce dont on déduit que le postulat de départ est que la loi du pays d'origine est applicable. En outre, avant d'adopter des mesures dérogatoires, l'article 3.4 b) prévoit que l'Etat membre en question doit d'abord avoir demandé à l'Etat membre où le fournisseur de services est établi de prendre de telles mesures. Un autre argument souvent avancé par les auteurs qui estiment que la directive crée une règle de conflit est que son article 3 permet d'assurer la sécurité juridique aux opérateurs en ligne. L'argument révèle alors un choix politique visant à mettre le droit international privé au profit des entrepreneurs.

Ces auteurs invoquaient aussi la proposition de directive du 18 juin 2003 sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs⁷⁰⁴ qui contenait elle aussi une clause « marché intérieur ». Cette proposition définissait certaines de ces pratiques et précisait, dans une clause « marché intérieur », que « *les professionnels se conforment uniquement, dans le domaine faisant l'objet d'un rapprochement en vertu de la présente directive, aux dispositions nationales de l'Etat où ils sont établis.* » Par ailleurs, elle prévoyait que « *les Etats ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine harmonisé par la présente directive* ». Par comparaison avec la clause « marché intérieur » de la directive « commerce électronique », les termes choisis sont plus nets et entendent assurément poser un large domaine à la loi du pays d'origine, accréditant ainsi la thèse de l'existence d'une règle de

⁷⁰¹ V. *supra*, n° 214.

⁷⁰² « Das Herkunftslandprinzip als Internationales Privatrecht der e-commerce-Richtlinie », *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2001, p. 137-181, spéc. p. 138 et s., cité par M. HELLNER, art. préc. note 682, spéc. p. 209, note 23. *Adde*, du même auteur: « Herkunftslandsprinzip und deutsches Umsetzungsgesetz zur e-commerce-Richtlinie », *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2002, p. 257-266, cité par M. HELLNER, *op. cit.*, spéc. p. 213, note 39. En faveur de cette thèse, tout en en présentant cependant certaines variantes, V. not. E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique (...) » préc. note 693.

⁷⁰³ Selon ce texte, « *(l)e contrôle des services de la société de l'information doit se faire à la source de l'activité pour assurer une protection efficace des objectifs d'intérêt général. Pour cela, il est nécessaire de garantir que l'autorité compétente assure cette protection non seulement pour les citoyens de son propre pays, mais aussi pour l'ensemble des citoyens de la Communauté. Pour améliorer la confiance mutuelle entre les États membres, il est indispensable de préciser clairement cette responsabilité de l'État membre d'origine des services (...)* »

⁷⁰⁴ COM (2003) 356 final.

conflit d' « essence communautaire ». Et il est vrai que l'exposé des motifs de cette proposition de directive était lui aussi très net⁷⁰⁵. Or, dans un souci de cohérence, les clauses « marché intérieur » devraient recevoir une interprétation analogue. Cependant, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs finalement adoptée⁷⁰⁶ contient certes une clause « marché intérieur » (article 4), mais les termes utilisés sont moins catégoriques que dans la proposition. En effet, selon ce texte, « *(l)es États membres ne restreignent ni la libre prestation de services, ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel la présente directive vise au rapprochement des dispositions en vigueur* ». L'argument ne peut donc plus être utilisé... Plus généralement, aucun des arguments avancés ne parvient à emporter notre conviction dans la mesure où les partisans de cette thèse atténuent largement – voire passent sous silence – la précision contenue dans la directive, selon laquelle elle ne poserait pas de règle de droit international privé. En réalité, ils entendent imposer leur conception du marché intérieur, en usant accessoirement d'arguments plus ou moins juridiques. Mais le moyen le plus efficace en vue de mettre en évidence les faiblesses de cette thèse est sans doute de la confronter avec celle qui lui est radicalement opposée.

2. L'analyse rejetant l'impact de la clause sur les conflits de lois.

237. Selon une seconde thèse, défendue logiquement par les mêmes auteurs qui rejettent l'idée d'un principe d'origine issu du droit primaire⁷⁰⁷, la directive « commerce électronique » ne comporterait pas de règle de conflit de lois, mais poserait seulement certaines limites à l'application de la loi désignée en vertu des règles ordinaires de conflit. Ces auteurs considèrent en effet que la directive « commerce électronique » n'interfère pas sur la formulation même des règles de conflit. Seules les règles matérielles qu'elles désignent doivent être « corrigées » si elles restreignent la libre prestation de services au sens de la directive. Cette thèse peut en premier lieu s'appuyer sur des arguments de texte. En effet, le considérant 23 de la directive énonce que « *(l)a présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles supplémentaires de droit international privé relatives aux conflits de lois ni de traiter de la compétence des tribunaux (...)* » Et l'article 1.4 rappelle fermement ce

⁷⁰⁵ Il ressortait de l'exposé des motifs que les États membres ne pouvaient imposer à un opérateur établi dans un État membre le respect d'autres prescriptions que celles auxquelles il s'était conformé en application de la loi du pays dans lequel il est établi. V. spéc. point 47.

⁷⁰⁶ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450 CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement CE n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directives sur les pratiques commerciales déloyales »), *JOCE* n° L 149 du 11 juin 2005, p. 22-39.

⁷⁰⁷ V. not. X. LEWIS et M. WILDERSPIN, art. préc. note 636, spéc. p. 302 et s.

principe lorsqu'il énonce que « *(l)a présente directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions.* » Or ce dernier texte est situé avant la clause « marché intérieur » dans le corps de la directive, de sorte qu'il restreindrait la portée de la clause « marché intérieur », lui ôtant tout impact sur le droit international privé. De même, selon le considérant 55, « *(l)a présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs. En conséquence, la présente directive ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui procurent les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle.* » Ce texte témoigne d'une volonté de restreindre la portée de la loi du pays d'origine.⁷⁰⁸

Par ailleurs, un examen des travaux préparatoires de la directive montre que les changements introduits par le Conseil lors de la position commune du 28 février 2000, visaient à préciser la portée de certaines dispositions, notamment celles concernant l'application du principe du pays d'origine. A cette occasion, il est clairement affirmé que la directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé.⁷⁰⁹

⁷⁰⁸ Un lien est ici établi avec la solution énoncée à l'article 5 de la convention de Rome. Comme cette dernière, le droit communautaire a recours à la notion de « disposition impérative protectrice ». La formule générale invite alors à se demander si le législateur communautaire a entendu étendre, en ce qui concerne les contrats conclus par Internet, le domaine couvert par l'article 5 de la convention de Rome. En effet, aucune distinction entre le consommateur « passif » et le consommateur « actif » n'y est faite. Or la question de l'adaptation à ces contrats de l'article 5 est actuellement discutée. A cette fin, il est suggéré de dépasser la distinction entre ces deux types de consommateurs. La proposition de règlement « Rome I » est d'ailleurs en ce sens. (V. *infra*, n° 598 et s.) Si tel était le cas, on peut douter de la conformité de la loi française de transposition de la directive « commerce électronique » à cette directive. En effet, selon l'article 17 de la loi n° 2004/575 sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (*JORF* n° 143 du 22 juin 2004), ni la loi du pays d'origine, ni l'exercice de l'autonomie de la volonté ne peuvent « priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France ». La formule renvoie incontestablement à l'article 5 de la convention de Rome. La thèse de la contrariété au droit communautaire est renforcée par l'arrêt *Commission contre Espagne* (sur lequel, V. *infra*, n° 541 et s.) Même si le critère du « lien étroit » (que la Cour a confronté, dans cet arrêt, avec ceux de l'article 5, pour en déduire qu'il était plus large que ces derniers) ne figure pas dans la directive « commerce électronique », les termes du considérant 55 permettent d'englober des contrats qui n'entrent pas dans le domaine de l'article 5.

⁷⁰⁹ Cependant, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (COM/98/586 final, *JOCE* n° C 30 du 5 février 1999, p. 4) précisait, dans un paragraphe 3, que « *(l)e paragraphe 1 [identique à l'actuel article 3, par. 1] ne s'applique aux dispositions des articles 9, 10 et 11 [figurant sous la section « Contrats par voie électronique » et relatifs, respectivement, au « Traitement des contrats par voie électronique », aux « Informations à fournir » et au « Moment de conclusion »] que dans la mesure où la loi de l'Etat membre est applicable en vertu de ses règles de droit international privé.* » On en déduit que dans ce système, l'Etat d'origine est tenu, en principe, de faire respecter les normes juridiques de l'Etat d'origine à un prestataire établi sur son territoire. Mais ces normes se rapportant spécifiquement à la matière contractuelle ne sont applicables à ce prestataire que si elles sont désignées par le droit international privé. Or la formule n'est pas reprise finalement dans la version définitive de la directive « commerce électronique ».

Cette thèse se fonde aussi sur la place de l'article 3 au sein de la hiérarchie des normes du droit communautaire. Ce texte ne serait qu'une application, dans son domaine, du principe d'origine tel qu'il est entendu en droit primaire. Il s'ensuit qu'il ne saurait aller au-delà de la portée qui est attribuée à ce principe en droit primaire. Par conséquent, l'article 3 ne peut être lu comme posant une règle de conflit. En outre, si le législateur avait entendu poser une règle de conflit spéciale, il l'aurait fait expressément, à l'instar de ce qu'il a fait en droit des assurances.

Rejetant donc l'idée selon laquelle l'article 3 poserait une règle de droit international privé, certains auteurs décrivent alors l'effet produit par ce texte. Ainsi, selon MM. LEWIS et WILDERSPIN, les règles normales de droit international privé devraient être appliquées par le juge saisi et ce n'est que le résultat *a posteriori* qui, éventuellement, pourrait être remis en cause. Ils considèrent à cet égard qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction selon l'Etat d'origine et celui d'accueil. Selon eux, « *le juge national ayant appliqué ses règles de conflit de lois pour désigner la loi applicable, doit écarter ou adapter les règles de droit matériel qui restreignent la libre prestation des services relevant du domaine coordonné.* »⁷¹⁰

La thèse de ces auteurs est d'une certaine manière accréditée par la proposition du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), présentée par la Commission le 21 février 2006⁷¹¹. Appliqué en matière de responsabilité délictuelle, le principe de la loi d'origine conduit à soumettre un fabricant ou un fournisseur établi dans un Etat membre de la Communauté uniquement à la loi de ce pays. Ainsi, sa responsabilité extra-contractuelle ne peut être engagée que dans les conditions prévues par ce pays. Or le principe d'origine n'a pas exercé d'influence au stade de la formulation des règles de conflit. En effet, les facteurs de rattachement retenus par les articles 3 à 8 (qui posent les règles uniformes applicables aux obligations non contractuelles dérivant d'un délit) de la proposition ne font pas référence au principe d'origine.⁷¹² Cependant, l'article 23, paragraphe

⁷¹⁰ Art. préc. note 636, spéc. p. 303.

⁷¹¹ COM (2006) 83 final. Sur la proposition initiale présentée par la Commission le 22 juillet 2003 (COM (2003) 427 final), V. not. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », in A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz Actes, 2004, p. 185 et s. et spéc., sur les rapports entre la proposition et le principe d'origine, p. 199 et s. Sur la consultation initiée par la Commission avant l'élaboration de la proposition de règlement, V. C. NOURISSAT et E. TREPPOZ, « Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II » », *JDI* 2003, p. 7 et s.

⁷¹² Tout au plus l'article 4, relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux, pourrait-il être considéré comme accordant « une concession à la loi du pays d'origine » (V. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, spéc. p. 200) dans la mesure où il réserve, sous certaines conditions, la possibilité d'une compétence de la loi du pays de résidence habituelle de la personne dont la responsabilité est recherchée. Or, souvent, ce pays sera celui de résidence habituelle du fabricant et sera le pays d'origine du produit.

2 précise que le règlement n'affecte pas les règles de droit communautaire prévoyant qu'il n'est « *permis de restreindre la libre circulation des services ou des biens provenant d'un autre Etat membre que, le cas échéant, sous certaines conditions* »⁷¹³. Si la portée exacte de cette règle ne se laisse pas mesurer facilement, elle apparaît en tout cas comme une réserve au jeu des règles de conflit par ailleurs posées dans l'instrument. Dès lors serait accréditée la thèse selon laquelle les libertés communautaires influeraient en aval de la mise en œuvre de la règle de conflit, c'est-à-dire *a posteriori*, une fois la loi désignée, et non pas au stade de la formulation de la règle.

La thèse de MM. LEWIS et WILDERSPIN recèle donc certainement une part de vérité. Néanmoins, elle nous semble un peu trop simpliste en ce qu'elle ne fait aucune distinction, quant à la portée du principe de la loi du pays d'origine, selon que l'on raisonne à partir du pays d'origine ou de celui de destination. Ses partisans concentrent leur analyse sur l'article 3, paragraphe 2 de la directive (qui est un texte prohibitif, en ce sens qu'il pose une interdiction) tandis qu'ils délaissent quelque peu l'explication du paragraphe 1. Tout au plus se contentent-ils de préciser que, selon eux, l'article 3, paragraphe 1 « *n'exclut pas que les juridictions [du pays d'origine] appliquent, comme loi applicable à des différends de droit privé, une autre loi s'il y est amené par ses règles de conflits de lois* »⁷¹⁴. Une telle affirmation restreint, selon nous excessivement, la portée de ce texte.

Nous y voyons, pour notre part, une extension, en droit privé, du « home country control » qui fonde la reconnaissance mutuelle, notamment en droit des assurances ainsi qu'en droit bancaire.⁷¹⁵ En matière d'octroi d'agrément, c'est en effet au pays d'établissement du prestataire de services de veiller à ce que ce dernier respecte un certain nombre de garanties conditionnant la délivrance de cet agrément, et ce, parce qu'il est le mieux placé pour procéder aux contrôles requis à cette fin. On comprend dès lors que ce texte s'adresse exclusivement à l'Etat d'origine du prestataire.

Une autre thèse encourt la même critique en ce qu'elle ne distingue pas entre l'effet de la clause à l'égard du for d'origine et à l'égard d'un autre for.

⁷¹³ Il ressort de l'exposé des motifs que ce paragraphe 2 « *vise plus particulièrement des principes propres au marché intérieur relatifs à la libre circulation des biens et des services, communément désignés par les expressions « principe de reconnaissance mutuelle » et « principe du contrôle par le pays d'origine » ».*

⁷¹⁴ Art. préc. note 636, spéc. p. 303.

⁷¹⁵ V. art. 18 de la directive 89/646/CEE repris à l'art. 18 de la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOCE* 2000, L 126.

3. L'analyse en termes de règle d'applicabilité.

238. Une troisième thèse entend apaiser la contradiction qu'il y a, d'un côté, à affirmer que la directive ne pose pas de règles supplémentaires de droit international privé (article 1.4), et d'un autre, à édicter une clause « marché intérieur ». Cette contradiction est résolue notamment par M. HELLNER⁷¹⁶ qui a recours au concept de règle d'applicabilité⁷¹⁷. Selon lui, « *Article 3.1 of the Directive is a rule that affects the territorial applicability of the substantive law rules within the coordinated field. That does not necessarily make it a choice of law rule as such.* »⁷¹⁸ De fait, la qualification de règle de conflit à propos des règles internationalement impératives est sujette à discussions.

Cette précision étant faite, il faut distinguer selon que l'on raisonne à partir du for du pays d'origine ou à partir de celui de l'Etat d'accueil. Pour le premier, on peut rattacher l'obligation qui pèse sur lui à l'article 7.2 de la convention de Rome. Pour M. HELLNER, les règles relevant du domaine coordonné doivent donc être considérées comme internationalement impératives. Elles s'appliqueraient suivant un critère territorial aux services fournis par un prestataire établi sur le territoire de l'Etat en question. Pour toute autre juridiction que celle du for, il faudrait faire appel à la théorie des lois de police étrangères sur le fondement de l'article 7.1 de la convention de Rome. Ainsi, pour l'auteur, une obligation, pour les Etats membres, d'appliquer les lois de police étrangères (d'autres Etats membres) existe d'ores et déjà en droit communautaire. Elle concerne les règles rendues impératives par le droit communautaire dans le but de faciliter l'une des libertés fondamentales, à savoir la liberté de fournir des services.⁷¹⁹ Il fait également valoir que la directive admet explicitement que la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat échappe au domaine de la clause « marché intérieur ». On en déduit qu'à défaut d'une telle exclusion, les règles couvertes par le domaine coordonné devraient être considérées comme étant impératives.

⁷¹⁶ Traduction libre: "L'article 3.1 de la directive est une règle qui concerne l'applicabilité territoriale des règles de droit substantiel relevant du domaine coordonné. Cela n'en fait pas pour autant nécessairement à proprement parler une règle de conflit" « The Country of Origin Principle in the E-commerce Directive : A Conflict with Conflict of Laws ? », in (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz Actes, 2004, p. 206-224. Sur l'analyse global de cette thèse, V. p. 213 et s.

⁷¹⁷ Sur la notion de règle d'applicabilité, V. l'article de M. FALLON, « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *Mél. Vander Elst*, Nemesis, 1986, p. 285, spéc. p. 317, n° 43. L'auteur explique que « (1) la règle d'applicabilité vise à commander aux autorités et aux juridictions du for dans quels cas elles doivent appliquer la règle de droit sur laquelle elle porte (...) Elle a pour particularité de voir son domaine déterminé en termes de force obligatoire, non d'application, en ce sens qu'elle a pour destinataires les autorités investies du pouvoir de veiller au respect du droit, et ce domaine est déterminé selon le principe de territorialité entendu au sens formel : seules les autorités de l'Etat auteur de la règle en sont destinataires. »

⁷¹⁸ M. HELLNER, art. préc. note 716, spéc. p. 218. Traduction libre: l'article 3.1 de la directive est une règle qui affecte l'applicabilité territoriale des règles de droit substantiel relevant du domaine coordonné. Ce n'est pas pour autant à proprement parler une règle de conflit.

⁷¹⁹ *Op. cit.*, spéc. p. 221-222.

L'auteur présente donc une analyse originale et convaincante de la directive « commerce électronique » et en particulier de sa clause « marché intérieur ». Il parvient ainsi à lui conférer une certaine cohérence. Cependant, elle n'a notre soutien que partiel. En effet, il nous semble que la directive appelle une différence de traitement plus tranchée selon que l'on se place du point de vue du for ou de toute autre juridiction.

C'est précisément parce qu'elle procède à une différenciation de la portée de la clause « marché intérieur » selon le pays d'origine et celui de destination qu'une quatrième thèse a notre faveur.

4. L'analyse distinguant l'effet de la clause selon le pays d'origine et celui de destination.

239. Pour MM. MEEUSEN et FALLON⁷²⁰ notamment, une distinction doit être faite selon que l'on se place du point de vue de l'Etat d'origine ou de l'Etat d'accueil. Ils considèrent en effet que l'article 3 de la directive « commerce électronique » dissocie les deux perspectives. D'une part, pour les matières relevant du domaine coordonné, elle impose à tout Etat autre que l'Etat d'origine de ne pas restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre. Pour autant, il n'est pas particulièrement tenu d'appliquer la loi d'origine. D'autre part, la directive conduit l'Etat d'origine à imposer le respect de sa propre loi à l'opérateur qui entend exporter son service. Ainsi la « clause marché intérieur » peut s'analyser comme engendrant deux types d'obligations à la charge des Etats : une obligation positive pour l'Etat de l'établissement principal de l'opérateur d'assurer l'applicabilité aux activités de cet opérateur des règles matérielles qu'il a adoptées en transposition de la directive, et une obligation négative, pour les autres Etats membres, de ne pas opposer d'entraves aux activités de cet opérateur, à la manière de ce qu'interdit le droit primaire.

Pour MM. FALLON et MEEUSEN, rejoignant sur ce point M. HELLNER, l'article 3 de la directive conduit l'Etat d'origine à imposer le respect de sa propre loi à l'opérateur qui entend exporter son service. Pour eux, « *(l)a clause « Marché intérieur » (...) pourrait avoir la portée d'une règle d'applicabilité pour l'Etat d'origine. En quelque sorte, les dispositions nationales de transposition de la directive, mais aussi les règles matérielles appartenant au domaine coordonné, seraient des lois d'application immédiate au sens entendu en droit international privé* »⁷²¹. Ainsi, quelle que soit la loi applicable en vertu de la règle de

⁷²⁰ « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *RCDIP* 2002, p. 433, spéc. p. 480 et s., n° 38 et s.

⁷²¹ *Op. cit.*, spéc. p. 486-487, n° 43. Cette opinion a le soutien de M. CACHARD : V. son art. préc. note 696. Dans le même sens, V. aussi M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « L'acquis communautaire du droit international

rattachement, le juge de l'Etat sur le territoire duquel se situe l'établissement principal du prestataire de services devra appliquer la *lex fori*.

En revanche, pour ces auteurs, la clause « marché intérieur » n'oblige pas l'Etat destinataire à appliquer la loi du pays d'origine, mais « (...) *se contente de lui interdire d'appliquer toute règle de droit matériel, quel que soit l'Etat dont celle-ci émane, qui entrave la circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre.* »⁷²² Les auteurs recourent ensuite à l'analogie entre « l'exception de reconnaissance mutuelle » et l'exception d'ordre public international. Cette exception jouerait *a posteriori*, après le processus de désignation de la loi applicable en vertu de la règle de rattachement du for, et elle conduirait à en écarter l'application lorsqu'une gêne en découlerait pour l'opérateur étranger. Le juge de l'Etat de destination peut donc continuer à appliquer ses propres règles de conflit de lois, que celles-ci soient d'origine nationale ou conventionnelle, pour autant que l'application de la loi ainsi désignée, même si elle est une loi de police, n'a pas pour résultat concret d'entraver la libre circulation des services de la société de l'information. « *Une telle approche nécessite une comparaison des contenus respectifs de la loi désignée par la règle de conflit nationale et de la loi à laquelle le prestataire de services est soumis en vertu du droit du pays de son établissement, qui a ici une fonction de droit de référence* »⁷²³. De fait, une telle analyse trouve un fondement textuel dans le considérant 23 de la directive qui précise, après avoir écarté l'idée selon laquelle celle-ci poserait des règles additionnelles de droit international privé, que « *(l)es dispositions du droit applicable désigné par les règles du droit international privé ne doivent pas restreindre la libre prestation des services de la société de l'information telle que prévue dans la présente directive.* »

De même, s'appuyant sur ce considérant 23, M. CACHARD⁷²⁴ considère que nonobstant l'article 1.4, la directive ne crée pas une nouvelle règle de conflit. L'auteur évoque l'« *assujettissement du droit international privé par le droit communautaire sous l'empire du*

privé des conflits de lois », in BERGE et NIBOYET (dir.) *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, éd. Bruylant 2003, p. 185-205, spéc. p. 197.

⁷²² *Op. cit.*, n° 41, p. 485.

⁷²³ *Op. cit.*, *loc. cit.*

⁷²⁴ « Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *RDAI* 2004, n° 2, p. 161-179, spéc. p. 174 et s. Dans le même sens, V. not. M. GOURIO qui met lui aussi en évidence l'importance du considérant (23) pour déterminer l'impact précis du droit communautaire sur le droit international privé. Il en résulte que « *le système de conflit de lois doit (...) jouer pleinement son rôle de processus de désignation de la loi applicable. Les règles matérielles que celle-ci édicte doivent alors s'insérer dans le cadre communautaire qui érige en général le droit matériel du pays d'origine en standard de référence pour promouvoir la liberté de prestation de services (ou d'établissement).* » « Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe », *Rev. dr. banc. et fin.* 2003, p. 128, spéc. p. 140.

domaine coordonné. »⁷²⁵ Cet assujettissement serait davantage marqué en ce qui concerne le pays de destination⁷²⁶. De nombreux auteurs s'accordent donc à penser que pour tout autre Etat membre que l'Etat d'origine, l'interférence du droit communautaire sur le processus de désignation de la loi applicable se situe en aval.⁷²⁷ Une telle position paraît en parfaite conformité avec la logique sous-tendant la construction communautaire.⁷²⁸ Pourtant, pour sa part, la loi française de transposition de la directive « commerce électronique »⁷²⁹ ne semble pas reprendre la distinction selon que l'on raisonne à partir du for du pays d'origine ou d'un autre Etat membre. En effet, selon son article 17, alinéa 1, l'activité (qui fait l'objet de la loi) « est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services. » Sont ensuite reprises, à l'alinéa 2, les exceptions prévues par la directive.

240. Au vu de l'examen de la directive « commerce électronique », le principe de reconnaissance mutuelle apparaît comme une manière pour le droit communautaire de fixer une fois pour toutes la loi applicable à défaut de choix. On peut donc voir à travers ce principe une interdiction, pour l'Etat d'accueil, en l'occurrence, d'imposer l'application d'une loi (sous-entendue de police). Par le mécanisme de reconnaissance mutuelle, le droit communautaire tranche en quelque sorte un conflit de lois de police en imposant le respect de la loi à laquelle l'opérateur s'est conformé dans son pays d'origine. Est ainsi assurée la sécurité juridique. Reste que cet objectif est compromis en raison du manque de lisibilité de la directive. Par exemple, on peut s'interroger sur la portée de la dérogation prévue par la

⁷²⁵ *Op. cit.* p. 172.

⁷²⁶ *Ibidem.* Il se manifeste de la manière suivante : lorsqu'il applique une autre loi que la loi du pays d'origine, le juge du pays de destination doit vérifier qu'il n'en résulte pas une entrave. L'auteur considère que « la clause de marché intérieur est un mécanisme correcteur qui intervient en aval de la règle de conflit ou de l'application de la loi de police. A l'image de l'exception d'ordre public, la clause de marché intérieur produit un effet d'éviction de la loi normalement applicable, en raison d'une incompatibilité avec les valeurs communautaires. La clause de marché intérieur ressemble donc à un filtre au tamis très resserré. » (*Op. cit.* p. 174-175).

⁷²⁷ V. égal. en ce sens MM. LEWIS et WILDERSPIN, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres », *RCDIP* 2002, p. 1 et s., 289 et s., spéc. p. 24. On constate donc que la thèse soutenue par ces auteurs rejoint, en ce qui concerne l'effet de la clause « marché intérieur » à l'égard d'un juge autre que celui du for, celle présentée notamment par MM. FALLON et MEEUSEN.

⁷²⁸ Pour une autre prise de position sur le sens du principe sous-tendant la clause « Marché intérieur », V. not. J.-S. BERGÉ, pour qui celui-ci joue un « rôle essentiellement correcteur. Il postule en faveur de la légitimité d'un rattachement au pays d'origine du prestataire, puisqu'il est à tout le moins naturel d'attendre du prestataire qu'il se soumette aux règles de son pays d'établissement. Il impose, en revanche, une recherche des justifications susceptibles d'asseoir la compétence d'une loi autre. » Et l'auteur de citer à ce titre le principe de l'autonomie de la volonté, réservé par la directive ainsi que l'existence d'un motif d'intérêt général, pouvant déroger au principe. V. « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, éd. Bruylant, 2003, p. 206, spéc. p. 218.

⁷²⁹ Loi n° 2004/575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* du 22 juin 2004, p. 11168.

directive relative aux « *obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs* ». C'est ainsi que l'on peut se demander s'il faut y englober la phase précontractuelle⁷³⁰.

L'existence même de différentes thèses visant à élucider la clause « marché intérieur » témoigne du reste de l'incertitude en entourant la portée. La diversité des analyses de la clause « marché intérieur », au-delà des choix politiques que celles-ci traduisent, fait ressortir la nécessité d'une prise de position claire, précédée au besoin d'une période de réflexion, concernant la portée de ce principe.

C'est dans cette optique que M. FALLON suggère la formulation d'une clause générale insérée dans les diverses législations nationales de droit international privé permettant de prendre en compte le principe de reconnaissance mutuelle⁷³¹ : « *L'application d'une disposition de la loi désignée est écartée dans la mesure où, dans les circonstances de l'espèce, cette application aboutirait à un résultat contraire aux dispositions du droit de l'Union européenne relatives aux libertés de circulation des citoyens, des marchandises, des personnes, des services ou des capitaux.* » La clause a tout l'allure de ce qu'il conviendrait d'appeler une clause d' « exception de reconnaissance mutuelle ». Selon la proposition de M. FALLON, suivrait l'énoncé de critères d'appréciation : « *Il est tenu compte, en fonction des circonstances de l'espèce, (1°) de l'aptitude de la disposition à réaliser le but poursuivi dans une situation internationale, (2°) de la possibilité d'établir une disposition moins restrictive de la liberté de circulation et (3°) de l'équivalence entre cette disposition et celles du droit de l'Etat membre en conformité duquel le rapport juridique a été constitué.* »⁷³² Les critères établis par l'auteur sont inspirés de la théorie prétorienne élaborée par la jurisprudence de la Cour de justice en matière de justification des entraves. La formule présente avant tout un intérêt pédagogique.

⁷³⁰ Pour sa part, le législateur français a opté pour l'affirmative. C'est du moins ce qui semble ressortir de la précision selon laquelle sont visées, au titre de la dérogation au principe d'origine et à l'autonomie de la volonté, « *les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter* ». V. l'art. 17 de la loi préc. note précédente.

⁷³¹ Le législateur communautaire semble déjà exiger du législateur national qu'il insère dans son système normatif une clause de reconnaissance mutuelle dans les domaines couverts par le droit communautaire. L'absence de pareille clause pourrait constituer un manquement au droit communautaire. V. CJCE, aff. C-184/96, *France*, « *Foie gras* », 22 octobre 1998, *Rec.*, p. I-6197. Dans cette affaire, la Cour de Luxembourg a estimé que la France avait violé le traité en n'intégrant pas dans sa législation relative aux produits à base de foie gras une clause de reconnaissance mutuelle concernant les produits en provenance d'autres Etats membres et qui respecteraient les règles nationales en vigueur dans cet Etat.

⁷³² « *Libertés communautaires et règles de conflit de lois* », in A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT (dir.) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 31-80, spéc. p. 78, n° 47.

Nous pensons que toute initiative visant à clarifier la portée du principe de reconnaissance doit être approuvée. Elle permet tout à la fois de le cantonner et de contribuer à la sécurité juridique. Seraient ainsi sans doute évitées certaines « dérives » illustrées par la proposition initiale de directive relative aux services dans le marché intérieur, qui apparaissait comme une consécration de la thèse selon laquelle la loi du pays d'origine devrait s'imposer de façon générale. En effet, elle étendait largement le domaine du principe de l'application de la loi du pays d'origine.

§ III : Le reflux du domaine de la reconnaissance mutuelle : l'exemple de la proposition modifiée de directive « services ».

241. Quelles que soient finalement les solutions retenues dans la probable future directive relative aux services dans le marché intérieur en voie d'adoption, celle-ci marquera un tournant décisif dans la construction communautaire⁷³³. En effet, ses enjeux, tant sur les plans juridique, politique⁷³⁴ et économique⁷³⁵ sont considérables. Son domaine se situe à la croisée de nombreuses préoccupations essentielles dans le projet communautaire et elle doit réaliser un délicat équilibre entre ces divers intérêts. Il s'agit en effet d'assurer l'effectivité du marché intérieur dans le domaine des services, ce qui conduit à vouloir restreindre au maximum les contraintes pouvant s'y opposer, tout en préservant l'intérêt général. C'est notamment pour ne pas avoir retenu un système faisant la part à chacune de ces préoccupations qu'une première version a soulevé un véritable « tollé ». En effet, le 13 janvier 2004, la Commission avait

⁷³³ Le contexte de l'élaboration de la directive (marqué par l'ampleur des contestations suscitées par la version initiale et qui ont débouché sur une réflexion généralisée sur le concept de reconnaissance mutuelle) ne fait que renforcer l'affirmation.

⁷³⁴ En témoigne le tollé soulevé par la proposition initiale de la Commission qui a pris une tournure médiatique. Par ailleurs, le Parlement européen, dans le cadre de l'élaboration de cette directive, exerce pleinement les prérogatives institutionnelles que lui confère le traité. La proposition initiale était plus « libérale » que la nouvelle version. En effet, dans l'ensemble, les amendements du Parlement visent à « rééquilibrer » les intérêts en présence en faisant une plus large place aux considérations visant à encadrer les moyens mis en œuvre en vue de libérer les services. C'est ainsi que, notamment, le concept d'intérêt général y joue un rôle plus important (V. not. le 20ème considérant *bis* qui récapitule les raisons impérieuses d'intérêt général proclamées par la Cour de justice au fil de ses arrêts. De même, le premier considérant qui se ressentait initialement d'une préoccupation essentiellement économique (tendant à la réalisation d'un marché intérieur) se voit encadrer par une formule calquée sur l'article 2 TCE, qui exprime des objectifs non exclusivement économiques tels « *un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement* » ou encore « *un niveau d'emploi et de protection sociale élevé* ».

⁷³⁵ La proposition est élaborée dans le cadre du processus de réforme économique lancé par la Stratégie de Lisbonne [sur les suites du sommet de Lisbonne, V. not. la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil. Une stratégie pour le marché intérieur des services, COM (2000) 888 final du 29.12.2000] et dont l'objectif est de faire de l'Union « *l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde* ». La proposition a pour but notamment de « *favoriser la croissance économique et l'emploi dans l'Union européenne* ». L'exposé des motifs fournit par ailleurs des renseignements sur les enjeux économiques de la directive, qui débordent l'achèvement du marché intérieur en ce sens que la compétitivité mondiale de la Communauté est en jeu.

présenté une proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur⁷³⁶. Celle-ci marquait – cette fois-ci sans aucune ambiguïté - une très nette avancée du principe d'origine, y compris en matière contractuelle. Cette proposition a suscité la critique notamment de la doctrine⁷³⁷ (A). Elle a été modifiée ultérieurement (B). Reste que le débat qui a surgi au lendemain de la proposition initiale sur la portée du principe d'origine notamment en droit privé est toujours d'actualité. En effet, il relève d'un plus vaste débat concernant le choix des méthodes de gestion de la diversité législative dans un espace intégré, qui conduit à s'interroger sur l'existence d'alternatives au principe d'origine en droit privé, en particulier en droit des contrats (C).

A. Le débat suscité par la proposition initiale de directive « services ».

242. Figurant en tête du chapitre III intitulé « Libre circulation des services », plus précisément, sous la section 1 « Principe du pays d'origine et dérogations », l'article 16.1, alinéa 1^{er} de la proposition initiale de directive « services » disposait que « *(l)es Etats membres veillent à ce que les prestataires soient soumis uniquement aux dispositions nationales de leur Etat membre d'origine relevant du domaine coordonné.* » L'alinéa 2 décrivait le domaine du principe du pays d'origine ainsi énoncé. Il concernait « *les dispositions nationales relatives à l'accès à l'activité d'un service et à son exercice, et notamment celles régissant le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, la publicité, les contrats et la responsabilité du prestataire* ». Par ailleurs, l'article 16.2 faisait peser sur le pays d'origine l'obligation de procéder au « *contrôle du prestataire et des services qu'il fournit, y compris lorsqu'il fournit ses services dans un autre Etat membre.* » Enfin, l'article 16.3 reprenait la formule utilisée dans la directive « commerce électronique » selon laquelle « *Les Etats membres ne peuvent pas, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services fournis par un prestataire ayant son établissement dans un autre Etat membre (...)* ». Suivait l'énumération d'une liste d'exigences dont l'Etat d'accueil ne pouvait imposer le respect de la part du prestataire.⁷³⁸

⁷³⁶ COM (2004) 2 final.

⁷³⁷ V. par ex. L. IDOT, « Marché européen des services : directive « Bolkestein » ou « Frankenstein » ? Le mythe de la loi d'origine... », *Europe*, mars 2005, p. 3.

⁷³⁸ L'article 17 de la proposition de directive comportait toutefois des « *Dérogations générales au principe du pays d'origine* ». Il précisait que l'article 16 ne s'appliquait pas dans certaines matières, notamment (pour ne citer que celles touchant directement les contrats ou susceptibles de les concerner) « *aux services faisant l'objet, dans l'Etat membre dans lequel le prestataire se déplace pour fournir son service, d'un régime d'interdiction totale justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique* » (16), « *à la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat* » (20), « *aux contrats conclus par les consommateurs ayant pour objet la fourniture de services dans la mesure où les dispositions les régissant ne sont pas entièrement harmonisées au niveau communautaire* » (21), « *à la validité formelle des contrats créant ou transférant des*

Cette proposition de directive étendait donc largement le domaine du principe d'origine, alors même que la condition d'équivalence, qui fonde ce principe, n'était pas remplie⁷³⁹. C'est notamment pour cette raison que le Groupe européen de droit international privé a exprimé ses inquiétudes à propos de la généralisation de ce principe⁷⁴⁰. Il souligne le caractère parcellaire de l'harmonisation du droit des contrats entreprise par le droit communautaire. Dès lors, la condition d'équivalence permettant de faire jouer la reconnaissance mutuelle fait défaut. Certes, la proposition de directive excluait de son domaine les contrats de consommation en ce qui concerne les *“dispositions qui ne sont pas entièrement harmonisées au niveau communautaire”* (article 17(21)). Cependant, selon le Groupe, une telle exclusion est *« très vague et risque d'exposer les consommateurs au droit du pays d'origine dans des matières où l'harmonisation n'a pas été mise en œuvre complètement dans les Etats membres »*⁷⁴¹. Il rejette donc l'idée d'une généralisation du principe de l'application de la loi du pays d'origine et privilégie plutôt une approche au cas par cas dans le cadre du contrôle des entraves aux échanges.

On peut parfaitement comprendre les inquiétudes exprimées par le Groupe. On a vu, en effet, que la prise en compte du concept d'intérêt général était primordiale en vue de proposer un système équilibré de gestion de la diversité. A défaut de ne pas être suffisamment encadré, comme c'est le cas dans la directive « commerce électronique » ou encore dans la proposition initiale de directive « services », le risque est que le système privilégie systématiquement les intérêts économiques des prestataires au détriment d'autres valeurs et catégories de personnes dignes de protection. C'est pourquoi cette proposition de directive a suscité de très vives critiques qui ont débouché sur l'adoption d'un certain nombre d'amendements par le Parlement visant à modifier sensiblement la version initiale.

droits sur les biens immobiliers, lorsque ces contrats sont soumis à des exigences formelles impératives selon le droit de l'Etat membre dans lequel le bien immobilier est situé » (22). Les articles 18 et 19 de la proposition de directive prévoyaient par ailleurs respectivement des *« Dérogations transitoires au principe du pays d'origine »* et des *« Dérogations au principe du pays d'origine dans des cas individuels »*. Mais ces dernières étaient admises à condition de respecter des conditions très strictes et une procédure relativement lourde décrite dans l'instrument (article 37).

⁷³⁹ A cet égard, le concept de domaine coordonné, tel que défini dans le considérant 21, était très clair. Celui-ci précisait en effet que *« (l)a notion de domaine coordonné recouvre toutes les exigences qui sont applicables à l'accès aux activités de services ou à leur exercice, en particulier celles qui sont prévues par les dispositions législatives, réglementaires et administratives de chaque Etat membre, qu'elles relèvent ou non d'un domaine harmonisé au niveau communautaire, qu'elles aient un caractère général ou spécifique et quel que soit le domaine juridique auquel elles appartiennent selon le droit national. »*

⁷⁴⁰ V. la position du Groupe européen de droit international privé relative à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur du 23 novembre 2004, disponible sur le site www.drt.ucl.ac.be/gedip.

⁷⁴¹ *Op. cit.*, n° 2.

B. La proposition modifiée de directive « services ».

243. Le 4 avril 2006, la Commission a présenté une proposition modifiée de directive relative aux services dans le marché intérieur⁷⁴². Cette nouvelle version témoigne de la recherche d'un équilibre entre les divers intérêts en présence (1), ce qui se traduit par un recul très net du domaine du principe d'origine (2) ; les rapports de ce dernier principe avec le droit international privé sont par ailleurs clarifiés (3).

1. La recherche d'un équilibre.

244. La directive a pour objectif de faciliter à la fois la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services des opérateurs. Pour autant, à cette fin, elle ne se place pas uniquement du point de vue des prestataires de services, mais également du point de vue des destinataires de services. Elle vise en effet notamment à renforcer les droits des consommateurs en tant qu'utilisateurs de services, ce qui est censé contribuer à l'objectif de réalisation d'un marché intérieur des services. Elle témoigne donc d'une conception plus équilibrée du marché intérieur que la version initiale, en ce sens qu'elle ne vise pas systématiquement à avantager les intérêts des prestataires au détriment de ceux des consommateurs.

Le 3^{ème} considérant annonce le compromis général recherché par la directive : il s'agit « *de parvenir à créer un marché unique des services en veillant à préserver un équilibre entre l'ouverture du marché, les services publics, les droits sociaux et les droits des consommateurs* »⁷⁴³. L'article 1^{er}, paragraphe 1 de la proposition exprime bien cet objectif puisqu'il dispose que « *(l)a présente directive établit les dispositions générales permettant de faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires de services ainsi que la libre circulation des services tout en garantissant un niveau de qualité élevé pour les services* ».

D'autres considérants (ou parties de considérants) proposés en amendement par le Parlement témoignent d'un souci d'encadrer les moyens prévus par la directive en vue de libérer les services. Ainsi, selon le 6^{ème} considérant, la « *coordination des législations nationales doit assurer un degré élevé d'intégration juridique communautaire et un haut niveau de protection des objectifs d'intérêt général, en particulier la protection des consommateurs, qui est vital afin d'établir une confiance mutuelle entre les États membres. La présente directive tient également compte d'autres objectifs d'intérêt général tels que la protection de l'environnement, la sécurité publique et la santé publique, ainsi que de la nécessité de se*

⁷⁴² COM (2006) 160 final.

⁷⁴³ Cette précision résulte d'un amendement du Parlement européen.

conformer au droit du travail ». Par ailleurs, la prise en compte des droits fondamentaux apparaît dans le 6^{ème} considérant (*nonies*) selon lequel « *(l)a présente directive doit être interprétée de manière à concilier l'exercice des droits fondamentaux tels que reconnus dans les États membres et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne avec les libertés fondamentales énoncées aux articles 43 et 49 du traité.* »⁷⁴⁴

La variété des intérêts devant être pris en compte dans le cadre de la libéralisation des services se traduit par le recours à une variété de méthodes de gestion de la diversité législative. En effet, la directive ne vise pas à harmoniser les droits substantiels des États membres, mais à établir un cadre général permettant de faciliter la réalisation d'un marché intérieur des services. A cette fin, elle propose une combinaison de méthodes. Ainsi, le 6^{ème} considérant de la proposition dispose qu'« *(i)l convient de prévoir une combinaison équilibrée de mesures relatives à l'harmonisation ciblée, à la coopération administrative, à la disposition sur la libre prestation des services et à l'incitation à l'élaboration de codes de conduite sur certaines questions.* » On le voit, un concept nouveau fait son apparition dans la directive : celui de libre prestation des services.

2. Le principe de libre prestation des services.

245. Toute référence explicite au principe de la loi du pays d'origine a disparu dans la version modifiée de proposition de directive. Est évoqué à la place un principe de « *libre prestation des services* » (qui est l'intitulé du chapitre III et de l'article 16 qui en fait partie)⁷⁴⁵. L'article 16, paragraphe 1, alinéa 1^{er} dispose désormais que « *(l)es États membres respectent le droit des prestataires de services de fournir des services dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont établis* ». L'alinéa 2 précise que « *(l)'État membre dans lequel le service est fourni garantit le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire* ». La formule diffère également sensiblement de la clause « *marché intérieur* » figurant notamment dans la directive « *commerce électronique* » dont la portée était définie en

⁷⁴⁴ La version initiale se contentait de préciser que la directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier ses articles 8, 15, 21 et 47 (considérant 72).

⁷⁴⁵ Ainsi, l'ancien considérant 37 qui énonçait qu'en principe, un prestataire est soumis exclusivement à la loi du pays dans lequel il est établi est largement modifié. La formule est en quelque sorte « *renversée* » puisque l'accent est désormais mis sur les conditions d'application de la loi du pays d'accueil. Il y est en effet désormais prescrit qu'« *(a)fin d'assurer une mise en œuvre effective de la libre circulation des services et de faire en sorte que les destinataires et les prestataires puissent utiliser et fournir des services dans l'ensemble de la Communauté sans considération de frontières, il convient de préciser dans quelle mesure les exigences de l'État membre où le service est fourni peuvent être imposées. Il est impératif de veiller à ce que la disposition sur la libre prestation des services n'empêche pas l'État membre où le service est fourni d'imposer ses exigences spécifiques, conformément aux principes énoncés à l'article 16, paragraphe 1, points a) à c), pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique ou pour la protection de l'environnement* ».

référence à un vaste domaine coordonné. La portée du principe de libre prestation des services est cantonnée à l'accès à l'activité et à son libre exercice sur le territoire du pays d'accueil.

On constate que contrairement à l'ancienne version et à la directive « commerce électronique », le législateur communautaire a davantage pris en compte le concept d'intérêt général. Pour ce faire, au lieu de généraliser l'application de la loi du pays d'origine et de l'assortir d'exceptions, la proposition renverse en quelque sorte la formule puisqu'elle énumère positivement les exigences dont l'Etat d'accueil ne peut imposer le respect au prestataire établi dans un autre Etat membre, ce dont on déduit *a contrario* qu'il peut éventuellement imposer le respect d'autres exigences que celles énumérées dans la liste. Par ailleurs, il peut encore imposer le respect des exigences prévues dans la liste puisque l'article 16, paragraphe 3, qui se présente comme une réserve d'ordre public, le lui permet à certaines conditions. Les raisons expresses d'intérêt général figurant aux articles 46 (pour la liberté d'établissement) et 55 (pour les services) TCE y sont reproduites (à savoir l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique) ; y est ajoutée toutefois la protection de l'environnement. Par ailleurs, la mesure nationale doit être en conformité avec le paragraphe 1^{er} (qui rappelle les critères de non discrimination, de nécessité et de proportionnalité).

L'article 16, paragraphe 3 précise par ailleurs que l'Etat membre d'accueil peut imposer l'application « *conformément au droit communautaire, (de) ses règles en matière de conditions d'emploi, y compris celles énoncées dans des conventions collectives* ».

L'article 17 énumère ensuite une longue liste de « dérogations supplémentaires à la libre prestation des services ». Parmi celles-ci figurent les « *dispositions relatives aux obligations contractuelles et extracontractuelles, y compris la forme des contrats, déterminées conformément aux règles du droit international privé* » (20). Enfin, l'article 19 prévoit des « dérogations dans des cas individuels » à la libre prestation de services en vue de permettre, à certaines conditions très strictes, au pays d'accueil de soumettre le prestataire à des mesures relatives à la sécurité des services.

La proposition témoigne d'un effort certain de clarification des domaines respectifs de la législation du pays d'accueil et de celle du pays d'origine, corrélativement à une prise en compte du concept d'intérêt général, ce en quoi elle doit être approuvée⁷⁴⁶.

⁷⁴⁶ A cet égard, le législateur communautaire semble avoir tiré les conséquences des critiques adressées notamment à l'encontre de la rédaction (défectueuse) de la directive « commerce électronique ». On pourrait cette fois-ci presque lui reprocher l'excès inverse, en ce sens qu'il nous semble que certaines dispositions font « double emploi ». Ainsi en va-t-il par exemple de l'exclusion des « *dispositions relatives aux obligations contractuelles (...) déterminées conformément aux règles du droit international privé* » du principe de la libre prestation des services (article 17 (20)), l'article 3, paragraphe 2 prévoyant la même exclusion.

Par ailleurs, en précisant les rapports de l'instrument avec le droit international privé, elle éclaire la portée du principe de libre prestation des services.

3. Les relations entre la proposition de directive et le droit international privé.

246. La proposition modifiée de directive introduit des précisions concernant ses rapports avec le droit international privé. Une dérogation générale pour toutes les dispositions du droit international privé, en particulier celles traitant des obligations contractuelles et extracontractuelles, y compris la forme des contrats, est introduite. Sont corrélativement supprimées les dérogations figurant dans la version initiale concernant les contrats conclus par les consommateurs, la validité formelle des contrats relatifs aux biens immobiliers et la responsabilité non contractuelle du prestataire en cas d'accident qui sont désormais couvertes par une dérogation plus large comprenant l'ensemble des dispositions du droit international privé. L'article 3 de la directive, qui règle ses relations avec les autres instruments communautaires, précise ainsi, en son paragraphe 2, qu'elle « *n'affecte pas les règles du droit international privé, en particulier les règles régissant le droit applicable aux obligations contractuelles et extracontractuelles. Par conséquent, les consommateurs bénéficient, en principe, de la protection que leur accordent les règles de protection des consommateurs en vigueur dans la législation de leur État membre.* »⁷⁴⁷ Le paragraphe 3 ajoute toutefois que « *Les États membres appliquent les dispositions de la présente directive dans le respect des règles du traité régissant le droit d'établissement et la libre circulation des services* ».

On en déduit que si les règles du droit international privé (l'on songe en particulier à l'actuel article 5 de la convention de Rome ou au futur texte qui sera retenu dans le cadre du reformatage de cette convention en instrument communautaire) ne sont pas affectées par la directive, la règle qu'elles désigneront respectivement sera soumise aux tests communautaires en matière d'entraves, étant précisé que la protection renforcée qu'elle accorde aux consommateurs (par rapport à la loi d'origine) ne constitue pas, en soi, une entrave aux échanges.

Une brève référence à la jurisprudence examinée *infra* relative au détachement des travailleurs ainsi qu'aux règles consuméristes permettra d'éclairer la portée de ces précisions. On verra en effet qu'il en ressort que lorsque la loi désignée par la règle de conflit en matière

⁷⁴⁷ V. également le 45^{ème} considérant de la proposition de directive qui clarifie les rapports entre droit communautaire et droit international privé en ces termes : « *(Les relations contractuelles entre un prestataire de services et un client, ainsi qu'entre un employeur et un salarié ne sont pas couvertes par la présente directive. Le droit applicable en ce qui concerne les obligations contractuelles ou extracontractuelles du prestataire de service est déterminé par les règles du droit international privé* ».

de protection des consommateurs poursuivra à la fois un objectif de protection et un objectif se rattachant à une conception normative de l'ordre public (telle la protection de la langue nationale, par exemple), ce n'est que dans la mesure où elle permet efficacement d'assurer une protection au consommateur qu'elle pourra s'appliquer.

La proposition modifiée de directive introduit également des précisions concernant ses rapports avec le droit social. L'article 1^{er}, paragraphe 6 exclut l'application de la directive en droit du travail. En particulier, elle ne concerne pas « *les dispositions légales ou contractuelles concernant les conditions d'emploi, les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail, et les relations entre les employeurs et les travailleurs, que les États membres appliquent dans le respect du droit communautaire* ». ⁷⁴⁸ Il résulte par ailleurs de l'article 3, paragraphe 1^{er}, a) qu'elle réserve le jeu de la directive « détachement » ⁷⁴⁹. L'article 17, 5) rappelle cette exclusion au titre des dérogations au principe de libre prestation des services.

247. Dans l'ensemble, la proposition nous semble devoir être approuvée pour son effort de prise en compte de l'intérêt général, ce qui témoigne de la recherche d'un équilibre entre les nécessités liées à la réalisation d'un marché intérieur et la prise en compte d'autres impératifs. Reste qu'elle ne remet certainement pas en cause la situation des prestations de service de la société de l'information. En effet, la proposition, qui prévoit son articulation avec d'autres instruments communautaires (article 17), ne comporte aucune précision quant à ses rapports avec la directive « commerce électronique ». Or il nous semble que cette dernière doit primer en tant que *lex specialis*. Il s'ensuit que toutes les possibilités de dérogations au principe d'origine prévues dans la proposition de directive « services » ne peuvent être invoquées utilement dans le cadre d'une prestation de services relevant du domaine de la directive « commerce électronique ».

Sous cette réserve, la proposition modifiée de directive « services » marque un net recul du principe d'origine en matière contractuelle, ce qui incite à explorer d'autres voies appropriées à ce domaine en vue de gérer la diversité législative, faisant notamment intervenir les méthodes du droit international privé.

C. L'alternative : le recours à la technique conflictuelle.

⁷⁴⁸ V. également le 6^{ème} considérant (*octies*).

⁷⁴⁹ De même, le 41^{ème} considérant *bis* précise que la directive « détachement » prime sur la directive « services » et fait un renvoi aux articles 3.1 et 3.10, premier tiret de cette directive.

248. Après avoir montré que les relations de droit privé se prêtaient mal à une mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, mais reconnaissant que celui-ci devrait néanmoins jouer un rôle en cette matière, Mme MUIR WATT⁷⁵⁰ explore la voie consistant à élaborer des règles de conflit de lois uniformes au sein de l'Union en vue d'y assainir les conditions de concurrence. Elle ouvre donc une piste très intéressante concernant une combinaison fructueuse entre droit international privé et droit communautaire.

L'auteur fait le rapprochement entre le contexte communautaire (et en particulier l'affaire *Alpine Investments*) et la « Commerce clause » de la Constitution fédérale américaine, selon laquelle les règles des Etats fédérés qui prétendent régir des situations qui se déroulent hors de leur territoire doivent faire l'objet d'un contrôle de proportionnalité. Selon une lecture des exigences de la Constitution américaine, la fonction du contrôle des normes extraterritoriales consiste à empêcher les Etats d'exporter des coûts vers des intérêts qui ne sont pas représentés dans le ressort de cet Etat⁷⁵¹. Cet « *economic due process* » aurait pour effet de neutraliser les règles à vocation extraterritoriale lorsque celles-ci font peser sur des personnes et des intérêts non représentés dans le corps électoral de l'Etat auteur de la norme les coûts induits par celles-ci⁷⁵²⁷⁵³. En exportant indûment des coûts vers les autres Etats, ces règles perturbent le marché.

Un auteur a suggéré une transposition de ce principe dans le contexte communautaire⁷⁵⁴, celui-ci étant érigé en paramètre du contrôle communautaire en matière d'entraves. Poussant cette idée un peu plus loin, Mme MUIR WATT propose de se servir du « *economic due process* » comme d'un fondement à l'élaboration d'un système de règles de conflit qui aurait vocation à s'appliquer aux situations transfrontières où le principe de reconnaissance mutuelle

⁷⁵⁰ « Integration and Diversity : The Conflict of Laws as a Regulatory Tool », in *The Institutional framework of European Private Law*, ed. by F. CAFAGGI, Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, p. 107.

⁷⁵¹ *Op. cit.*, spéc. p. 130 et s.

⁷⁵² V. EULE, « Laying the Dormant Commerce Clause to Rest », *Yale L. J.*, 1982, p. 425; GOLDSMITH et SYKES, « The Internet and the Dormant Commerce Clause », *Yale L. J.*, 2001, p. 785. Réf. citées par H. MUIR WATT, *op. cit.*, spéc. p. 109, note 7.

⁷⁵³ Les activités sur Internet peuvent servir d'exemple pour comprendre cette idée d'exportation induite des coûts. Ainsi, les Etats peuvent avoir la préoccupation légitime de protéger leurs nationaux en interdisant l'accès, sur leur territoire, à certains sites jugés nuisibles. Les moyens utilisés à cette fin ne doivent pas pour autant paralyser les activités d'opérateurs établis dans des Etats où la liberté d'expression prime. Si le premier Etat étendait l'interdiction en dehors de son territoire, il ferait peser sur d'autres pays des coûts (liés à la paralysie des activités sur Internet) que l'économie locale n'aurait pas à supporter. V. H. MUIR WATT, *op. cit.*, spéc. p. 135. L'auteur cite notamment l'exemple de la décision du TGI de Paris dans l'affaire *UEJF et LICRA contre Yahoo* du 20 novembre 2000 (www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.pdf). Dans cette décision, le juge a fait preuve d'auto-discipline en requérant l'interdiction de l'accès, en France, à certains sites, tout en admettant que des activités jugées criminelles en France soient admises ailleurs.

⁷⁵⁴ V. M. POIARES MADURO, « Harmony and Dissonance in Free Movement », in W. H. ROTH et M. ANDENAS (eds), *Services and Free Movement in EC Law*, Oxford University Press, 2002, p. 41.

n'est pas aisé à mettre en œuvre, notamment en matière de services⁷⁵⁵. En somme, le conflit de lois pourrait bien constituer un outil parmi d'autres (à l'instar de la reconnaissance mutuelle en droit public ou de l'harmonisation ciblée en matière de règles visant à assurer la protection du consommateur) permettant de réguler le marché⁷⁵⁶ et de gérer la diversité législative. Il permettrait de calibrer le domaine d'application spatiale que les Etats assignent à leurs lois de façon à éviter qu'ils n'exportent indûment des coûts vers d'autres Etats. Ainsi, le recours à des règles de conflit uniformes pourrait contribuer à réguler le domaine d'application spatiale de normes amenées à coexister dans un espace économique intégré tel que le marché intérieur. Le procédé permettrait de canaliser les externalités. Il présente par ailleurs des avantages certains, en termes de sécurité juridique, sur le procédé consistant à repérer les entraves au cas par cas ; en outre, le système proposé paraît mieux adapté au domaine des services que le principe de reconnaissance mutuelle.

249. A vrai dire, le législateur communautaire a déjà commencé à expérimenter la méthode. L'auteur en donne l'exemple de la directive sur le détachement des travailleurs au sein de l'Union⁷⁵⁷. Elle montre comment celle-ci permet de remédier au *dumping social* rendu possible par la conjonction de l'ouverture des frontières et l'existence de disparités entre les niveaux de protection (notamment le niveau de salaire) offerts aux salariés entre les Etats membres. Dans certains pays, les niveaux de salaires sont bas ; lorsque la situation juridique est purement interne, les intérêts qu'une règle davantage protectrice sauvegarderait sont hors du territoire. Mais si cette législation est amenée à produire des effets hors du territoire national, le risque est que le prix d'une législation faiblement protectrice soit supporté par des intérêts qui ne sont pas représentés sur le territoire de l'Etat dont la législation est faiblement protectrice, alors que ses bénéficiaires seraient purement locaux. Ainsi, les niveaux de salaire sont bien inférieurs au Portugal par comparaison avec l'Allemagne ou la France. Si l'on envisage une situation purement interne, aucun problème ne surgit puisque cette législation concerne des salariés qui sont représentés sur place. Le niveau des salaires relève d'un choix de politique législative. Libre aux travailleurs portugais de s'exiler s'ils le souhaitent. Mais dès lors qu'un salarié est détaché par une entreprise portugaise sur le territoire d'un Etat dont

⁷⁵⁵ *Op. cit.*, spéc. p. 137.

⁷⁵⁶ Sur la fonction régulatoire de la règle de conflit, nous renvoyons à certaines références citées par l'auteur *op. cit.*, spéc. p. 109, note 9 : WAI, « Transnational Lifftoff and Juridical Touchdown : The Regulatory Function of Private International Law in a Global Age », *Colum. J. Transnat'l L.* 2002, p. 209 ; TRACHTMANN, « International Regulatory Competition, Externalization and Jurisdiction », *Harv. Intern'l L. J.* 2003, p. 47 ; « Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Government Responsibilities », *Vand J. Transnat'l L.* 1994, p. 975 ; « Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction », *Virginia J. Int'l L.* 2001, p. 1 ; GRUNDMANN, « The Structure of European Contract Law », *Eur. Rev. Priv. L.* 2001, p. 505.

⁷⁵⁷ *Op. cit.*, spéc. p. 138 et s. Sur cette directive, V. *infra*, n° 428 et s.

la législation est davantage protectrice des travailleurs, si l'on admet qu'il doit demeurer soumis au niveau de salaire prévu au Portugal, il s'ensuit que les avantages générés par le faible coût des salaires reviendront à l'entreprise qui a procédé au détachement alors que le prix de cette législation faiblement protectrice sera supporté par des intérêts non représentés au Portugal.

Ainsi les entreprises établies dans des pays dont les salaires sont bas bénéficient d'un avantage compétitif considérable en détachant du personnel dans des pays où les salaires sont élevés. La directive « détachement » permet de couper court à cette pratique. La règle de conflit forgée par le législateur communautaire assume donc une fonction de correction en contribuant à restreindre les distorsions de concurrence. Ainsi le pays d'accueil se voit offrir un moyen lui permettant de remédier à l'externalisation des coûts de la part du pays de provenance du salarié, c'est-à-dire le plus souvent celui où est établi l'employeur et dont les salaires sont peu élevés. L'auteur met donc en évidence tout l'intérêt que peuvent représenter des règles de conflit de lois uniformes au sein de la Communauté. Hormis la directive « détachement » citée par l'auteur ainsi que la proposition de règlement « Rome II », les directives assurances de la deuxième génération illustrent une instrumentalisation du droit international privé au service du droit communautaire.

Transposé en droit de la consommation, le schéma présenté par l'auteur permet de fonder la généralisation de l'application de la loi en vigueur dans le pays de résidence habituelle du consommateur. A l'instar de l'analyse menée à partir de la directive « détachement », il y aurait en effet là un moyen d'assainir les conditions de concurrence notamment entre les prestataires de services en canalisant les externalités.

250. Conclusion de la section II - En comparaison avec les initiatives visant à agir sur le concept d'intérêt général, illustrées notamment par la directive « détachement »⁷⁵⁸, le législateur communautaire, plus récemment, en recourant à des clauses dites « marché intérieur » dont l'objectif est d'étendre le domaine d'application de la loi d'origine (dans une mesure discutée et incertaine) peut se voir reprocher de ne pas suffisamment encadrer ce concept d'intérêt général. Ainsi, dans la directive « commerce électronique », le principe de l'application de la loi du pays d'origine se voit étendu à des domaines ayant fait l'objet d'une « harmonisation factice » par le recours au concept de « domaine coordonné », cependant que les considérations tirées de l'intérêt général n'ont pas été préalablement

⁷⁵⁸ Sur laquelle V. *infra*, n° 428 et s.

suffisamment prises en compte. Par ailleurs, la portée des clauses dites « marché intérieur », en raison de leur ambiguïté, a amplifié le débat autour de la portée du « principe d'origine ». C'est pourquoi la récente proposition modifiée de directive « services » nous semble devoir être approuvée. Elle témoigne en effet d'une volonté de parvenir à un équilibre entre les exigences liées à l'instauration d'un marché intégré et le concept d'intérêt général. Elle ne clôt cependant pas le débat concernant les rapports entre ces exigences et le droit privé. Bien au contraire, d'une certaine manière, elle invite à une réflexion sur les outils appropriés en vue de gérer la diversité législative en cette matière. A cet égard, les méthodes traditionnelles du droit international privé ne doivent pas être négligées.

Titre III : **Méthodes du droit international privé et champ d'application spatial du droit communautaire.**

251. Récemment, un auteur⁷⁵⁹, partant du constat d'après lequel le droit communautaire dérivé délimite systématiquement son domaine d'application dans l'espace au moyen de règles unilatérales, en appelle à une prise en compte, en vertu du principe de primauté, de ce phénomène. Autrement dit, c'est à une remise en cause des acquis actuels du droit international privé que l'auteur invite, au point de remettre en question le sens et la portée de la communautarisation prochaine de la convention de Rome⁷⁶⁰. La formulation d'une telle hypothèse invite à une réflexion autour de la place respective des méthodes unilatérale et bilatérale dans un droit international privé communautaire en construction (chapitre I), avant de porter une appréciation sur une généralisation du recours à la méthode unilatérale (chapitre II).

⁷⁵⁹ S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, éd. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005.

⁷⁶⁰ V. *infra*, n° 583 et s.

Chapitre I : La place respective des principales méthodes de droit international privé dans la détermination du champ d'application spatial du droit communautaire.

252. La mesure des spécificités des méthodes d'un droit international privé de source communautaire, en particulier dans le domaine de l'ordre public, doit en premier lieu logiquement être recherchée en droit primaire, puisque c'est lui qui pose les bases sur lesquelles repose la structure communautaire, et en particulier les principes fondamentaux de libre circulation et de non discrimination en raison de la nationalité. On constatera que le droit primaire détermine son domaine d'application dans l'espace de façon unilatérale. Or l'on sait qu'un mécanisme bien connu du droit international privé exprimant une impérativité internationale emprunte à la méthode unilatérale sa technique d'application : il s'agit des lois de police. Dès lors se pose la question de savoir si l'approche unilatérale retenue par le droit communautaire pour définir le domaine d'application spatial du droit primaire signale l'existence de lois de police communautaires. Il faudra donc préciser les rapports qu'entretiennent la détermination unilatérale du domaine d'application d'une norme et son impérativité. Si l'approche unilatérale observée en droit primaire doit être dissociée du concept d'impérativité internationale⁷⁶¹, il faudra certainement rechercher le fondement de cette approche dans les spécificités de l'ordre communautaire, ce qui conduira à circonscrire l'unilatéralisme. En effet, si ce dernier est lié à des spécificités communautaires, il n'a vocation à être utilisé que dans les configurations où celles-ci sont en cause. Or les spécificités relatives à la détermination du champ d'application du droit primaire ne nous semblent pas concerner le droit dérivé.

253. Actuellement, le droit international privé issu du droit communautaire dérivé offre un panorama très varié de solutions touchant notamment à l'impérativité et à l'ordre public en droit international privé des contrats ; cette variété de solutions concerne aussi bien les méthodes que les fonctions des règles de conflit de lois. Tantôt le législateur communautaire a

⁷⁶¹ Une observation précieuse faite par Monsieur FALLON dans son cours professé à La Haye en 1995, s'avère déterminante en vue d'éclairer la dualité d'approche du droit communautaire en matière de détermination de sa sphère d'application spatiale. L'auteur écrit en effet qu' « *(e)n conditionnant leur applicabilité par la vérification d'un critère de localisation, certains actes communautaires entendent poursuivre deux types d'objectifs. L'un consiste à identifier un rattachement des règles communes à l'espace communautaire et, du même coup, à contribuer à la réalisation d'un tel espace. L'autre consiste à énoncer un critère de type territorial eu égard au degré d'impérativité des règles communes. Alors que le premier objectif paraît caractéristique du contexte communautaire, le second est inhérent au mode de délimitation dans l'espace de toute loi de police de droit international privé (...)* » V. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, vol. 252, p. 13-281, spéc. p. 195, n° 111. La première approche décrite par l'auteur semble essentiellement concerner le droit primaire, tandis que la seconde concernerait le droit dérivé.

eu recours à des règles de conflit dont la sphère d'application est cantonnée à l'Union. Ainsi en va-t-il des directives adoptées en droit des assurances⁷⁶² et de la directive concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services⁷⁶³.

Mais pour le reste, les dispositions du droit communautaire dérivé touchant à l'impérativité internationale du droit des contrats se présentent comme accessoires aux règles substantielles issues du droit dérivé ; il s'agit de règles sectorielles. Les objectifs qui les sous-tendent ne se distinguent guère de ceux qui sous-tendent de nombreuses règles du droit international privé contemporain, qui englobent dans leur présupposé des objectifs matériels. C'est pourquoi, en ce qui les concerne, l'influence des spécificités communautaires liées aux exigences de la réalisation du marché intérieur paraît devoir être largement atténuée. En effet, si le principe même de l'harmonisation semble relever d'une logique propre au droit communautaire (en soi, le principe consistant à rapprocher les droits nationaux sert les objectifs communautaires notamment de libre circulation), tel ne nous semble pas être le cas du contenu de l'acte de droit dérivé. Sur ce dernier point, le législateur communautaire, lorsqu'il adopte un instrument en vue de rapprocher les droits nationaux, se trouve amené, à l'instar de tout législateur national, à prendre parti sur une politique législative. Sa position s'apparente alors à celle d'un législateur national en tant que producteur de normes, qui peut éventuellement vouloir imprimer une impérativité toute particulière à certaines dispositions qu'il édicte. Cette question relative à l'impérativité se pose au législateur communautaire dans les mêmes termes qu'aux législateurs nationaux. Aussi bien, rien ne justifie *a priori* que les procédés de mise en œuvre de l'impérativité se distinguent des techniques qu'offre le droit international privé en matière d'ordre public. Dès lors, la méthode unilatérale peut apparaître en droit dérivé en tant que support d'une loi de police.

Ces différences entre le droit primaire et le droit dérivé nous conduisent à distinguer la détermination du champ d'application spatial des normes impératives du droit primaire

⁷⁶² Pour l'assurance non vie, V. la deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE (*JOCE* n° L 172 du 4 juillet 1988, p. 1-14), articles 7 et 8. La directive 88/357 a été modifiée par la directive 92/49/CEE du 18 juin 1992 (*JOCE* 1992, n° L 228, p. 1), mais les règles de conflit restent inchangées; pour l'assurance vie, V. la deuxième directive 90/619/CEE du Conseil du 8 novembre 1990 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE (*JOCE* n° L 330 du 29 novembre 1990, p. 50-61), essentiellement l'article 4. La directive 2002/83 du 5 novembre 2002 (*JOCE* 2002, n° L 345, p. 1) reprend les règles de conflit de la deuxième directive 90/619/CEE.

⁷⁶³ 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996, *JOCE* n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1.

(section I) de celle des normes impératives du droit dérivé (sauf le droit de la consommation, qui sera traité dans la seconde partie) (section II).

Section I : *La détermination du champ d'application spatial des normes impératives du droit primaire.*

254. On peut regrouper en deux catégories les règles contenues dans le traité qui intéressent directement le fondement de la structure communautaire : il s'agit des libertés de circulation et du principe de non discrimination, d'une part ; et d'autre part, des règles relatives à la concurrence. Dans les deux cas, la méthode employée par le droit communautaire pour définir le domaine d'application spatial de ces normes est l'unilatéralisme. Pourtant, une distinction s'impose selon nous. En effet, l'existence de règles relatives à la concurrence n'est pas l'apanage du droit communautaire. Les différents ordres juridiques nationaux comportent également des règles relatives à la concurrence, qui relèvent incontestablement de l'ordre public de direction. Or généralement, on admet que ces règles s'analysent comme des lois de police⁷⁶⁴. Cette qualification résulte de la fonction particulière qu'occupe ce droit en tant que police du marché. Et il semble que rien ne justifie *a priori* qu'il en aille autrement en droit communautaire de la concurrence. Aussi bien, en amont, la qualification de loi de police à leur sujet semble s'imposer naturellement. Le droit communautaire de la concurrence ne soulève pas de problèmes particuliers en ce qui concerne les rapports entre unilatéralisme et impérativité internationale puisque la méthode utilisée par le droit communautaire est bien unilatérale, mais elle peut difficilement être dissociée du mécanisme des lois de police. Ce n'est donc pas dans ce domaine qu'il faut rechercher les spécificités de la fonction de l'unilatéralisme en droit primaire.

Pour autant, l'étude du droit communautaire de la concurrence dans ses rapports avec l'impérativité internationale en droit des contrats n'est pas sans intérêts. En effet, le droit de la concurrence, parce que, précisément, son impérativité internationale est unanimement admise, atteste incontestablement de l'existence de règles internationalement impératives de source communautaire. A ce titre, il peut utilement servir de point de départ à une réflexion sur l'émergence d'un ordre public international de source communautaire. C'est en effet en cette matière, à propos de la question de la reconnaissance d'une sentence arbitrale, que la Cour de Luxembourg a consacré l'existence d'un ordre public international de source communautaire.

⁷⁶⁴ V. not. L. IDOT, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI* 1995, p. 321, spéc. p. 322-323, n° 4.

255. Ainsi l'analyse du droit communautaire de la concurrence, parce que l'approche unilatérale qui y est retenue se couple incontestablement avec une qualification de ses règles en lois de police, ne peut utilement servir de point de départ à une recherche sur les spécificités de l'approche unilatérale en droit primaire. En revanche, les libertés communautaires de libre circulation incarnent des objectifs propres au droit communautaire ; elles en sont la substance même, sa raison d'être. C'est à leur sujet que la distinction entre impérativité internationale et unilatéralisme revêt toute son importance. Et c'est sur ce point précis que l'originalité de la construction communautaire est bien mise en évidence. C'est que l'on se trouve confrontés à une catégorie d'ordre public atypique, en ce sens qu'elle est inconnue des ordres juridiques nationaux. Il en résulte des hésitations quant à leur qualification.

Qualifier les libertés communautaires de lois de police revient à considérer que la méthode unilatéraliste employée pour délimiter leur domaine d'application se confond avec le mécanisme des lois de police, qui est unilatéral. Autrement dit, selon une telle conception, la méthode unilatérale ne répond pas à une fonction propre du droit communautaire. En revanche, si l'on considère que les libertés communautaires ne sont pas des lois de police, surgit immédiatement la question de la détermination de la fonction propre assumée par cette méthode en droit communautaire. Et dès lors que cette fonction sera mise en évidence, elle permettra de circonscrire le domaine de la méthode unilatérale puisque c'est seulement lorsque les spécificités communautaires sont en cause que cette méthode aura vocation à intervenir. Or il nous semble que l'approche unilatérale ne saurait traduire une impérativité internationale ; elle s'offre tout naturellement à une structure juridique autonome mais incomplète, qui doit affirmer son existence par rapport aux ordres juridiques. Autrement dit, tout en permettant au droit communautaire de déployer son effet utile, ce raisonnement unilatéraliste traduit la relativité des objectifs qu'il véhicule. En effet, ces objectifs qui lui sont propres et qui sont la raison d'être du droit communautaire ne se trouvent pas en concurrence avec d'autres objectifs équivalents véhiculés par des normes émanant de structures comparables à la structure communautaire. Il s'ensuit que la méthode unilatérale est la seule concevable, à l'exclusion de la méthode bilatérale, dans le processus de délimitation de la sphère d'application spatiale du droit communautaire.

256. La question des rapports entre lois de police et droit primaire ne se pose pas uniquement à propos des objectifs fondamentaux figurant dans les traités originaires. En effet, on a vu comment la physionomie du projet communautaire avait évolué et était passée d'une conception purement mercantile à une conception le rapprochant de ce qu'un auteur appelle

une « Europe humaniste »⁷⁶⁵. Cette évolution s'est faite notamment par le biais de la théorie de l'intérêt général. Elle invite à s'interroger sur l'appartenance des nouvelles valeurs consacrées par les modifications successives du traité à un ordre public de source communautaire. Si tel est le cas, il faudra encore affiner l'analyse au regard des distinctions établies en matière d'ordre public⁷⁶⁶.

L'analyse de la délimitation du champ d'application spatial des libertés fondamentales (§ III) sera précédée des perspectives concernant l'émergence d'un ordre public international de source communautaire. Ainsi, partant de l'incontestable impérativité internationale du droit communautaire de la concurrence (§ I), il faudra s'interroger sur la nature des valeurs progressivement consacrées par le droit communautaire (§ II).

§ I : L'incontestable impérativité internationale du droit communautaire de la concurrence.

256. Il n'est pas question d'étudier de façon approfondie le droit communautaire de la concurrence dans la mesure où, si le droit international privé y a incontestablement sa place, en dépit du rôle relativement restreint qu'y joue le conflit de lois de droit privé, ce sont les règles relatives aux délits qui interviennent le plus souvent. Ainsi, seul le droit des pratiques anticoncurrentielles – dans lequel les articles 81 et 82 du traité CE occupent la place essentielle – nous retiendra dans la mesure où il est le seul à intéresser le droit des contrats. Reste que l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2004, du règlement 1/2003⁷⁶⁷ pourrait bien induire un accroissement de la place qu'occupe le conflit de lois en droit communautaire de la concurrence, notamment en matière contractuelle⁷⁶⁸. En effet, les juges de droit commun et les arbitres peuvent désormais appliquer l'ensemble de l'article 81, y compris le paragraphe

⁷⁶⁵ V. S. POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *TCFDIP* 2003/2004, éd. Pedone, Paris, 2005, p. 65, spéc. p. 89.

⁷⁶⁶ V. *supra*, chap. préliminaire, n° 36 et s.

⁷⁶⁷ *JOUE* n° L 1 du 4 janvier 2003. Pour une analyse de ce règlement, V. not. L. IDOT, « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement n° 1/2003 et projets de textes d'application) », *CDE* 2003, p. 283-371 ; ABDELGAWAD (Walid) : « L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE », *Rev. arb.* 2004, *doctr.* p. 253-282 ; J.-M. MEFFRE et Th. LAMY, « 1^{er} mai 2004 : entrée en vigueur du nouveau règlement sur le contrôle des ententes », *D.* 2004, *chron.*, p. 1295. Afin d'assurer la transition vers le nouveau système, la Commission a proposé un certain nombre de mesures d'application : des projets d'un règlement d'application (« Communication au titre de l'article 33 du règlement CE n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité » portant sur le « projet de règlement de la Commission relatif aux procédures d'application des articles 81 et 82 du Traité CE mises en œuvre par la Commission », *JO C* 243, 10 oct. 2003, p. 3) et six communications interprétatives (« Communication invitant les tiers à soumettre des observations sur des projets de communication de la Commission », *JO C* 243, 10 oct. 2003, p. 10) ont été publiés.

⁷⁶⁸ Pronostiquant une évolution en ce sens, V. not. L. IDOT, « Le droit de la concurrence », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 255-281, spéc. p. 273/274, n° 51 et 52.

3⁷⁶⁹. L'ordre public du droit de la concurrence peut également se manifester au stade de la reconnaissance des décisions judiciaires et extra-judiciaires, par le biais de l'exception d'ordre public. Il convient donc de s'intéresser successivement au mécanisme des lois de police (A) puis à celui de l'exception d'ordre public international (B) en droit communautaire de la concurrence.

A. La méthode des lois de police.

257. Depuis les origines de la construction communautaire, la politique de concurrence y revêt un caractère fondamental⁷⁷⁰. Le droit communautaire de la concurrence⁷⁷¹ est autonome par rapport aux réglementations relatives au droit de la concurrence en vigueur dans les divers droits internes. Cependant, il assure la même fonction que ceux-ci. Le droit de la concurrence est une discipline parfaitement connue des pays généralement prospères reposant sur le dogme de l'économie de marché. Or en la matière, sous l'influence des phénomènes de mondialisation et de globalisation, des critères communs à ces divers pays semblent se dégager en ce qui concerne la mise en œuvre des règles relatives à la concurrence au regard du droit international privé. En effet, un tel contexte de mondialisation⁷⁷² appelle une impérativité internationale toute particulière ainsi qu'une certaine coopération entre les autorités chargées de la mise en œuvre des règles de concurrence⁷⁷³, sous peine d'inefficacité de ces règles. Le droit communautaire de la concurrence s'inscrit dans ce schéma. C'est dire que ses règles relatives à la concurrence doivent très certainement être qualifiées de lois de police.

L'article 81 TCE concerne l'interdiction des accords restrictifs de concurrence. L'alinéa 1 détermine le domaine d'application spatiale de l'interdiction. Dans la mesure où l'alinéa 2

⁷⁶⁹ Sur les rapports entre droit communautaire et arbitrage, V. not. : C. NOURISSAT, « L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique communautaire : une ère nouvelle ? », *RDAI* 2003, n° 7, p. 761 ; ABDELGAWAD (Walid) : *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001, t. 346 ; « L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE », *Rev. arb.* 2004, *doctr.* p. 253-282. Les thèses consacrées à l'arbitrage abordent toutes la question de ses rapports avec le droit communautaire. V. not. T. CLAY : *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001 ; RACINE (Jean-Baptiste) : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 309, 1999 ; SERAGLINI (Christophe) : *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.

⁷⁷⁰ Des décisions jurisprudentielles anciennes sont là pour l'attester. V. par ex. CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm et autres contre Bundeskartellamt*, aff. 14/68, *Rec.*, p. 1 ; CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin Import c. G. L. Import Export*, aff. 22/71, *Rec.*, p. 949.

⁷⁷¹ Le droit de la concurrence appelle des subdivisions : on distingue le droit des pratiques anticoncurrentielles, le contrôle des concentrations et le contrôle des aides d'Etat. Chacun de ces domaines obéit à un régime juridique qui lui est propre.

⁷⁷² Sur le phénomène d'internationalisation du droit de la concurrence, V. not. L. IDOT, « L'internationalisation du droit de la concurrence », in *Droit de la concurrence et droit privé* (actes du colloque de Lyon du 15 octobre 1999 sous la dir. de D. MAINGUY), *JCP éd. E*, suppl. *Cah. dr. entr.* 2000/3, p. 27-35.

⁷⁷³ C'est ainsi que l'*International Competition Network*, créée en octobre 2001, rassemble périodiquement les représentants des autorités de concurrence de l'ensemble de la planète.

prévoit la nullité de l'accord, il intéresse le droit des contrats. Il ressort des articles 81 et 82 TCE que c'est le concept d'affectation du commerce entre Etats membres⁷⁷⁴ et la localisation dans la Communauté d'une distorsion de concurrence qui servent à en préciser le domaine d'application spatial. Ces critères forment donc en quelque sorte les facteurs de rattachement requis pour la mise en œuvre des règles communautaires en matière de concurrence. Il importe peu que les règles de rattachement des Etats membres conduisent à ce que le contrat en cause soit soumis à la loi d'un Etat tiers ou à celle d'un Etat membre. Dès lors que les conditions de l'article 81 sont remplies, le contrat de nature à porter atteinte au commerce entre Etats membres et à fausser la concurrence au sein de l'Union tombe sous le coup de la nullité.

Ainsi, dans l'affaire *Béguelin*⁷⁷⁵, la Cour de justice était saisie d'une question préjudicielle concernant le champ d'application de l'ancien article 85 TCE (actuel article 81). En l'espèce, un accord d'exclusivité avait été passé entre une société établie sur le territoire d'un Etat tiers et une société établie sur celui d'un Etat membre. La Cour estime qu'il tombe sous le coup de l'article 85 (ancien) dès lors qu'il fait obstacle à ce que le distributeur réexporte les produits concernés dans d'autres Etats membres, ou à ce que ces produits soient importés d'autres Etats membres dans la zone protégée, et y soient distribués par des personnes autres que le concessionnaire ou ses clients, peu importe la loi applicable aux accords d'exclusivité en cause. Dans la mesure où les interdictions prévues au traité s'imposent au contrat quelle que soit la loi lui étant applicable dès lors que les conditions tenant à leur champ d'application spatial sont satisfaites, elles doivent s'analyser incontestablement comme des lois de police. Et en imposant à toutes les autorités et juridictions nationales l'obligation d'appliquer les articles 81 et 82 CE aux pratiques qui affectent le commerce entre Etats membres, le règlement 1/2003 apporte encore un élément supplémentaire en faveur de cette qualification. Ainsi, l'appréciation de la licéité d'un comportement ne peut être effectuée qu'au regard des règles communautaires de concurrence, qui s'imposent en tant que lois de police⁷⁷⁶.

258. Reste à savoir si le juge communautaire aura recours au concept de loi de police, qui fera sans doute prochainement son apparition formelle dans un instrument de droit dérivé, à propos des normes communautaires en matière de concurrence. En effet, l'article 8.2 de la proposition de règlement « Rome I » prévoit que « *(l)es dispositions du présent règlement ne*

⁷⁷⁴ Ce critère rappelle que le régime communautaire de concurrence sert aussi l'objectif fondamental de création d'un marché intérieur. V. le critère retenu en ce qui concerne le domaine d'application spatial des libertés communautaires *supra*, n° 128 et s.

⁷⁷⁵ CJCE, 25 novembre 1971 préc. note 770.

⁷⁷⁶ V. L. IDOT, « Le droit de la concurrence » préc. note 764, spéc. p. 278, n° 65.

pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. » L'article 8.1 reprend la définition des lois de police empruntée à FRANCESCAKIS et reprise par la Cour de justice dans l'arrêt *Arblade*⁷⁷⁷. Ainsi, selon ce texte, « (u)ne 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. » Jusqu'à présent, le concept de loi de police semble n'avoir été appréhendé par le droit communautaire que dans le cadre du contrôle exercé sur les droits nationaux en matière d'entraves. Faut-il dès lors interpréter cette attitude comme un refus, de la part du droit communautaire, d'adhérer aux méthodes du droit international privé ? Ou bien témoigne-t-elle de la prudence dont il fait preuve à l'égard d'un mécanisme qu'il n'a pas créé lui-même mais qu'il devrait emprunter aux droits nationaux ?

Quoi qu'il en soit, l'utilisation du mécanisme de l'exception d'ordre public international au stade de la reconnaissance des décisions judiciaires et extra-judiciaires à propos des règles de concurrence communautaires est aujourd'hui acquise. Il faut toutefois en préciser les conditions de mise en œuvre.

B. L'exception d'ordre public international.

259. L'arrêt *Eco Swiss*⁷⁷⁸ fournit l'occasion à la Cour de justice de proclamer l'existence d'un ordre public international de source communautaire (1). Du même coup, il permet d'illustrer une méthode de création d'un ordre public de source communautaire, dont l'originalité trouve sa source dans l'interdépendance entre l'ordre juridique communautaire et les droits nationaux. Cependant, il illustre également les limites de l'emprise du droit communautaire sur ce concept (2).

⁷⁷⁷ CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, *RCDIP* 2000, p. 710, note M. FALLON. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 419 et s.

⁷⁷⁸ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International N.V.*, aff. C-126/97, *Rec.* 1999, p. I-3055. Sur cet arrêt, V. not. S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (affaire *Eco Swiss China Ltd*) », *JDI* 2000, p. 299 ; C. PRIETO, *id.*, *chron.*, p. 505 ; E. LOQUIN, *RTDcom* 2000, obs. p. 340 ; *Rev. arb.* 1999, p. 639, note L. IDOT ; A. RIGOZZI, « Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence (ATF du 13 novembre 1998 et CJCE du 1^{er} juin 1999, Benetton) », *Bull. ASA*, 1999, p. 455 ; Y. BRULARD et Y. QUINTIN, « European Community Law and Arbitration. National Versus Community Public Policy », *Journal of International Arbitration*, 2001 (5), p. 533 ; P. SENKOVIC et P. LASTENOUSE, « *Eco Swiss China Time Ltd ; Benetton International NV Judgment : Why Arbitration Should not ignore European Competition Law* », in *Mealy's International Arbitration Report*, 1999 (9), p. 46 ; Ch. LIEBSCHER, « European Public Policy after *Eco Swiss* », *The American Review of International Arbitration*, 1999, p. 8.

1. L'émergence d'un ordre public international de source communautaire.

260. En l'espèce, le litige porté devant un arbitre résultait de la résiliation, avant terme, par Benetton, d'un accord de licence par lequel il autorisait Eco Swiss à fabriquer et commercialiser des montres et horloges portant la mention « Benetton by Bulova ». Une première sentence enjoignit Benetton de verser une indemnité à Eco Swiss. Puis, en l'absence d'accord entre les parties sur le montant de cette indemnité, une seconde sentence (finale) a quantifié le montant des dommages et intérêts dus par Benetton en raison de la rupture anticipée de l'accord. Une fois l'*exequatur* accordé, Benetton a invoqué pour la première fois devant le juge néerlandais la nullité de l'accord de licence sur le fondement du droit de la concurrence. La juridiction d'appel a annulé la seconde sentence, estimant que l'article 81 du Traité de Rome incriminant les ententes était une disposition d'ordre public selon le droit néerlandais de l'arbitrage. Eco Swiss a formé un pourvoi devant la plus haute juridiction néerlandaise qui a posé de nombreuses questions préjudicielles à la Cour de justice. Cette dernière était notamment invitée à se prononcer sur l'applicabilité d'office, par l'arbitre, de l'article 81 du Traité, ainsi que sur l'obligation, pour le juge, d'annuler une sentence en cas de contrariété à ce texte, alors que son droit national ne le permettrait pas, sa conception de l'ordre public dans le cadre de l'examen des sentences arbitrales étant particulièrement étroite. La Cour de justice se prononça sur l'appartenance de cette disposition du droit de la concurrence à l'« ordre public international communautaire », après l'avoir mise en balance avec le principe d'efficacité de la procédure d'arbitrage, lequel commande de limiter les cas d'annulation des sentences arbitrales. Ainsi, elle dit pour droit que « *l'article 81 CE constitue, conformément à l'article 3, sous g), du traité CE [devenu article 3, paragraphe 1, sous g), CE] une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur* »⁷⁷⁹ dont l'importance a conduit les auteurs du traité à sanctionner de nullité, en vertu de l'article 81.2 du traité CE, les accords et décisions interdits en vertu de cet article. La Cour en déduit que « *dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, CE.* »⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ Point 36.

⁷⁸⁰ Point 37. V. auparavant l'arrêt CJCE, 14 déc. 1995, *Van Schijndel*, (aff. C-430 et 431/93, *Rec.*, p. I-4705) à propos du devoir du juge national d'appliquer d'office les articles 81 et 82 CE. V. aussi l'arrêt *Courage* (CJCE,

Ainsi le juge communautaire impose aux Etats membres l'obligation d'englober, dans leur ordre public international national, les règles impératives de source communautaire en droit de la concurrence. Ce faisant, il « « *communautarise* » le concept d'ordre public des droits internes, et crée dès lors la notion dans l'ordre communautaire. »⁷⁸¹ L'espèce rend bien compte de cette obligation puisque le droit néerlandais de l'arbitrage en cause, en particulier la conception restrictive de l'ordre public qui y prévaut dans le cadre de l'examen des sentences arbitrales en vue d'assurer le respect de la sécurité juridique, aurait conduit à écarter les règles communautaires de la concurrence. En effet, leur violation, selon la *Hoge Raad*, ne pouvait caractériser une atteinte à l'ordre public au sens du droit néerlandais.

261. La méthode d'élaboration des contours de cet ordre public international de source communautaire, *via* la « communautarisation », tire son originalité des rapports réciproques entre droits nationaux et droit communautaire. Les juges nationaux se voient ainsi contraints d'intégrer dans leur concept d'ordre public international, en vertu du principe de primauté, les règles du droit communautaire de la concurrence en cause. En l'espèce, c'est plus particulièrement l'existence d'un concept d'ordre public international de source communautaire dans le contexte de l'examen des sentences arbitrales qui est clairement proclamée. Cet ordre public international se moule dans le concept d'ordre public d'origine nationale utilisé dans ce contexte⁷⁸², ainsi que dans le concept d'origine internationale, tel qu'il apparaît dans la convention de New-York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ratifiée par l'ensemble des Etats membres.⁷⁸³

Ainsi cet arrêt *Eco Swiss* marque une étape dans l'élaboration d'un ordre public international de source communautaire, la Cour ayant clairement posé l'existence d'un ordre public international communautaire. Ce dernier fait partie intégrante des valeurs devant être protégées par les juges de chacun des Etats membres. C'est du reste ce qui ressort clairement du rapport accompagnant la convention de Rome⁷⁸⁴.

20 septembre 2001, aff. C-453/99, *Rec.*, p. I-6297) sur l'impossibilité pour un droit national de priver la partie à un contrat contraire à l'article 81 CE du droit d'agir en nullité. De même, l'arrêt *CIF* (CJCE, 9 septembre 2003, aff. C-198/01, *Rec.*, p. I-8055, *Europe nov.* 2003, *comm.* n° 366) oblige une ANC à déclarer incompatible et laisser inappliquée toute législation nationale contraire aux règles communautaires de concurrence.

⁷⁸¹ S. POILLOT-PERUZZETTO, *op. cit.* note 765, spéc. p. 301.

⁷⁸² Le droit néerlandais énumère limitativement les circonstances dans lesquelles une sentence arbitrale peut être annulée. Il en va notamment ainsi lorsque la sentence ou la manière dont celle-ci a été rendue est contraire à l'ordre public.

⁷⁸³ V. point 39 de l'arrêt.

⁷⁸⁴ Rapport Giuliano-Lagarde, *JOCE* n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1-50, v. « article 16 ».

262. Postérieurement à cet arrêt, d'autres signes manifestant l'existence d'un ordre public (international) communautaire sont apparus.⁷⁸⁵ En particulier, la Cour a établi des liens entre droit européen et droit communautaire. Ainsi, dans l'arrêt *Krombach*⁷⁸⁶ du 28 mars 2000, elle déclare que, dans le cadre de la mise en œuvre de la clause de la convention de Bruxelles relative à l'exception d'ordre public, le juge national de l'Etat membre requis peut fonder le refus d'accueillir un jugement rendu par le juge d'un autre Etat membre en cas de violation manifeste du droit à être défendu, celui-ci revêtant un caractère fondamental dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et figurant parmi les éléments fondamentaux du procès équitable selon la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour de cassation semble l'avoir suivie⁷⁸⁷. Cependant, pour l'instant, le phénomène ne semble pas directement concerner le droit des contrats.

Si l'arrêt *Eco Swiss* marque une étape importante dans le processus de création d'un ordre public international de source communautaire, il illustre cependant les limites actuelles de ce processus.

2. Les limites.

263. L'obligation de sauvegarde, par les Etats, de cet ordre public, est tributaire de l'existence, dans les divers droits nationaux, de mécanismes visant à assurer le respect de l'ordre public (dans l'arrêt *Eco Swiss*, il s'agit de la règle néerlandaise selon laquelle la violation de l'ordre public peut fonder un recours en annulation d'une sentence arbitrale). Par ailleurs, une autre limite tient à la teneur des règles de procédure internes en matière d'arbitrage. Ainsi, en l'espèce, le droit néerlandais de l'arbitrage interdisait l'annulation, passé

⁷⁸⁵ V. la communication de la Commission, se fondant sur l'article 61 TCE « Vers un espace de liberté, de sécurité et de justice », COM (98) 459 final, p. 9 : « Dans le cadre de la consolidation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, la notion d'ordre public apparaît comme un dénominateur commun au sein d'une société démocratique et d'un Etat de droit. Avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, ce concept jusqu'à présent principalement déterminé par chacun des Etats membres, devra aussi être apprécié à l'aune du nouvel espace européen (...) Il conviendra de dégager progressivement les contours d'un ordre public européen fondé sur une évaluation des intérêts fondamentaux qui leur sont communs. »

⁷⁸⁶ Aff. C-7/98, *Rec.*, p. I-1935, *RCDIP* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT. Sur cet arrêt, V. aussi *supra*, n° 190.

⁷⁸⁷ V. not. l'arrêt Cass., 1^{ère} civ., 16 mars 1999, *Pordea* (*JCP éd. G* 1999, act. p. 661, n° 14 ; *JDI* 1999, p. 773, note A. HUET ; *RCDIP* 2000, p. 223 et p. 181, la *chron.* de G. DROZ : « Variations *Pordea* ») dans lequel la Haute Juridiction a établi des liens entre l'article 27, 1° de la convention de Bruxelles et le droit européen. En effet, pour refuser l'exequatur de décisions de la *High Court* qui condamnaient le plaideur à payer des frais de justice d'un montant jugé excessif, elle s'est fondée à la fois sur cet article 27, 1° de la convention de Bruxelles et sur l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Elle a en effet estimé que le droit de chacun d'accéder à un juge tel que posé par la convention européenne relevait de l'ordre public international au sens de l'article 27, 1° de la convention de Bruxelles. Ainsi la Cour de cassation nourrit le concept d'ordre public international de source communautaire de la substance de la convention européenne des droits de l'Homme.

un certain délai, d'une sentence intermédiaire revêtant le caractère d'une sentence finale ; à ce titre, elle ne peut pas être contestée dans le cadre d'une sentence ultérieure développant la sentence intermédiaire. Or la Cour ne remet pas en cause cette règle de procédure interne même si sa mise en œuvre aboutit à contrarier l'article 81 du Traité, dans la mesure où la violation de ce texte est à l'abri de toute sanction. On constate donc, comme le souligne Mme IDOT, que « *la sanction de la violation [en l'occurrence, de l'article 81 TCE] est (...) subordonnée non seulement à l'existence, dans les droits nationaux, d'un contrôle de la sentence au regard de l'ordre public, mais de plus, à son caractère opérationnel.* »⁷⁸⁸ Ainsi les conditions du déclenchement de l'exception d'ordre public des Etats membres ne sont nullement affectées par le droit communautaire.

Cependant, on remarque que dans l'arrêt *Eco Swiss*, la Cour a exercé un certain contrôle de la règle de procédure néerlandaise. En effet, elle a porté une appréciation sur le délai qu'elle pose en vue de demander l'annulation d'une sentence intermédiaire revêtant le caractère d'une sentence finale. Estimant qu'il n'apparaissait pas trop bref par comparaison à celui prévu dans les autres Etats membres, elle précise qu'il « *ne rend pas excessivement difficile ou en pratique impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.* »⁷⁸⁹ En outre, elle cherche bien, dans son processus menant à la qualification des règles communautaires de la concurrence en cause en règles d'ordre public, à les mettre en balance avec les principes de sécurité juridique et de respect de la chose jugée qui sous-tendent les règles en cause. En somme, c'est parce que les règles procédurales néerlandaises paraissent justifiées au regard de ces principes qu'elles peuvent légitimement aboutir à écarter les règles communautaires. On retrouve donc ici un raisonnement tout à fait familier au juge communautaire qui s'efforce de mettre en balance divers antagonismes dans le cadre de l'examen de la conformité du droit national au droit communautaire. Même si la Cour ne recourt pas expressément au concept de raison impérieuse d'intérêt général, c'est bien celui-ci qui apparaît en filigrane à propos des principes de sécurité juridique et de respect de la chose jugée.

264. Un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 18 novembre 2004 dans l'affaire *Thalès*⁷⁹⁰ illustre particulièrement bien les limites de l'impact du droit communautaire sur le concept

⁷⁸⁸ V. note préc. note 778, spéc. n° 20.

⁷⁸⁹ Point 45.

⁷⁹⁰ CA Paris, 1^{ère} ch. civile, *SA Thalès Air Défense c. GIE Euromissile*, JDI 2005, p. 357, note A. MOURRE ; Ch. SERAGLINI, « L'affaire Thalès et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », *Gaz. Pal. – Les cahiers de l'arbitrage*, n° 2005/2, p. 5 ; L. G. RADICATI DI BROZOLO, « L'illicéité « qui crève les yeux » : critère du contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt Thalès de la cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.* 2005, p. 529 ;

d'ordre public dans le cadre d'une action en annulation d'une sentence arbitrale ayant prétendument violé le droit communautaire de la concurrence. Cette limite provient de ce que l'intensité du contrôle effectué par les juges nationaux n'est pas affectée par le droit communautaire. Or doivent être mises en balance les exigences de sécurité juridique et de respect des règles fondamentales de l'arbitrage d'un côté (qui conduisent à n'admettre que restrictivement les points de contrôle des sentences arbitrales) et les règles (y compris le cas échéant de source communautaire) revêtant un caractère fondamental, susceptibles d'être invoquées au titre de l'ordre public en vue d'obtenir l'annulation d'une sentence, de l'autre. Et il se peut, comme l'illustre l'arrêt *Thalès*, que les juridictions nationales n'admettent le jeu de l'ordre public international que dans des circonstances très strictes.

Le cadre procédural de cette affaire présentait un certain nombre de similarités avec celui de l'affaire *Eco Swiss*.⁷⁹¹ Au soutien de sa demande en annulation, par la cour d'appel, d'une sentence arbitrale l'ayant condamnée à verser une certaine somme à son ancien cocontractant, la société Thalès invoquait pour la première fois (dans le cadre de la procédure) la violation du droit communautaire de la concurrence. En effet, elle prétendait que les arbitres avaient donné effet aux contrats litigieux en méconnaissance de l'article 81 TCE. Il s'ensuit, selon elle, que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence par laquelle elle avait été condamnée en réparation du préjudice subi par son partenaire, heurterait l'ordre public international. Pourtant, les juges d'appel vont refuser de faire droit à cette demande, en faisant expressément référence à l'arrêt *Eco Swiss*.

A l'instar du droit néerlandais, le droit français de l'arbitrage, par exception au principe de l'interdiction de réviser, au fond, les sentences arbitrales, permet l'annulation d'une sentence dans des cas précis, notamment lorsque celle-ci porte atteinte à l'ordre public international (article 1502, 5° du nouveau code de procédure civile). Les juges parisiens précisent que le recours à l'ordre public n'est possible « *que dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable notre ordre juridique, l'atteinte devant constituer une*

RTDcom 2005, p. 263, obs. E. LOQUIN ; *D.* 2005, p. 3058, obs. Th. CLAY ; *JCP* 2005, II, n° 10038, note G. CHABOT ; E. BARBIER DE LA SERRE et C. NOURISSAT, « Contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre », *Revue Lamy Concurrence*, février/avril 2005, p. 68 ; *RCDIP* 2006, p. 104, note S. BOLLÉE.

⁷⁹¹ La société Thalès était liée à Euromissile par un protocole d'accord et un contrat de licence exclusive. La société Thalès résilia unilatéralement le contrat de licence au motif que son partenaire aurait violé une obligation essentielle découlant du protocole d'accord, ces deux contrats étant, selon elle, indivisibles. Une procédure s'engagea ensuite devant un arbitre. Une première sentence partielle retint le principe de la condamnation de Thalès à la réparation du préjudice causé à Euromissile. Cette première sentence obtint l'*exequatur* et ne fit l'objet d'aucun recours dans les délais. Une seconde sentence chiffrà le montant de l'indemnité devant être versée par Thalès à Euromissile. C'est celle-ci dont la société condamnée entendait obtenir l'annulation par le juge d'appel.

violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental ». S'ils admettent que tel est précisément le cas de l'article 81 TCE, en précisant qu'il est « *indéniable que l'ordre public international des Etats membres a également une source communautaire* », ils rappellent aussitôt que pour autant, les règles internes gouvernant le contrôle des sentences arbitrales ne sont pas remises en cause par le droit communautaire. Il s'ensuit que si l'application des règles procédurales internes en matière d'arbitrage conduit à reconnaître une sentence comme définitive nonobstant une violation du droit communautaire de la concurrence, elle ne pourra être contestée pour ce dernier motif.

Mettant en œuvre les règles nationales de procédure en matière de recours en annulation d'une sentence arbitrale, la cour d'appel estime que la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502, 5° du nouveau code de procédure civile doit être flagrante, concrète et effective. En l'espèce, la cour d'appel se montre exigeante quant à ces conditions, en ce sens que pour admettre de faire fonctionner l'exception, elle estime en particulier que le caractère flagrant de la violation de l'ordre public implique qu'aucune « *analyse à la fois économique et juridique* » dépassant ses pouvoirs ne soit requise en vue de se prononcer sur l'existence ou non d'une telle violation. Or on a fait remarquer, à juste titre nous semble-t-il, qu'une telle conception des conditions du déclenchement de l'ordre public revient à vider cet aspect du contrôle « *de la presque totalité de sa substance* »⁷⁹². Une telle conception restrictive de la réserve d'ordre public international est à même de restreindre la portée de l'arrêt *Eco Swiss*, en ce qu'il a, semble-t-il, proclamé l'existence d'un ordre public international de source communautaire.

On a constaté que la démarche retenue par le juge communautaire dans l'arrêt *Eco Swiss* présentait certaines similarités avec le contrôle de l'intérêt général dans le cadre duquel la Cour est amenée à examiner les normes nationales. Or ces dernières peuvent être à l'origine de la proclamation, par le juge communautaire, de valeurs qu'il convient d'analyser au regard du concept d'ordre public (au sens large).

§ II : L'incidence de l'évolution de la physionomie du projet communautaire.

265. En raison des rapports réciproques entre ordre communautaire d'un côté et ordres juridiques nationaux de l'autre, sont amenés à coexister des concepts se recouvrant partiellement, mais pas totalement, et dont la fonctionnalité diffère selon l'angle

⁷⁹² S. BOLLÉE, note préc. note 790, spéc. p. 116, n° 7. Expriment la même idée, V. Ch. SERAGLINI, note préc., spéc. n° 17.

d'observation. On peut être alors tenté de faire des rapprochements entre des mécanismes communautaires afférant à l'ordre public et des techniques du droit international privé. Mais une analyse un peu plus approfondie des concepts communautaires conduit à n'envisager qu'avec prudence ces comparaisons, et en tout cas à éviter toute assimilation aboutissant à un « mélange des genres ».

C'est ainsi que le processus observé en droit communautaire dans le cadre de la théorie des exigences impératives d'intérêt général conduit à s'interroger sur l'appartenance de ces dernières à ce qu'il conviendrait d'appeler des lois de police de source communautaire ou encore un ordre public international de source communautaire. La présentation de ce processus (A) permettra de mettre en évidence des liens avec ces deux concepts et d'éclairer la qualification de ces raisons et exigences impératives d'intérêt général (B).

A. Présentation du processus conduisant à la consécration de valeurs non économiques.

266. Le processus conduisant le droit communautaire à consacrer des valeurs autres que purement mercantiles telles que celles figurant dans les traités originaires peut être présenté en deux étapes. Dans un premier temps, c'est en s'inspirant des traditions nationales que les organes communautaires (généralement le juge) esquissent les contours d'un ordre public (1). Il arrive ensuite que ces valeurs soient consacrées formellement dans le traité (2).

1. La recherche d'un contenu.

267. Evoquant l'existence d'un rapport dialectique entre droit communautaire d'un côté et ordres juridiques nationaux de l'autre, Mme POILLOT-PERUZZETTO a montré comment l'ordre communautaire, par les mécanismes de lois de police et d'ordre public, pouvait créer une Europe humaniste⁷⁹³. C'est par un processus de « communautarisation » que, s'inspirant des droits nationaux, il semble progressivement dessiner le contenu de l'ordre public, contenu dépassant les valeurs purement économiques initialement véhiculées par le droit communautaire.

En effet, à l'issue du contrôle effectué par le juge communautaire sur la norme nationale en particulier en matière d'entrave, il se peut que ce soit celle-ci qui l'emporte sur le principe communautaire d'inspiration économique tel que celui de libre circulation. Alors, on peut y voir le point de départ de la création, à partir des droits nationaux, par le droit communautaire, d'une norme porteuse d'une valeur autre que purement économique. Car comme le fait remarquer M. SIMON, « *L'absence de catalogue des droits fondamentaux dans les traités constitutifs, ainsi que le caractère fonctionnel de l'intégration, et notamment son objet*

⁷⁹³ « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *TCFDIP* 2003/2004, éd. Pedone, Paris, 2005, p. 65, spéc. p. 89 et s.

principalement économique, privent le juge communautaire de ce réservoir de normes fondamentales dans lequel sont ordinairement puisés les principes généraux de droit »⁷⁹⁴.

Mme POILLOT-PERUZZETTO présente les différentes étapes de ce mécanisme de construction d'un ordre public international de source communautaire⁷⁹⁵. Dans un premier temps, l'ordre communautaire crée ou s'approprie des lieux de discussion. C'est ainsi que le droit communautaire prévoit lui-même des exceptions, dans le traité CE, au principe de liberté de circulation (ce sont les raisons expresses d'intérêt général) ; on sait que la jurisprudence a pris le relais en élargissant ces exceptions aux raisons impérieuses d'intérêt général⁷⁹⁶. Ensuite, les Etats membres proposent, par le recours aux lois de police ou à l'ordre public, des valeurs autres que liées à la libre circulation. L'ordre communautaire contrôle alors l'existence d'un intérêt général et ce dernier, initialement purement national, peut être communautarisé. A partir de là, l'ordre communautaire peut créer l'unité ou la diversité. Il crée la diversité lorsqu' « *il admet dans son périmètre une norme, sans qu'il s'agisse d'une norme partagée par l'ensemble des Etats.* »⁷⁹⁷ Il crée l'unité lorsqu'il définit positivement les contours de l'ordre public puisqu'alors ils s'imposent à tous les Etats membres. Mme POILLOT-PERUZZETTO analyse le processus « *comme l'intégration du contenu de la norme nationale dans la norme communautaire* », ce qui lui permet d'affirmer que l'ordre public qui en résulte est « *national d'inspiration* » et « *communautaire de source et d'application* »⁷⁹⁸. Par le contrôle effectué par le juge communautaire lors de la mise en œuvre de la théorie de l' « intérêt général », celui-ci assure donc une fonction double : il instaure une hiérarchie entre un principe fondamental lié à la libre circulation et des valeurs supérieures d'intérêt général ; il peut également harmoniser le contenu des valeurs entre les Etats membres.

En résumé, la méthode de création de cet ordre public « *consiste à puiser dans le fond des droits nationaux des éléments qui sont érigés en règles ou principes de droit communautaire et ont ensuite, en retour, une incidence sur les droits nationaux.* »⁷⁹⁹ On comprend mieux ce processus lorsque l'on analyse les liens entre raisons et exigences impératives d'intérêt général d'un côté et le phénomène d'harmonisation communautaire de l'autre.

2. Liens entre raisons et exigences impératives d'intérêt général et harmonisation.

⁷⁹⁴ D. SIMON : « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », in *Droits*, 1991, p. 73-86, spéc. p. 75.

⁷⁹⁵ « Ordre public et lois de police en droit communautaire » préc. note 793, spéc. p. 90 et s.

⁷⁹⁶ V. *supra*, n° 106.

⁷⁹⁷ *Op. cit.* note 793, p. 91.

⁷⁹⁸ « Ordre public et droit communautaire », *Dalloz Sirey* 1993, *chron.*, p. 177 à 182, spéc. p. 178.

⁷⁹⁹ P. RODIERE : « Construction européenne et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN*, Dalloz, 1989, p. 33 et s., spéc. p. 33, n° 1.

268. On a vu que les exigences impératives d'intérêt général (de création prétorienne) ou les raisons d'intérêt général (prévues dans le traité) peuvent toujours être invoquées par les Etats membres, sous réserve du respect de certaines conditions, pour justifier une entrave aux échanges dans les relations intracommunautaires en dehors du domaine harmonisé⁸⁰⁰. De son côté, le traité communautaire prévoit, dans ses articles 94, 95 et 308, l'adoption d'actes nécessaires au fonctionnement et/ou à l'établissement du marché intérieur. Il est clair que le domaine d'intervention du législateur communautaire par le biais de ces bases juridiques concerne notamment celui des entraves que le droit primaire n'a pas complètement éradiquées. Les articles 94, 95 et 308 TCE permettent donc au législateur communautaire de parachever le marché intérieur en harmonisant le contenu substantiel des raisons impérieuses d'intérêt général. Ce faisant, il ferme en principe définitivement toute possibilité, pour un Etat membre, d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général ou une exigence impérative dans le domaine ayant fait l'objet d'une mesure d'harmonisation⁸⁰¹.

Il arrive souvent que ces valeurs soient ensuite consacrées formellement dans le traité dans ses dispositions mêmes relatives à la politique de rapprochement des droits nationaux. Ainsi la réalisation, par la voie du rapprochement des législations, de valeurs supérieures trouve un fondement privilégié dans l'article 95 TCE, selon lequel la Communauté tend à prendre pour base un niveau de protection élevé « *en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs* »⁸⁰². Dès lors, un acte communautaire peut venir préciser le contenu de l'intérêt général dans la mesure où le concept permet de justifier une entrave aux échanges. L'adoption d'une politique d'harmonisation des conditions de commercialisation de services ou de marchandises peut alors « *traduire un modèle*

⁸⁰⁰ V. *supra*, n° 105 et s.

⁸⁰¹ Une telle possibilité sera cependant uniquement fermée aux Etats membres en cas d'harmonisation totale. En outre, même dans ce dernier cas, le traité prévoit des hypothèses dans lesquelles ceux-ci peuvent encore, nonobstant l'existence d'une mesure d'harmonisation, invoquer certaines raisons expresses d'intérêt général à des conditions strictes. V. l'art. 95.4 TCE, selon lequel « *Si, après l'adoption, par le Conseil ou par la Commission, d'une mesure d'harmonisation, un Etat membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 30 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.* » Le paragraphe 6 prévoit alors notamment que « *(d)ans un délai de six mois après les notifications visées aux paragraphes [précédents], la Commission approuve ou rejette les dispositions nationales en cause après avoir vérifié si elles sont ou non un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre Etats membres et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché intérieur (...)* »

⁸⁰² Le paragraphe 4 de l'article 95, paragraphe 4 TCE consacre presque le concept d'exigence impérative. En effet, il permet aux Etats membres, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le législateur communautaire sur le fondement de l'article 95 TCE, de faire part à la Commission de la nécessité de « *maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 30 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail* » Le terme « *exigences importantes* » serait dû à une erreur de rédaction. A ce sujet, V. J. DE RUYT, *L'Acte unique européen*, Bruxelles, U.L.B., 1987, réf. citée par M. FALLON, *Droit matériel* (..), p. 142.

juridique conciliant le principe fondamental de la liberté d'entreprendre avec les exigences de valeurs supérieures d'intérêt général »⁸⁰³ dont certaines sont citées par l'article 95 TCE.

Il se peut aussi que l'exigence impérative d'intérêt général fasse l'objet d'une consécration encore plus formelle, élargissant ainsi la liste des politiques de la Communauté inscrites dans le traité. Car comme le souligne M. FALLON, « *il existe un lien fonctionnel entre l'affirmation jurisprudentielle d'une raison impérieuse, l'attribution d'une compétence au législateur communautaire pour rapprocher les droits nationaux dans la matière concernée et la consécration de la valeur en cause au rang d'une « politique » de la Communauté à l'occasion d'une révision du traité CE.* »⁸⁰⁴ Par exemple, il n'est pas anodin que le traité de Maastricht ait créé un titre (XIV) consacré à la protection des consommateurs, postérieurement à la décision *Cassis de Dijon*⁸⁰⁵ ayant érigé le principe de protection économique du consommateur au rang d'exigence impérative d'intérêt général. La même remarque vaut à propos de l'exigence impérative de protection de l'environnement qui fait maintenant l'objet du titre XIX du TCE. Certaines de ces valeurs ont même été consacrées par la suite par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁸⁰⁶ qui proclame notamment le droit à des « *conditions de travail justes et équitables* » (article 31), la protection de l'environnement⁸⁰⁷, la protection des consommateurs (l'article 38 prescrit « *un niveau élevé de protection des consommateurs* » dans le cadre des politiques de l'Union). Reste à présent à s'interroger sur la nature de ces valeurs, et notamment sur leurs rapports avec les concepts de lois de police et d'ordre public au sens du droit international privé.

B. Recherches sur la nature des raisons et des exigences impérieuses d'intérêt général.

269. Dans la mesure où les raisons et exigences impératives invoquées par les Etats membres revêtent souvent la qualification de loi de police dans l'ordre juridique auquel elles appartiennent, un certain rapprochement a pu être établi entre les lois de police et les

⁸⁰³ M. FALLON, *Droit matériel (...)*, p. 241.

⁸⁰⁴ *Op. cit.*, p. 146.

⁸⁰⁵ CJCE, 29 février 1979, *Rewezenral c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 102 et s.

⁸⁰⁶ JOCE n° C 364 du 18 décembre 2000, p. 1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été solennellement proclamée à Nice le 7 décembre 2000. V. G. BRAIBANT, « La Charte des droits fondamentaux », *Dr. soc.* 2001, p. 69 ; F. BENOIT-ROHMER, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *D.* 2001, *chron.*, p. 1483. Toutefois, elle est dépourvue de valeur normative. Il s'agit seulement d'une œuvre politique.

⁸⁰⁷ L'article 37 énonce qu'« *(u)n niveau de protection élevé de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable* »/

exigences impératives d'intérêt général⁸⁰⁸. Ce parallèle nous semble à la fois infondé et inopportun. Pour le comprendre, le recours aux approches normative et finaliste de l'ordre public semble utile.

Partir de l'approche normative conduit à considérer que les raisons et exigences impératives d'intérêt général imposent obligatoirement des moyens et des fins. Ainsi, la loi de police, pour laquelle cette approche nous semble appropriée, se définit de façon incontestable par son effet consistant à faire échec à l'autonomie de la volonté. Partir de l'approche finaliste conduit en revanche à considérer que ces notions n'expriment que des objectifs à atteindre, éventuellement sous forme de principes.

L'observation de la jurisprudence montre que partant d'une législation nationale voulant imposer à la fois des moyens et des résultats en invoquant une loi de police (selon une conception normative de l'ordre public), le droit communautaire va en extirper une valeur généralement exprimée sous la forme d'un principe indiquant seulement un objectif (la protection des salariés, des consommateurs, etc.) et correspondant à une conception finaliste de l'ordre public. C'est ainsi qu'ont été considérés comme relevant des exigences impératives d'intérêt général notamment la protection de l'environnement⁸⁰⁹, la nécessité de l'équilibre budgétaire de l'Etat⁸¹⁰, la liberté d'expression et le pluralisme de la presse⁸¹¹. Ces exemples hétéroclites montrent bien que le concept est propre au droit communautaire et ne saurait en rien s'apparenter aux lois de police. Il assure une fonction particulière qui concerne les rapports entre l'ordre juridique communautaire d'un côté et les Etats membres de l'autre. Ce type de rapprochement, qui a pu à juste titre être dénoncé par certains auteurs⁸¹², occulte d'une certaine manière les spécificités propres respectivement au droit international privé et au droit communautaire, ce qui ne contribue sans doute pas à une combinaison harmonieuse entre les deux disciplines. Car il nous semble que lorsque le législateur communautaire entreprend une harmonisation sur la base des articles 94, 95 ou 308 TCE, il n'a en vue que la volonté de parachever la construction communautaire, et donc uniquement les relations intracommunautaires. Mais cela ne préjuge en rien du domaine d'application de la mesure

⁸⁰⁸ Sur le parallèle entre lois de police et directives visant à harmoniser les droits nationaux, V. M. FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, vol. 252, p. 13-281. L'auteur retrace l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, harmonisant, pour les différentes libertés, le régime du contrôle des entraves (p. 119-121) ; il montre ensuite l'impact de l'exigence d'un objectif d'intérêt général (p. 130-135) ; il fait ensuite le rapprochement avec les lois de police (p. 257-264).

⁸⁰⁹ CJCE, 7 février 1985, *Huiles usagées*, aff. 240/83, *Rec.*, p. 531.

⁸¹⁰ CJCE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82, *Rec.*, p. 523.

⁸¹¹ CJCE, 26 juin 1997, *Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec.*, p. I-3689.

⁸¹² V. not. J.-S. BERGÉ, « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 113, spéc. n° 22, p. 133/134.

ainsi adoptée sur le plan international. Il lui reste toutefois possible, à cette occasion, d'estimer que la mesure en cause, en raison de son importance primordiale, doit disposer d'un domaine d'application exorbitant dans les relations extracommunautaires. C'est l'objet de certaines clauses insérées en particulier dans de nombreuses directives consuméristes qui prévoient que le consommateur ne peut être privé de la protection offerte par celles-ci lorsque le contrat auquel il est partie entretient un lien étroit avec le territoire communautaire⁸¹³. Mais cette volonté d'assigner un domaine d'application spatial exorbitant à certaines règles de source communautaire doit alors clairement transparaître à la lecture de l'acte⁸¹⁴.

En outre, en raison du lien qui vient d'être établi entre le concept de loi de police et l'émergence d'une compétence communautaire en vue d'harmoniser les droits nationaux, on risquerait de qualifier toutes les normes produites par le droit dérivé de lois de police.

270. L'approche finaliste de l'ordre public nous semble bien davantage appropriée aux raisons et exigences impérieuses d'intérêt général. En effet, les valeurs reconnues par le traité et le juge communautaires revêtent la forme de principes. Elles indiquent des objectifs à atteindre, sans préciser les moyens concrets permettant de les atteindre. Elles mettent donc en évidence le contenu de l'ordre public et non les méthodes. C'est pourquoi l'on ne saurait les qualifier de lois de police. En revanche, dans la mesure où elles intéressent un contenu, l'on peut se demander si les exigences impérieuses d'intérêt général ne sont pas en mesure d'alimenter un ordre public international de source communautaire.

C'est ainsi que Mme POILLOT-PERUZZETTO explique que l'ordre communautaire peut réinjecter dans les droits nationaux les valeurs qu'il y a puisées et qu'il a érigé en « raisons impérieuses d'intérêt général ». Ce faisant, il peut créer un véritable ordre public international de source communautaire puisqu' « *il n'y a (...) aucune raison pour que ces principes soient limitées aux relations intracommunautaires, ces principes construisant petit à petit un ordre public communautaire au sens du droit international* »⁸¹⁵. Suivant ce raisonnement, l'on pourrait s'interroger sur l'appartenance du motif reconnu d'intérêt général tenant à la protection des consommateurs ou des travailleurs à cet ordre public international⁸¹⁶.

⁸¹³ V. par ex. l'article 6, par. 2 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JOCE* n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34; *RCDIP* 1993, p. 495), l'article 12, paragraphe 2, de la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, *JOCE* n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19). Pour une analyse de ce type de clauses, V. *infra*, n° 508 et s.

⁸¹⁴ En somme, notre position concernant les lois de police communautaires se trouve logiquement être la même que celle que nous avons retenue pour les lois de police en général. C'est dire qu'elles doivent demeurer exceptionnelles puisqu'elles contrarient l'objectif d'harmonie internationale des solutions.

⁸¹⁵ « Ordre public et lois de police (...) » préc. note 793, spéc. p. 92.

⁸¹⁶ V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », in *Le droit international privé* :

Toutefois, les organes communautaires n'ont jamais explicitement fait référence à ce concept à propos des valeurs sous-tendant les raisons impérieuses d'intérêt général.

En tout état de cause, le concept nous semble désigner un contenu et doit être distingué de la technique même de l'exception d'ordre public international. En effet, le recours à l'ordre public international en tant que mécanisme d'exception visant à évincer la loi normalement applicable nous semble de peu d'utilité dans le domaine des contrats. Le contexte communautaire pourrait bien renforcer ce constat. Il pourrait en effet encourager un affinement des règles de conflit de telle sorte que celles-ci prennent en charge les exigences liées à l'ordre public au stade de la désignation de la loi applicable⁸¹⁷. Ainsi l'ordre public n'apparaîtrait plus comme un élément perturbateur de l'harmonie internationale des solutions. Dès lors, tout au plus le concept d'ordre public international communautaire pourrait-il servir à désigner un contenu, sans qu'y soit attachée une fonction particulière. La notion serait purement descriptive.

L'idée de vouloir assimiler les exigences impératives d'intérêt général à des lois de police semble en tout cas relativement facilement pouvoir être écartée. En est-il de même en ce qui concerne l'assimilation des objectifs fondamentaux du droit primaire à des lois de police ?

§ III : Rapports entre lois de police et unilatéralisme du droit primaire.

271. M. RODIERE fut sans doute l'un des premiers auteurs à établir un lien entre les concepts d'ordre public et d'impérativité et la question de la sphère d'application spatiale des dispositions du traité incarnant les objectifs fondamentaux du droit communautaire. Ces objectifs fondamentaux sont le principe de non discrimination, qui figure à l'article 12 TCE, et celui de libre circulation. Analysant les arrêts *Walrave*⁸¹⁸, *Prodest*⁸¹⁹ et *Lopes da Veiga*⁸²⁰⁸²¹, il estime en effet qu'« (...) en réclamant l'application du principe de non discrimination, même en l'absence de localisation du rapport de travail dans la Communauté, si ce rapport garde un lien suffisamment étroit avec celle-ci, la Cour de justice cherche proprement à déterminer le champ d'application dans l'espace d'un principe ayant valeur fondamentale

esprit et méthodes, mél. en l'honneur de P. LAGARDE, Dalloz, 2005, p. 781, spéc. p. 797. L'auteur évoque, en raisonnant à partir des directives consuméristes qui comportent des indications sur leur impérativité au regard du droit international privé, l'existence d'un ordre public international communautaire.

⁸¹⁷ Sur les perspectives d'une évolution générale des règles de conflit en ce sens, V. *infra*, n° 59.

⁸¹⁸ CJCE, 12 décembre 1974, aff. 36/74, *Rec.*, p. 1405, *Dr. soc.* 1975, p. 346, note G. LYON-CAEN ; *RTDE* 1976, p. 719 et V. p. 635, UBERTAZZI, « Le domaine matériel du droit communautaire » ; *adde* TOUFFAIT, *D.* 1976, *chron.*, p. 165.

⁸¹⁹ CJCE, 12 juillet 1984, aff. 237/83, *Rec.*, p. 3153.

⁸²⁰ CJCE, 27 septembre 1989, aff. 9/88, *Rec.*, p. 2989.

⁸²¹ Sur ces arrêts, V. *supra*, n° 145 et s.

dans l'ordre juridique communautaire. »⁸²² Il est incontestable que le principe de non discrimination revêt une importance capitale en droit communautaire substantiel. Et l'on sait qu'en droit communautaire, la délimitation du domaine spatial des libertés fondamentales est intimement liée aux objectifs qu'elles poursuivent.

272. L'approche unilatérale ainsi que l'importance des objectifs fondamentaux en cause dans ces décisions invite à faire le rapprochement avec les lois de police. En effet, l'on sait que ces dernières se caractérisent essentiellement par leur technique d'applicabilité qui est empruntée à la méthode unilatérale ainsi que par l'importance de la teneur même de la règle. M. PATAUT soulève précisément cette question, à laquelle invitait dans une certaine mesure le raisonnement adopté par la Cour de justice dans l'arrêt *Boukhalfa*⁸²³. Dans cette affaire, on se souvient qu'une ressortissante belge, employée par l'ambassade d'Allemagne, travaillait à Alger. Les règles de conflit allemandes applicables désignaient le droit algérien comme étant applicable à la relation de travail, alors que si l'employée avait été de nationalité allemande, elle aurait été soumise au droit allemand, plus favorable que le droit algérien. Aux fins de répondre à la question de savoir si le principe de non discrimination pouvait être invoqué dans cette situation, la Cour énonce que ce principe « (...) s'applique à un ressortissant d'un Etat membre qui vit dans un pays tiers de manière permanente, qui est employé par un autre Etat membre dans son ambassade dans ce pays tiers et dont le contrat de travail a été conclu sur place et y est exécuté de manière permanente, et ce pour tous les aspects de la relation de travail qui sont régis par la législation de cet Etat membre employeur ». Par conséquent, la salariée doit bénéficier de ce principe. La règle de conflit allemande est donc neutralisée en ce qu'elle ne soumet pas les ressortissants des autres Etats membres de l'Union au même sort que les ressortissants allemands.

Comme le souligne M. PATAUT⁸²⁴, le raisonnement de la Cour, centré sur la localisation du rapport de travail, conduisait à s'interroger sur le point de savoir si celle-ci n'avait pas entendu conférer un champ d'application particulier au principe de non discrimination,

⁸²² V. RODIERE, « Domaine spatial du droit social européen », *TCFDIP* 1990/1991, éd. A. Pédone 1992, p. 45-63, spéc. p. 52, n° 15. Lors des débats suivant la communication de M. RODIERE, M. LAGARDE a d'ailleurs pertinemment soulevé la question de l'appartenance du principe de non discrimination à un ordre public communautaire, en tout cas au stade de la reconnaissance des jugements. (*TCFDIP* préc., spéc. p. 60). L'hypothèse décrite par l'auteur ne s'est à notre connaissance jamais présentée à la Cour. Et pour ce qui est de l'exception d'ordre public dans le cadre du conflit de lois, l'approche unilatérale qu'elle adopte exclut, techniquement, qu'elle puisse y recourir.

⁸²³ CJCE, 30 avril 1996, *Boukhalfa c/Allemagne*, aff. C-214/94, *Rec.* 1996, I-2253. Sur cet arrêt, V. également les développements *supra*, not. n° 146.

⁸²⁴ V. l'analyse menée par l'auteur : « Lois de police et ordre juridique communautaire » in (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz actes, 2004, p. 117-143, spéc. p. 135.

permettant de le qualifier de loi de police. Ce parallèle est pourtant très vite écarté à juste titre par l'auteur. En effet, en l'espèce, l'objet de la condamnation est la règle de conflit allemande elle-même qui était ouvertement discriminatoire. C'est donc la règle de droit international privé allemande qui est l'objet du contrôle opéré par la Cour de justice. Les précisions localisatrices n'ont pas pour fonction d'assurer un domaine spatial exorbitant au principe de non discrimination. Simplement, l'enseignement de cet arrêt est que ce principe s'applique indistinctement aux règles substantielles et conflictuelles des Etats membres.

273. La démarche de la Cour est identique à celle qu'elle utilise constamment dans le cadre de son interprétation téléologique en vue d'assurer un effet utile au droit communautaire. Elle n'a rien de commun avec le raisonnement conflictualiste qui part d'une situation juridique et s'interroge sur la loi qui lui est applicable. Alors que les lois de police revendiquent leur application à l'occasion d'un contentieux, plus précisément, dans un contexte de conflit de lois, les libertés communautaires ne se trouvent pas en situation de conflit avec un autre ordre juridique. La question soumise au juge communautaire ne se présente pas sous la forme d'un conflit de lois à résoudre. En effet, par hypothèse, pour qu'une règle de conflit intervienne, cela suppose que deux ordres juridiques soient en concours. Etant donné que le droit communautaire est fonctionnel (en ce sens qu'il repose tout entier sur des objectifs bien déterminés) et partiel, il n'est pas en mesure d'entrer en conflit avec un ordre juridique quelconque. Rappelons que la Cour est en charge notamment d'interpréter les dispositions du traité, ce qui inclut, le cas échéant, la délimitation de sa sphère d'application spatiale. Il faut bien en effet garder à l'esprit l'originalité du contexte procédural d'intervention de la Cour. Dans le cadre des questions préjudicielles qui lui sont posées, sa fonction ne consiste pas à répartir la compétence législative entre ordres juridiques. On lui demande ouvertement de se prononcer sur le domaine d'application spatiale du traité. Il en résulte que son approche ne peut être par nature qu'unilatérale.

Certes, à l'instar des lois de police, on pourrait dire que l'efficacité des objectifs fondamentaux du droit communautaire commande un certain champ d'application particulier. Mais tandis que les lois de police se présentent avant tout comme une exception aux règles normales permettant de déterminer la loi applicable, cette exception se caractérisant par des critères de rattachement dérogeatoires au droit commun, il en va différemment en droit communautaire primaire. En effet, la méthode téléologique empruntée par le droit primaire, par nature unilatérale, lui sert à affirmer son existence même, à conférer un effet utile au droit primaire. Et ceci passe nécessairement par l'identification de son domaine d'application

spatiale. Il ne s'agit pas de déroger à des règles qui permettraient de désigner normalement la loi applicable au rapport en cause puisqu'il n'y a pas de conflit de lois à résoudre.

Pour ces raisons, il nous semble que le mode de délimitation de la sphère d'application spatiale des libertés communautaires est étranger au phénomène des lois de police. Mais si la démarche unilatérale retenue par le droit communautaire en vue de conférer l'effet utile aux dispositions du traité est la seule concevable, il pourrait bien en aller autrement en ce qui concerne le droit dérivé, en particulier les directives, qui elles, ont vocation à être intégrées dans les divers droits nationaux. En effet, dès lors que le ressortissant d'un Etat membre sera impliqué dans une situation juridique contractuelle débordant le cadre de cet Etat, il sera nécessaire, le cas échéant, de déterminer la loi applicable à cette situation. Et ce conflit de lois pourra naturellement impliquer des normes nationales adoptées sur le fondement de directives communautaires qui pourront comporter éventuellement des indications concernant leur impérativité.

Section II : *La détermination du champ d'application spatial des normes impératives du droit dérivé (hors droit de la consommation).*

274. Bien qu'entretenant des liens très étroits avec le droit primaire, notamment dans la mesure où il a pour objet de permettre de réaliser les objectifs prévus dans le traité, le droit dérivé devrait *a priori* être moins marqué que le droit primaire par les spécificités du raisonnement communautaire au regard de la détermination du domaine d'application spatial des normes. En effet, on a vu que ces spécificités étaient liées à la configuration juridique propre au droit communautaire. En revanche, en droit dérivé, le législateur communautaire intervient essentiellement dans des domaines connus de tout législateur « ordinaire », même si le droit communautaire ne recourt pas aux classifications juridiques auxquelles sont habitués notamment les juristes français. En outre, contrairement à ce que l'on a observé en droit primaire, les directives ont vocation à être transposées dans les ordres juridiques des divers Etats membres⁸²⁵. Dès lors, le raisonnement unilatéraliste exprimant le principe de l'effet utile du droit communautaire ne devrait plus trouver sa place en droit dérivé, où la question de la délimitation du domaine d'application spatial des normes se pose dans les mêmes termes à tout producteur de normes. C'est dire qu'*a priori*, les outils traditionnels du droit international

⁸²⁵ Ce sont en effet essentiellement les directives qui nous retiendront puisqu'elles sont l'instrument privilégié d'intervention du droit communautaire en droit privé. Il n'est cependant pas exclu que des règlements communautaires intéressent le droit privé et aient donc des incidences sur les conflits de lois de droit privé. V. par ex. en droit de la concurrence (V. *supra*, n° 256 et s.) ou encore le règlement 295/91/CEE du Conseil du 4 février 1991 établissant des règles communes relatives à un système de compensation pour refus d'embarquement dans les transports aériens réguliers, (JOCE n° L 36 du 8 février 1991, p. 5-7).

privé devraient être efficaces pour déterminer la loi applicable aux rapports juridiques contractuels impliquant le droit communautaire. Et parmi ces outils figurent naturellement ceux qui intéressent l'ordre public.

275. Cependant, l'on peut se demander si la configuration communautaire, qui pourrait être présentée très sommairement, dans le domaine harmonisé du moins, comme étant constituée d'une pluralité de règles tenues pour équivalentes, n'appellerait pas un traitement particulier au regard du conflit de lois. Cette perspective conduit alors à dissocier les rapports qui se nouent au sein de l'Union et ceux qui se nouent entre Etats membres et Etats tiers. Elle tend par ailleurs à assigner à la méthode bilatérale traditionnelle une fonction particulière.

Ainsi, en droit dérivé, c'est dans une double perspective que doivent être analysés les rapports entre ordre public et impérativité d'un côté et droit international privé communautaire de l'autre : l'une tend à envisager la fonction particulière que pourrait assumer la méthode bilatérale dans les relations intracommunautaires (§ I) ; l'autre est beaucoup plus classique et conduit à s'intéresser au domaine de la méthode unilatérale en tant qu'expression de l'impérativité internationale de normes communautaires (§ II).

§ I : Recherches sur la fonction de la méthode bilatérale dans les relations intracommunautaires.

276. L'idée d'accroître la place de la méthode bilatérale dans un contexte juridique caractérisé par l'existence d'un socle juridique commun entre Etats membres paraît assez naturelle, puisque l'on sait que Savigny a précisément conçu son système de résolution des conflits de lois en raisonnant à partir d'ordres juridiques marqués par l'existence d'une communauté de droit.

Un tel système postule cependant une césure entre les relations intracommunautaires et les autres, ce qui ne s'impose pas d'emblée. C'est pourquoi il mérite réflexion. Cette idée invite cependant à s'interroger sur la manière dont les règles de conflit bilatérales pourraient servir les objectifs communautaires et ainsi se voir assignées une fonction inédite. Un exemple en est fourni en droit positif par le droit des assurances. Celui-ci retiendra donc notre attention (B) après avoir présenté la voie consistant à élaborer des règles de conflit bilatérales propres aux relations intracommunautaires (A).

A. Une voie nouvelle à explorer.

277. S'interrogeant sur le moyen le plus adapté en vue de procéder à la transposition, dans les divers ordres juridiques nationaux, des directives communautaires, Mme FRANCO présente

notamment dans sa thèse une voie à ce jour inexploitée⁸²⁶. Estimant que le contexte communautaire offrirait un cadre propice à l'expérimentation d'une méthode inédite, elle s'interroge sur la viabilité d'une technique consistant à combiner la méthode unilatérale avec la méthode bilatérale.⁸²⁷ L'auteur, généralement hostile à la méthode bilatéraliste, voit dans la problématique de la transposition des directives communautaires un domaine privilégié pour cette méthode, dans la mesure où le contexte ayant présidé à l'élaboration de la célèbre théorie de SAVIGNY pourrait bien se retrouver en droit communautaire, en raison de l'existence d'une communauté de droit. Pour intéressant qu'il soit, le système ainsi présenté (2) et qui repose sur un fondement solide (1) n'est pas à l'abri de la critique (3).

1. Fondement du système intracommunautaire de résolution des conflits de lois.

278. On sait que c'est autour de l'existence d'une communauté de droit qu'est bâtie toute la théorie de SAVIGNY. Ce dernier décrit cette communauté de droit, reposant sur le caractère commun des institutions occidentales⁸²⁸, comme étant marquée par l'influence de la chrétienté et du droit commun (romain), conférant ainsi un « ciment » commun aux pays occidentaux. C'est cette notion de communauté de droit qui explique que les rapports de droit soient envisagés de façon abstraite et qui permet de conférer à ceux-ci une place essentielle dans la construction doctrinale, qui consiste précisément à partir d'un rapport de droit pour en déterminer le siège, lequel permettra de désigner, de façon abstraite et neutre, la loi applicable. En outre, SAVIGNY évoque la réciprocité dans les relations entre les Etats reposant sur une même communauté de droit, conduisant ceux-ci à admettre l'application d'une « loi-sœur » sur leur territoire national respectif⁸²⁹.

L'auteur fait l'analogie entre le contexte savignien et le droit communautaire. Il est évident, en effet, que celui-ci a incontestablement rapproché les législations nationales respectives des Etats membres. Cependant, ce rapprochement ne mène pas à l'unité de législation puisque

⁸²⁶ *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, éd. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, spéc. p. 456 et s.

⁸²⁷ A l'occasion de la présentation de cette technique, l'auteur atténue l'opposition entre les méthodes bilatéraliste et unilatéraliste. On sait que la première est présentée comme ayant pour père SAVIGNY. Mais pour Mme FRANCO, si certes sa préférence va pour cette méthode, initialement, il les considère comme étant équivalentes. (V. sa thèse préc. note précédente, notamment p. 40 et 467.) Elle renvoie à l'ouvrage de C. F. von SAVIGNY: *Traité de Droit Romain* (trad. Guénoux, 1856) réédité récemment : Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002, p. 5 et s. Mais il faut reconnaître que cette préférence pour la méthode bilatérale est clairement exprimée par l'auteur dans le passage qui suit : « *On se convaincra que le point de vue dominant de la législation et de la pratiques modernes n'est nullement le maintien jaloux de leur autorité exclusive ; mais qu'au contraire, il existe une tendance à une communauté du droit véritable, c'est-à-dire à juger les cas de collision d'après la nature intime et la nécessité de chaque rapport de droit, sans égard aux limites des différents Etats et de leurs lois* » V. *Traité de Droit Romain*, t. VIII, 1849 (trad. Guénoux, 1856), par. 361.

⁸²⁸ Pour SAVIGNY, ces institutions reposent sur l'esprit d'un peuple (le *Volksgesit*). La communauté juridique décrite par SAVIGNY est tributaire de l'existence d'une communauté sociale. V. C. F. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, t. I, 1840, p. 16 et 17.

⁸²⁹ *Traité de droit romain* préc. note 827, t. VIII, p. 31.

l'on sait que les directives sont en particulier l'instrument privilégié utilisé dans le cadre du rapprochement des législations en matière de droit privé. Il n'en reste pas moins que dans le domaine harmonisé au moins, les dispositions nationales sont rigoureusement tenues pour interchangeables, fermant ainsi la porte à toute possibilité, pour l'Etat d'accueil, d'exiger le respect d'une disposition nationale dans le domaine ayant fait l'objet d'une mesure d'harmonisation. Et, plus largement, on sait que le test d'interchangeabilité joue une place importante dans le cadre du contrôle de proportionnalité⁸³⁰.

279. C'est ainsi qu'un auteur en appelle, à propos des règles de conflit de source communautaire, au concept de conflit interne de type interrégional⁸³¹. Celui-ci estime que les règles de conflit de lois communautaires préfigurent la construction politique de l'Europe. Il voit des signes de sa thèse selon laquelle le législateur communautaire résoudrait des conflits internes notamment dans la retenue dont les juges nationaux doivent faire preuve dans la mise en œuvre de leurs lois de police. Dans un tel contexte, les relations entre les Etats membres sont marquées par un devoir de solidarité⁸³², qui les conduit à traiter de la même manière leurs lois nationales et les lois des autres Etats membres, reléguant les considérations nationales au second plan. Cette spécificité du conflit de lois communautaire conduit l'auteur à envisager l'élaboration d'un corps de règles de conflit applicable aux relations intracommunautaires et un autre, élaboré dans le cadre national, applicable aux situations impliquant un Etat tiers⁸³³.

2. Présentation du système intracommunautaire de résolution des conflits de lois.

280. Concrètement, le mécanisme présenté par Mme FRANCO⁸³⁴ aurait vocation à s'appliquer dans le contexte de la transposition des directives et serait ainsi conçu : le législateur communautaire devrait lui-même élaborer des règles de conflit bilatérales dont le domaine serait limité à celui de la directive à laquelle elles seraient rattachées. Elles se distingueraient des règles de rattachement traditionnelles par le caractère ciblé de la catégorie de rattachement, ainsi que de l'ordre juridique désigné par la règle de rattachement. En effet, ces règles de conflit – qu'il conviendrait de qualifier de « régionales » – seraient spécialement conçues pour désigner la loi de transposition applicable. Elles ne permettraient donc pas de désigner la loi d'un Etat tiers. Enfin, le choix du facteur de rattachement serait tributaire des

⁸³⁰ V. *supra*, n° 107.

⁸³¹ LEFRANC (D.) : « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », *RCDIP* 2005, p. 413.

⁸³² Ce principe de solidarité a pour siège l'article 10 TCE, duquel dérive le principe de reconnaissance mutuelle. Ce dernier invite les Etats membres à un traitement de façon rigoureusement égale la loi étrangère et la loi nationale. Ce principe serait une concrétisation des relations privilégiées entretenues par les Etats appartenant à une même communauté de droit décrites par Savigny.

⁸³³ D. LEFRANC, *op. cit.*, spéc. p. 440.

⁸³⁴ V. thèse préc. note 826, p. 470 et s.

critères d'applicabilité (matériel, spatial, personnel) et des objectifs de la directive⁸³⁵. L'exemple qui vient immédiatement à l'esprit à cet égard est la directive *timesharing* qui impose le respect des règles protectrices en vigueur dans l'Etat membre de situation de l'immeuble.

Au plan technique, la méthode ainsi proposée présenterait l'originalité de combiner les méthodes unilatérale et bilatérale. Du point de vue de l'ordre juridique communautaire, le domaine d'application spatiale de la directive est défini unilatéralement. Dans les rapports entre l'ordre juridique communautaire et les Etats tiers, seule cette méthode aurait vocation à entrer en jeu. En revanche, dans les relations intracommunautaires, le système permettrait de désigner, suivant un modèle bilatéral, la loi de transposition applicable.

281. L'auteur voit dans ce système un moyen *a priori* efficace en vue de respecter au mieux le domaine d'application spatial de la directive en cause. En outre, les critiques généralement adressées à la méthode bilatérale seraient infondées dans un tel domaine clairement circonscrit. En effet, il est reproché à cette méthode d'être utilisée dans un contexte déconnecté de celui ayant présidé à son élaboration⁸³⁶. Par ailleurs, les auteurs prônant généralement l'unilatéralisme sont plus enclins à admettre le recours à la règle bilatérale lorsque celle-ci est formulée à l'échelle de chaque directive. En effet, alors conçue comme une sorte d'« accessoire » à la règle matérielle, elle est mieux à même d'en exprimer de façon adéquate le champ d'application spatiale. Ainsi, il ne peut leur être reproché de ne pas prendre en compte le domaine d'application spatiale de la norme matérielle⁸³⁷. Au demeurant, l'auteur propose d'opérer le choix du facteur de rattachement en fonction du domaine d'application de la directive et de ses objectifs. Enfin, la volonté d'application de la loi étrangère ne serait pas bafouée, comme on a pu le reprocher à la théorie bilatéraliste, puisque les lois en conflit ne seraient pas à proprement parler étrangères mais « sœurs ». Ces quelques avantages théoriques ne doivent cependant pas masquer les nombreux inconvénients de la méthode.

3. Appréciation critique.

282. On constate d'emblée que la méthode bilatérale envisagée dans le système qui vient d'être décrit est utilisée dans un contexte inhabituel en ce sens qu'elle est mise au service du

⁸³⁵ En ce sens, il s'agirait d'une règle de conflit substantielle. V. *op. cit.*, p. 472.

⁸³⁶ V. not. A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993-II, p. 9-116, spéc. p. 61 et s., n° 32 et s.

⁸³⁷ V. en ce sens S. FRANCO, thèse préc. note 826, p. 469. L'auteur estime au demeurant que SAVIGNY n'était pas indifférent à la question du respect du domaine d'application des lois puisqu'il tenait finalement l'approche bilatérale pour équivalente à la méthode unilatérale. D'ailleurs, on remarquera que dans le système proposé par l'auteur, l'hypothèse de la formulation multilatérale est constituée des dispositions matérielles de la directive et non d'un rapport de droit. Il marquerait donc la jonction entre l'unilatéralisme et le bilatéralisme.

respect du domaine d'application spatiale de la directive, ce qui constitue la préoccupation principale des doctrines unilatéralistes. La méthode est donc quelque peu dénaturée.

La proposition est intéressante mais suscite un certain nombre de réserves, liées à son utilité. Il faudrait préciser d'abord que ces règles de conflit bilatérales, pour autant qu'elles auraient vocation à s'appliquer en matière contractuelle, devraient se limiter à déterminer les dispositions impératives (au sens du droit interne uniquement), et non les dispositions simplement supplétives de volonté. Il n'y a en effet aucune raison d'empêcher les parties de se prévaloir de la liberté de choix de la loi applicable à leur contrat. Bien au contraire, on a vu que le droit communautaire était sensible à ce principe. Ce n'est qu'à défaut de choix que les règles de conflit bilatérales évoquées ici s'appliqueraient même en matière de dispositions supplétives de volonté.

Ensuite, indépendamment du souci du respect du domaine d'application spatiale voulu par le législateur⁸³⁸, pour être véritablement efficace, ce système devrait être capable de résoudre les véritables problèmes soulevés dans le contexte de la mise en œuvre des règles de conflit de lois dans les relations entre Etats membres. Notamment, il faudrait qu'elles permettent de se dispenser de la batterie de tests applicable en matière d'entraves⁸³⁹. Aussi bien, si dans l'esprit de l'auteur, tel n'est pas le cas, l'intérêt du système s'en trouve restreint.

283. Mais surtout, le système, ajouté au panorama juridique actuel, risque d'aboutir à un ensemble particulièrement complexe. En effet, il faudrait distinguer selon que l'on est en présence d'une situation intracommunautaire ou non. Plus largement, il faudrait vérifier que l'on se trouve dans l'hypothèse de la règle de rattachement, à savoir, ses domaines matériel et spatial. Et il se pourrait que le facteur de rattachement adéquat mène à la désignation de la loi d'un Etat tiers, ce qui rendrait inutile la démarche consistant à identifier le domaine de la directive, puisque l'on a vu que ces règles de conflit ne sauraient être efficaces dans ce cas⁸⁴⁰. Ensuite, la mise en œuvre de la règle bilatérale prévue dans une directive devra se combiner le plus souvent avec la règle de conflit générale, et, le cas échéant, souvent aussi avec d'autres règles bilatérales spéciales rattachées à d'autres directives sectorielles. Enfin, si ces règles

⁸³⁸ Si l'auteur semble approuver le système notamment parce qu'il permet de respecter le domaine d'application spatiale des directives, cette préoccupation est pour nous secondaire. C'est pourquoi elle n'entre pas en ligne de compte dans notre appréciation sur les avantages et les inconvénients de la méthode.

⁸³⁹ Sur ces tests, V. *supra*, n° 107.

⁸⁴⁰ Cependant, dans la mesure où, selon l'auteur, les facteurs de rattachement choisis doivent refléter le domaine d'application spatial de la directive, il se peut qu'il faille insérer des règles de rattachement subsidiaires. Par exemple, si une directive « se veut » applicable soit lorsque l'acheteur réside dans la Communauté, soit lorsque l'offre est faite dans la Communauté, le facteur de rattachement fondé sur le lieu de résidence habituelle du consommateur ne jouera pas lorsqu'il aboutira à la désignation de la loi d'un Etat tiers. Alors il faudra faire intervenir le facteur de rattachement fondé sur la localisation de l'offre. V. thèse préc. note 826, p. 471.

n'ont pas vocation à trancher la question des entraves, il faudrait encore mettre en œuvre les tests en la matière avant (enfin !) de pouvoir dire quelle(s) loi(s) est/sont applicable(s) à la situation juridique sous examen.

Il nous semble que la sécurité juridique n'aurait rien à gagner si un tel schéma devait être retenu. Si l'on suit parfaitement l'auteur en ce qui concerne le parallèle avec le contexte du 19^{ème} siècle, en revanche, des différences importantes échappent à son analyse. En particulier, le droit du 19^{ème} siècle (incarné par des règles de droit générales, abstraites, permanentes et donc en quantité raisonnable) n'est en rien comparable avec celui du 21^{ème} siècle marqué par une surspécialisation croissante. Il ne nous semble pas opportun de procéder à un éclatement de la règle de conflit en vue de refléter cette surspécialisation du droit interne.

284. Au contraire, il nous semble qu'aujourd'hui, bien que la principale méthode du droit international privé fasse l'objet de nombreuses attaques, qui conduisent notamment à remettre en cause les spécificités du droit international privé par rapport au droit interne, ce dernier pourrait encore tirer avantages des méthodes et objectifs du droit international privé. En effet, le principe abstrait de prévisibilité des solutions et celui de sécurité juridique devraient commander le choix des méthodes de droit international privé. Il devrait en être ainsi particulièrement en droit communautaire, qui plus est en matière contractuelle, puisque l'on a vu que l'objectif de création d'un marché intérieur requérait la sécurité juridique. C'est pourquoi, selon nous, l'élaboration de règles de conflit dans le contexte communautaire doit viser avant tout à assurer la sécurité juridique. Or si la règle de conflit bilatérale nous paraît la mieux adaptée à cette fin, c'est à condition de ne pas être démembrée en une multitude de règles de conflit spéciales dont la combinaison serait délicate. Ce qui importe avant tout, c'est que les relations nouées entre les personnes privées notamment dans le cadre communautaire bénéficient de la sécurité juridique. Il faudrait donc chercher à simplifier les règles de conflit, ce qui milite contre leur éclatement. A cette fin, il faudrait déterminer le dénominateur commun à chacune des directives se rapportant à une matière donnée. Par exemple, en matière de politique de protection des consommateurs, il faudrait cibler les hypothèses où le droit communautaire entend protéger le consommateur et non pas s'attacher à refléter le domaine précis d'application spatiale de chaque directive (ce qui constitue le point de départ de la méthode unilatérale). Ainsi, de l'ensemble des directives adoptées en cette matière semble se dégager le principe selon lequel le consommateur ayant sa résidence dans l'Union doit être protégé⁸⁴¹.

⁸⁴¹ Pour une analyse des critères d'application spatiale de certaines directives consuméristes, V. *infra*, n° 508 et s.

Si le schéma présenté par l'auteur est inédit, il n'est pas sans rappeler le jeu des règles de conflit spéciales adopté en droit des assurances.

B. Le droit positif : l'exemple des règles de conflit en matière d'assurance.

285. En droit des assurances, le législateur communautaire a créé des règles de conflit propres à servir ses objectifs. Il y a eu en quelque sorte instrumentalisation du droit international privé en vue de servir les objectifs du droit communautaire. Pour qui recherche une combinaison fructueuse entre les deux matières, l'étude de ces directives s'impose naturellement. Avant d'aborder le système complexe mis en place par le législateur communautaire (2), une présentation générale des directives s'impose (1). Mais il faudra surtout décrypter ces règles pour comprendre la philosophie qui les sous-tend (3) pour en tirer des leçons quant aux fonctions que pourrait assumer les règles de conflit bilatérales dans le contexte communautaire (4).

1. Présentation générale des directives « assurance ».

286. Après une première directive relative au rapprochement des réglementations de droit public concernant l'accès et l'exercice des activités d'assurance autre que l'assurance sur la vie⁸⁴², suivie d'une première directive en matière d'assurance vie⁸⁴³, le législateur communautaire s'est intéressé à la coordination des législations concernant l'exercice des activités d'assurance, en élaborant un jeu de règles de conflit de lois propre à la matière⁸⁴⁴. Le

⁸⁴² Directive 73/239/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et son exercice (*JOCE* n° L 228 du 16 août 1973, p. 3) modifiée par la directive 87/344/CEE (*JOCE* n° L 185 du 4 juillet 1987, p. 77).

⁸⁴³ Directive 79/267/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité d'assurance directe sur la vie et son exercice (*JOCE* n° L 63 du 13 mars 1979, p. 1).

⁸⁴⁴ V. not., parmi l'abondante littérature consacrée aux règles de conflit de lois insérées dans les directives communautaires, et pour s'en tenir à la langue française, V. HEUZE, « Le droit international privé du contrat d'assurance : les conflits de lois », in J. BIGOT (dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3, LGDJ 2002, chap. XX, p. 1401 et s., n° 2011 et s., spéc. p. 1430 et s., n° 2040 et s. ; « Le droit des assurances », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 243. N. AUCLAIR, *La loi applicable au contrat communautaire d'assurance*, thèse dact. Paris I, 1999. B. DUBUISSON, *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace communautaire intégré*, thèse dact. Louvain-la-Neuve, 1994 ; « Unité ou diversité des notions d'intérêt général, d'ordre public et de normes impératives dans les directives communautaires relatives aux assurances » in *L'Europe des assurances*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 187 ; « L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance – la réaction thermidorienne », *RGAT* 1995, p. 809 ; « La distribution transfrontière des produits d'assurance : Plongée en eaux troubles », *Gaz. Pal.* 1997, p. 480. LEVIE, *Droit européen des assurances*, Bruylant, Bruxelles, 1992. Y. LOUSSOUARN, « Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988 », *RGAT* 1989, p. 293. M. FALLON, « La loi applicable au contrat d'assurance selon la directive du 22 juin 1988 », *RGAT* 1989, p. 242. LAENERTS, « La loi applicable à la libre prestation de services en matière d'assurance vie », *Annales de droit de Louvain*, T. L. 1990, p. 155. RIPOLL, « Les conflits de lois en matière de droit des assurances », *TCFDIP* 1990, p. 171. *L'application du droit du contrat d'assurance dans le marché unique européen*, 12^{ème} colloque international du CEA, LGDJ-RGAT, 1992. C.-J. BERR : « Droit européen des

droit privé des contrats d'assurance est donc directement concerné⁸⁴⁵. On présentera brièvement les directives sous l'angle du droit international privé (a) puis sous l'angle du droit communautaire (b).

a) *L'approche internationaliste.*

287. Le dispositif est concentré précisément sur la détermination des dispositions impératives. Le législateur communautaire a édicté des règles de conflit visant à assurer la protection des preneurs d'assurance⁸⁴⁶. Outre leur complexité⁸⁴⁷, leur originalité réside dans le procédé visant à restreindre rigoureusement l'autonomie de la volonté. La méthode alors retenue par le législateur communautaire n'est pas la même que celle présentée plus haut, puisqu'il n'a pas conçu explicitement des règles bilatérales permettant de désigner, parmi les Etats membres, la loi applicable en matière de contrats d'assurance. En outre, ces règles doivent faire l'objet d'une transposition dans les divers ordres juridiques nationaux. Cependant, à l'instar de ce que l'on a vu plus haut, les règles de conflit prévues dans les directives sont formulées de façon unilatérale à l'égard des Etats tiers, mais sont en revanche bilatérales dans les relations entre Etats membres. Pour cette dernière raison, elles devraient obliger, en principe, les Etats membres à résoudre le conflit de lois lorsqu'il est question de désigner la loi d'un autre Etat membre. Reste que la plupart des Etats membres ont eu recours à la méthode unilatérale lors de la transposition des directives⁸⁴⁸. Tel est le cas du droit français⁸⁴⁹. Ainsi, le juge français

assurances : la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation des services », *RTDE* 1988, p. 671. PARLEANI, *Juridictionnaire Joly*, v. « Assurance ».

⁸⁴⁵ V. notamment le considérant 7 de la directive « non vie » préc. note 842.

⁸⁴⁶ Pour l'assurance non vie, V. la deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE (*JOCE* n° L 172 du 4 juillet 1988, p. 1-14), articles 7 et 8. Ces deux textes sont reproduits à la *RCDIP* 1989, p. 145 avec les observations de P. LAGARDE. La directive 88/357 a été modifiée par la directive 92/49/CEE du 18 juin 1992 (*JOCE* 1992, n° L 228, p. 1), mais les règles de conflit restent inchangées; pour l'assurance vie, V. la deuxième directive 90/619/CEE du Conseil du 8 novembre 1990 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 79/267/CEE (*JOCE* n° L 330 du 29 novembre 1990, p. 50-61), essentiellement l'article 4. La directive 2002/83 du 5 novembre 2002 (*JOCE* 2002, n° L 345, p. 1) reprend les règles de conflit de la deuxième directive 90/619/CEE.

⁸⁴⁷ Ce qui a conduit une grande majorité de la doctrine spécialisée en matière de droit international privé des contrats d'assurance à critiquer le système ainsi mis en place. V. not. Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, C.-J. BERR, *op. cit.*, V. HEUZÉ, « Le droit international privé du contrat d'assurance : les conflits de lois », in J. BIGOT (dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3, LGDJ 2002, chap. XX, p. 1401 et s., n° 2011 et s., not. p. 1433, n° 2042. En outre, ces directives sont l'occasion de vérifier que celles-ci constituent un piètre instrument en vue de rapprocher les règles de conflit de lois entre les Etats membres. Si, certes, leur précision restreint les risques d'écart entre les lois nationales de transposition, elles laissent ouvertes des options de législations qui n'ont pas toujours été exercées par les Etats membres. (V. V. HEUZE, *op. cit.*, spéc. p. 1433, n° 2042 et note 78.) En cela, on peut d'ailleurs considérer qu'ils ne respectent pas la directive et s'exposent à une action en manquement. Ils laissent donc des « zones d'ombre » que les praticiens découvriront à l'usage...

⁸⁴⁸ V. not. V. HEUZÉ, « Le droit des assurances » préc. note 844, spéc. p. 252.

ne peut se prononcer sur la question de la loi applicable au contrat d'assurance que si la loi française est compétente.

Pourtant, la méthode bilatéraliste utilisée dans la directive impose aux Etats membres de pouvoir déterminer la loi applicable au contrat d'assurance également dans les hypothèses où la *lex fori* n'est pas désignée par les facteurs de rattachement prévus dans les directives. Aussi bien on en déduit qu'il ne saurait recourir aux procédés traditionnellement présentés par la doctrine unilatéraliste en vue de résoudre les problèmes de cumuls et de lacunes soulevés dans le cadre de la méthode unilatérale. En fait, les Etats membres ayant eu recours à l'unilatéralisme n'ont d'autre choix que de « bilatéraliser », au sein de l'Union, les règles de conflit qu'ils ont adoptées⁸⁵⁰. En somme, en ce qui concerne les règles de conflit de lois contenues dans ces directives, la marge de manœuvre laissée aux législateurs nationaux était en l'occurrence relativement mince, nonobstant les quelques options laissées aux législateurs nationaux, dans la mesure où ces règles sont précises⁸⁵¹.

b) *L'approche communautaire.*

288. La lecture des bases juridiques des directives, de leurs considérants ainsi que de leur contenu respectifs enseigne que le législateur communautaire, ici comme dans tous les domaines emprunts de considérations liées à l'ordre public, a recherché un équilibre entre

⁸⁴⁹ V par ex. l'art. L 181-1, 1° du code des assurances selon lequel « Lorsque le risque est situé (...) sur le territoire de la République française et que le souscripteur y a sa résidence principale ou son siège de direction, la loi applicable est la loi française, à l'exclusion de toute autre ».

⁸⁵⁰ En ce sens, V. V. HEUZE, « Le droit international privé du contrat d'assurance (...) » préc. note 847, spéc. p. 1434/1435, n° 2042. Finalement, l'auteur expose la démarche complexe à laquelle devrait se soumettre notamment le juge français s'il doit déterminer la loi applicable à un contrat communautaire d'assurance : dans un premier temps, il doit rechercher dans les dispositions résultant de la loi française de transposition si la loi française « se veut » applicable. Si tel n'est pas le cas, il doit normalement consulter les lois de transposition des autres Etats membres afin de regarder si l'une d'elle se veut applicable ou admet le choix d'une loi tierce. Enfin, il doit vérifier la conformité de la solution retenue en application des lois étrangères aux règles des directives communautaires et résoudre, par application de celles-ci ou, lorsqu'elles offrent au for une option, conformément au droit français, les éventuels problèmes de cumul. Cependant, une autre méthode est envisageable, consistant à appliquer directement les règles de conflit prévues dans les directives (ce qui revient quasiment à bilatéraliser les règles nationales de transposition qui revêtent une formule unilatérale). Mais la logique unilatéraliste empruntée par de nombreux législateurs nationaux devrait conduire à vérifier que la loi ainsi désignée « se veut » bien applicable. En cas de cumul, raisonnant à partir du droit français, M. HEUZE propose de trancher en application de la loi française, conformément au schéma unilatéraliste classique (*op. cit.*, spéc. p. 1435, n° 2042).

⁸⁵¹ Sur le phénomène de précision des directives, restreignant largement la marge de manœuvre des Etats dans le cadre des transpositions nationales et estompant ainsi la différence entre règlements et directives, V. not. D. VIGNES, « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 533-546, not. p. 543. En outre, la jurisprudence communautaire a sans cesse étendu la portée normative des directives. C'est ainsi que le caractère contraignant des directives fonde le principe d'interprétation conforme : V. CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4156 ; elles sont opposables aux organes de l'Etat : V. CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. C-152/84, *Rec.*, p. 723. Sur le caractère normatif des directives, V. not. R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », in F. CAPOTORTI, C.-D. EHLERMANN, J. FROWEIN, F. JACOBS, R. JOLIET, T. KOOPMANS, R. KOVAR (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, p. 359-372.

divers impératifs. En l'occurrence, elles s'inscrivent dans la logique de réalisation du marché intérieur, mais cherchent également à assurer une certaine protection aux preneurs d'assurance.

Les directives « non vie » et « vie » sont basées sur les articles 57, paragraphe 2 et 66 du traité CEE. Le premier considérant de chacune de ces directives exprime bien le lien entre l'entreprise d'harmonisation de la directive et l'objectif de réalisation du marché intérieur.

Les considérants 5, 6 et 11 de la directive « non vie », quant à eux, mettent en évidence le souci de protection des preneurs d'assurance. Mais y apparaît également la préoccupation de cibler ceux-ci de façon à limiter les restrictions devant être apportées au principe de libre circulation des services au sein de la Communauté⁸⁵². Cette dernière préoccupation transparaît notamment dans le considérant 14⁸⁵³ de la directive « non vie », qui règle la répartition entre le domaine respectif de la loi du pays d'origine et du pays de destination de la prestation de service. Celui-ci permet, en l'attente d'une coordination ultérieure, au pays destinataire de la prestation désireux d'offrir une protection supplémentaire au consommateur, d'appliquer ses règles en matière de provisions techniques. Mais cela ne vaut que lorsque la protection paraît justifiée eu égard à la position du preneur d'assurance. En revanche, lorsque la protection ne paraît pas fondée, l'Etat membre de destination de la prestation ne peut pas appliquer ses règles en matière de provisions techniques. Ce sont alors celles en vigueur dans le pays d'établissement (d'origine) du prestataire qui sont seules applicables.

Au-delà de ces considérations classiques en droit communautaire matériel, l'originalité des directives réside dans l'établissement d'un jeu de règles de conflit applicable aux contrats communautaires d'assurance, qu'il faut à présent analyser pour comprendre de quelle manière elles ont été asservies aux objectifs du droit communautaire.

2. Présentation des règles de conflit contenues dans les directives « assurance ».

289. Les règles de conflit adoptées en droit des assurances dérogent au droit commun incarné par la convention de Rome qui exclut de son domaine matériel les contrats d'assurance

⁸⁵² Selon le considérant 5, « *il convient d'accorder aux preneurs d'assurance, qui, en raison de leur qualité, de leur importance ou de la nature du risque à assurer, n'ont pas besoin d'une protection particulière dans l'Etat où le risque est situé, la pleine liberté de faire appel au marché le plus large possible de l'assurance ; (...) il convient, d'autre part, de garantir un niveau adéquat de protection aux autres preneurs d'assurance* ». V. également le considérant 4 de la « directive vie ». Il en ressort qu'une distinction doit être faite selon que le preneur d'assurance a pris ou non l'initiative de souscrire un engagement dans un autre pays. Si tel est le cas, il ne bénéficie pas d'une protection particulière car on estime que par son initiative, il se met sous la protection du système juridique de cet autre pays. Un rapprochement peut être fait avec l'article 5 de la convention de Rome. Le consommateur d'assurance dynamique ne bénéficie donc pas de la protection de la loi de son pays de résidence habituelle.

⁸⁵³ Le considérant 13 de la directive « non vie » prévoit une disposition similaire.

lorsque le risque est situé sur le territoire de la Communauté⁸⁵⁴. Dans la proposition de règlement, cette exclusion ne résulte pas de l'article 1^{er} présentant le domaine d'application matériel de l'instrument, mais de l'article 22 consacré aux relations entre le règlement et les « autres dispositions du droit communautaire ». Ce texte fait un renvoi à une annexe qui réserve le jeu des directives « assurances ». Le législateur communautaire a élaboré deux corps de règles en distinguant l'assurance vie (b) de l'assurance non vie (a).

a) *En matière d' « assurance non vie ».*

290. La deuxième « directive non vie » distingue les grands risques des risques de masse⁸⁵⁵. Seuls ces derniers bénéficient d'un traitement vraiment dérogatoire au regard du conflit de lois. Par ailleurs, les règles de conflit concernent exclusivement l'hypothèse où le risque est situé sur le territoire d'un Etat membre.

L'article 7 de la directive distingue différentes hypothèses. La première, prévue au paragraphe 1, lettre a), est celle où le preneur d'assurance a sa résidence habituelle dans l'Etat où le risque est situé. Dans ce cas, le droit de ce pays est applicable. Si le droit de ce pays le permet, les parties peuvent toutefois choisir la loi d'un autre Etat. Mais au cas où les parties auraient fait usage de cette faculté, l'article 7, paragraphe 1, lettre g) prévoit que ce choix « *ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un seul Etat membre, porter atteinte aux dispositions impératives de cet Etat, c'est-à-dire aux dispositions auxquelles la loi de cet Etat ne permet pas de déroger par contrat.* »

La seconde hypothèse est celle où le preneur d'assurance n'a pas sa résidence habituelle dans l'Etat où le risque est situé. Dans ce cas, selon l'article 7, paragraphe 1, lettre b), les parties peuvent choisir entre ces deux lois. A défaut de choix, c'est la loi de l'Etat de situation du risque qui prévaut (article 7, paragraphe 1, lettre h) *in fine.*) Les parties peuvent

⁸⁵⁴ V. l'actuel art. 1^{er}, paragraphe 3 de la convention de Rome.

⁸⁵⁵ La différence entre les deux rappelle d'une certaine manière la distinction établie en droit de la consommation entre professionnels et consommateurs. Mais en matière de contrat d'assurance, les risques de masse forment une catégorie beaucoup plus large que celle des consommateurs, dans la mesure où elle englobe des professionnels. Le départ entre les deux catégories se fait en fonction de critères tenant à la nature du risque couvert (il s'agit des grands risques « par nature » ; sont visées notamment les assurances de transport autre que routier, quelle que soit l'importance de l'entreprise), ou encore à la taille de l'entreprise, laquelle est déterminée en fonction du bilan de l'entreprise, de son chiffre d'affaires et de ses effectifs en personnel. Si l'entreprise dépasse au minimum deux des seuils fixés pour chacun des paramètres précités, elle relève de la catégorie des « grands risques » (Sur les critères de distinction entre « grands risques » et « risques de masse », V. V. HEUZE, *Traité préc.* note 847, spéc. p. 1458 et s., n° 2064 et s.) La catégorie des « grands risques » obéit à un régime très différent de la catégorie des « risques de masse » au regard du règlement du conflit de lois organisé dans les directives communautaires. Les souscripteurs exposés à titre professionnel à des « grands risques » sont soumis au principe de la liberté de choix de la loi applicable aux contrats d'assurance qu'ils concluent. Ils ne nous retiendront pas dans la suite de l'exposé, dans la mesure où, par là même, ils n'intéressent pas l'ordre public en droit international privé.

éventuellement choisir une autre loi, mais à condition que les deux lois entre lesquelles elles peuvent choisir l'autorisent (article 7, paragraphe 1, lettre d)).

Une troisième hypothèse concerne uniquement les preneurs d'assurance exerçant une activité commerciale, industrielle ou libérale et les contrats couvrant les risques relatifs à ces activités. Si les risques sont situés dans des Etats membres différents⁸⁵⁶, la liberté de choix s'étend aux lois des pays où ces risques sont situés et à la loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance (article 7, paragraphe 1, lettre c)). Si ces lois le permettent, les parties peuvent toutefois choisir une autre loi (article 7, paragraphe 1, lettre d)). A défaut de choix, c'est la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat qui est applicable, étant précisé qu'elle est présumée être celle du pays de situation du risque (article 7, paragraphe 1, lettre h)). Sous la seule réserve du jeu éventuel du renvoi, les règles qui viennent d'être présentées dérogent à l'autonomie de la volonté, le législateur communautaire ayant posé des règles de conflit qui s'imposent aux parties au contrat d'assurance. Tout imprégné d'impérativité qu'il soit au stade de la désignation de la loi applicable, le système n'exclut pas pour autant le jeu des lois de police.

291. En effet, l'article 7, paragraphe 2, alinéa 1 reprend une disposition similaire à l'actuel article 7.2 de la convention de Rome puisqu'il prévoit qu'en tout état de cause, il ne peut être porté « *atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat.* » L'alinéa 2 dispose que « *(s)i le droit d'un Etat membre le prévoit, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi de l'Etat membre où le risque est situé ou d'un Etat membre qui impose l'obligation d'assurance, si et dans la mesure où, selon le droit de ce pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.* »

292. La directive comporte par ailleurs des règles de conflit spéciales en matière d'assurance obligatoire. Ainsi, selon l'article 8, paragraphe 2, « *Lorsqu'un Etat membre impose l'obligation de souscrire une assurance, le contrat ne satisfait à cette obligation que s'il est conforme aux dispositions spécifiques relatives à cette assurance qui sont prévues par cet Etat membre.* » L'article 8, paragraphe 3 précise que la loi prescrivant une assurance obligatoire s'impose même en cas de contradiction avec la loi de l'Etat membre où le risque est situé.

Dans l'hypothèse où le contrat couvre plusieurs risques situés dans des Etats membres différents, dont certains seulement imposent une assurance obligatoire, la règle prévue à

⁸⁵⁶ Si les risques sont répartis sur le territoire de plusieurs Etats membres, le contrat se divise en autant de contrats que de pays où les risques sont situés (article 7, paragraphe 2, alinéa 3).

l'article 7, paragraphe 2, alinéa 3, posant le principe de la scission des contrats, est applicable (article 8, paragraphe 4, lettre a)). Toutefois, l'Etat membre sur lequel un ou des risque(s) est/sont situé(s) mais qui n'impose pas d'assurance obligatoire peut prescrire que le contrat sera soumis dans son ensemble à la loi de l'Etat membre qui impose l'assurance obligatoire (article 8, paragraphe 4, lettre c)).

b) En matière d'assurance-vie.

293. Pour ce qui est de la deuxième directive « assurance vie », le législateur est parti du postulat d'après lequel les preneurs d'assurance résidant sur le territoire d'un Etat membre donné qui prennent l'initiative de se mettre en contact avec un assureur dans un autre Etat membre ont, ce faisant, renoncé à la protection offerte par la loi de leur lieu de résidence. Il en résulte qu'il paraît avoir voulu cibler la catégorie des preneurs d'assurance. Cependant, elle est beaucoup plus large que la notion de consommateur retenue dans la convention de Rome. L'article 4, paragraphe 1 de la directive « vie » pose qu'en principe, la loi applicable aux contrats visés par la directive est celle de l'Etat membre de l'engagement, étant précisé que celui-ci s'entend de « *l'Etat membre où le preneur a sa résidence habituelle ou, si le preneur est une personne morale, l'Etat membre où est situé l'établissement de cette personne morale auquel le contrat se rapporte* »⁸⁵⁷. Mais si le droit de cet Etat le permet, les parties peuvent choisir la loi d'un autre pays. Le paragraphe 2 permet aux parties, lorsque le preneur n'a pas sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat dont il est ressortissant, de choisir la loi de ce dernier Etat.

294. De son côté, le paragraphe 4, alinéa un réserve l'intervention des lois de police du for ; l'alinéa deux envisage le cas des lois de police étrangères. Seule peut être prise en considération à ce titre la loi de l'Etat membre de l'engagement et à condition que cette possibilité soit prévue, semble-t-il, par les règles de droit international privé du for, telles qu'elles résultent des lois nationales de transposition des Etats membres⁸⁵⁸.

295. Une autre disposition de la « directive vie » intéresse le droit international privé. Selon son article 14, paragraphe 4, « *(l)es Etats membres ne peuvent empêcher le preneur de souscrire un engagement autorisé par la réglementation de l'Etat membre de l'établissement, sauf s'il est contraire aux dispositions d'ordre public de l'Etat membre de la prestation.* »

⁸⁵⁷ V. l'article 2, lettre e) de la directive « non vie ».

⁸⁵⁸ En ce sens, V. V. HEUZE, *Traité préc.* note 847, p. 1451, n° 2054. Autrement dit, il faut considérer qu'implicitement, la directive laissait une option aux Etats membres sur ce point.

Cette présentation sommaire des principales règles contenues dans les directives « assurance » intéressant le droit international privé était nécessaire en vue d'en comprendre la philosophie générale.

3. La philosophie sous-tendant les règles de conflit.

296. L'analyse des règles de conflit contenues dans les directives permet de comprendre de quelle manière elles ont été conçues en vue de servir les objectifs du droit communautaire consistant à assurer les conditions d'une concurrence saine dans l'Union (a) et la sécurité juridique (b).

a) Une contribution à l'éradication des distorsions de concurrence.

297. En matière d'assurances, l'adoption de règles de conflit de lois spécifiques obéit à des objectifs précis. En effet, l'ouverture des marchés nationaux aux autres marchés risquait de générer des distorsions de concurrence. La faculté laissée aux parties, en principe, par la convention de Rome de choisir la loi applicable aux contrats d'assurance, aboutirait inexorablement à des distorsions de concurrence entre les Etats membres. En effet, cette faculté pénalise les entreprises locales qui doivent s'en tenir aux règles nationales. Celles-ci risquent donc de subir la concurrence féroce d'opérateurs établis dans d'autres Etats membres et venant démarcher la clientèle sur « leur » territoire.

De même, le rattachement de principe, à défaut de choix, à la loi du pays de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique avantage les opérateurs établis dans des pays dont la législation en matière de contrats d'assurance est « libérale », souple, au détriment des entreprises locales soumises à des dispositions impératives. Or la protection accordée aux preneurs d'assurance a un coût. Devant répercuter le coût de cette protection sur les tarifs des contrats qu'ils proposent, elles risqueraient de ne pas pouvoir faire face à la concurrence d'opérateurs pouvant invoquer l'application d'une loi moins protectrice des preneurs d'assurance et partant, pouvant proposer des tarifs plus attractifs. A terme, on risquerait d'assister à un phénomène de déréglementation, la concurrence appelant à un alignement des règles sur celles qui assurent la moindre protection aux preneurs. Alternativement, c'est à la disparition des entreprises les moins concurrentielles que le schéma aboutirait.

Ces considérations relatives aux effets, en terme de concurrence, de l'ouverture des marchés d'assurance, expliquent la nécessité de coordonner les règles de conflit de lois en la matière au sein de l'Union ; mais il fallait en outre qu'elles soient spécialement conçues en vue de restreindre l'autonomie de la volonté. Il apparaît en somme que dans le cadre de ces directives, le législateur communautaire a moins cherché à assurer la protection des preneurs

d'assurance qu'à imposer des conditions de commercialisation communes à toutes les entreprises communautaires sur le territoire de chaque Etat membre⁸⁵⁹.

298. M. HEUZE⁸⁶⁰ explique de quelle manière les règles de conflit prévues dans les directives ont été instrumentalisées au service des objectifs de réalisation d'un marché intérieur dans lequel règnent des conditions de concurrence saines entre les Etats membres. C'est finalement par un recours à la conception classique de la règle de conflit que cette préoccupation visant à remédier aux distorsions de concurrence pouvant se produire au sein de l'Union suite à l'ouverture des marchés, s'est traduite. En effet, la neutralité des règles de conflit conçues dans les directives est particulièrement adaptée à cette situation. L'auteur relève ainsi à juste titre que celles-ci « *ont érigé en composante de la justice de droit international privé sa neutralité [i. e. de la règle de rattachement classique] du point de vue du jeu de la concurrence.* »⁸⁶¹ En cela, les directives se détachent de la convention de Rome dont les articles 5 et 6 aboutissent, à certaines conditions, à permettre respectivement aux consommateurs et aux travailleurs de bénéficier de dispositions plus favorables que la loi respectivement en vigueur dans leur pays de résidence habituelle et dans le pays où s'exécute habituellement leur travail.

Cette neutralité s'exprime d'une part par un cantonnement très strict de l'autonomie de la volonté ; d'autre part, par le choix de facteurs de rattachement objectifs au « lieu de situation du risque » qui est réputé être, dans la grande majorité des cas, le lieu où est établi le preneur d'assurance (en matière d'assurance non vie) ; au « lieu de l'engagement » qui est celui de la résidence habituelle du preneur (en matière d'assurance vie). De tels facteurs de rattachement sont particulièrement adaptés à l'objectif consistant à éviter les distorsions de concurrence. Ils ont également été conçus en vue de contribuer à assurer la sécurité juridique.

b) Une contribution à la sécurité juridique.

299. De même, l'auteur montre que les règles de conflit élaborées dans les directives servent l'objectif de sécurité juridique⁸⁶² qui revêt une importance primordiale en matière contractuelle. Cet objectif de sécurité juridique est atteint par le choix de règles de conflit rigides, en ce sens que le rattachement principal édicté par le législateur communautaire ne peut que très difficilement être écarté. Ce rattachement principal est déterminé en fonction des « liens les plus étroits » que le contrat entretient avec l'un des Etats membres. Dans le cadre

⁸⁵⁹ V. en ce sens M. FALLON, *Rec. des cours* préc. note 808, spéc. p. 223/224, n° 128.

⁸⁶⁰ « Le droit des assurances », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 243, spéc. p. 246 et s.

⁸⁶¹ *Op. cit.*, spéc. p. 247.

⁸⁶² Art. préc. note 860, spéc. p. 248 et s. *Contra* : C-J. BERR, « Droit européen des assurances : la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation des services », *RTDE* 1988, p. 671, spéc. p. 673, n° 48.

de l'assurance « non vie », il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec l'Etat membre où le risque est situé. Et seules deux lois peuvent déroger à ce facteur de rattachement : celle du lieu où le souscripteur est établi, lorsqu'elle est différente de celle de la situation du risque ; et celle du lieu où le sinistre est susceptible de se produire, lorsque ce lieu est exclusivement circonscrit au territoire d'un seul Etat membre.

300. Dans le cadre de l'assurance vie, cette rigidité apparaît plus nettement dans la mesure où la loi en principe applicable est celle du lieu de résidence habituelle du preneur d'assurance, hormis l'hypothèse où celui-ci n'est pas ressortissant de l'Etat de sa résidence habituelle, auquel cas la loi du pays dont il est ressortissant peut être choisie par les parties. Et c'est seulement si la loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance admet l'autonomie de la volonté que les parties peuvent choisir une autre loi. Contrairement à ce que l'on observe dans la directive « non vie », ces facteurs de rattachement ne résultent pas d'une présomption en fonction des « liens les plus étroits » que le contrat entretiendrait avec un ordre juridique déterminé. En cela, les facteurs de rattachement choisis sont encore plus rigides que dans le cas de l'assurance « non vie », et partant, plus aptes à servir le principe de sécurité juridique.

301. Une autre particularité des règles énoncées dans les directives atteste du souci de préserver la sécurité juridique. En effet, en matière d'« assurance non vie », le recours aux lois de police étrangères est permis uniquement lorsqu'il est question d'appliquer en cette qualité la loi du lieu de situation du risque et, dans le cas de l'assurance obligatoire, la loi de l'Etat membre qui impose l'obligation d'assurance (article 7, paragraphe 2, alinéa 2). Dans le cas de l'« assurance vie », le recours aux lois de police étrangères est cantonné aux lois de l'Etat membre de l'engagement (article 4, paragraphe 4, alinéa 2).

On observe donc que les seules hypothèses d'intervention des lois de police étrangères sont celles où les parties ont fait usage de l'autonomie de la volonté, dans la mesure où celui-ci est autorisé par une forme de renvoi. D'où l'on déduit que la liberté de choix de la loi applicable à leur contrat par les parties ne sauraient les affranchir du respect des dispositions internationalement impératives de la loi désignée selon les facteurs de rattachement de principe, soit celle du pays de situation du risque (pour l'assurance non vie), celle du pays de l'engagement (pour l'assurance vie). Toutefois, le recours aux lois de police étrangères semble être facultatif pour les ordres juridiques nationaux.

S'il ressort de l'ensemble du système que le législateur communautaire a manifestement eu en vue d'assurer la sécurité juridique, il n'est pas allé au bout de cette logique. En effet, en laissant ouvertes un certain nombre d'options aux législateurs nationaux, la directive ouvre une brèche dans l'édifice ainsi établi, laissant une place au risque de *forum shopping*. Ainsi, si

notamment l'Autriche, les Pays-Bas, le Portugal et la Royaume-Uni ont usé de la faculté, pour les parties, de choisir la loi applicable au contrat d'assurance, tel n'est pas le cas de la France. Et lorsqu'ils l'ont admis, ils ne l'ont pas fait dans les mêmes termes.

4. Conclusion.

302. Quelles leçons tirer de l'expérience du droit des assurances pour lequel un corps de règles de conflit valant uniquement pour les contrats intracommunautaires a été établi ? Quel enseignement en tirer notamment sur les méthodes ? Elle montre que le droit international privé peut offrir au droit communautaire des outils propres à satisfaire ses objectifs. Plus précisément, elle montre comment, sur le principe, les méthodes classiques du droit international privé peuvent être capables d'assurer une fonction traditionnelle (à savoir la sécurité juridique) tout en en assumant une nouvelle, liée au contexte communautaire, qui tend à égaliser les conditions de concurrence au sein de l'Union.

Reste que le contenu des règles ainsi élaborées a été très largement critiqué, en particulier pour sa complexité. M. HEUZE prônait une solution beaucoup plus simple consistant à s'en tenir au rattachement à l'Etat de résidence habituelle du souscripteur⁸⁶³. Et il faut reconnaître qu'une telle solution, outre qu'elle eût été parfaitement apte à satisfaire le double souci d'assurer la sécurité juridique ainsi que d'éviter toutes distorsions de concurrence, eût le mérite de la simplicité. Tout au plus l'auteur aurait-il admis deux exceptions à ce rattachement de principe : dans l'hypothèse du contrat souscrit en vue d'assurer des véhicules immatriculés, le facteur de rattachement aurait été le pays d'immatriculation dudit véhicule. De même, en cas de contrat souscrit en vue d'assurer un bien immobilier, la loi de situation de l'immeuble aurait pu être érigée en facteur de rattachement⁸⁶⁴. La directive « non vie » retient ces rattachements dans les deux hypothèses précitées⁸⁶⁵. Mais ces dérogations (qui apparaissent dans le cadre de la définition du terme « lieu de situation du risque ») au rattachement de principe au pays de résidence habituelle du souscripteur (art. 2, lettre d), quatrième tiret) s'ajoutent à celles qui sont prévues dans les règles de conflit elles-mêmes.

303. Par-delà la complexité des règles de conflit en matière d'assurance, l'expérience communautaire en ce domaine montre les perspectives d'une instrumentalisation du droit international privé au profit des objectifs du droit communautaire. On peut dès lors se demander si les règles de conflit bilatérales ne constitueraient pas une méthode

⁸⁶³ V. « Le droit international privé du contrat d'assurance : les conflits de lois » in J. BIGOT (dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3, LGDJ 2002, chap. XX, p. 1401 et s., n° 2011 et s., spéc. p. 1432, n° 2041.

⁸⁶⁴ *Op. cit.*, spéc. p. 1433, note 76.

⁸⁶⁵ V. respectivement art. 2, lettre d), deuxième tiret pour les véhicules et art. 2, lettre d), premier tiret pour les immeubles.

particulièrement adaptée en vue de délimiter le domaine d'application de matières imprégnées de considérations liées à l'ordre public. En effet, à défaut d'un tel système, les Etats membres ont tendance à recourir aux lois de police. Or ces dernières, on le sait, sont passibles du test de compatibilité au regard des exigences communautaires. Ce système n'est pas sans inconvénients en termes de sécurité juridique. En outre, le facteur de rattachement à la résidence habituelle du consommateur paraît être une bonne solution en vue d'égaliser les conditions de concurrence au sein de l'Union. C'est pourquoi l'élaboration d'un corps de règles de conflit bilatérales uniforme dans d'autres domaines paraît particulièrement opportune. L'on songe en particulier au droit de la consommation. Cependant, hormis les règles de conflit bilatérales, le législateur communautaire a recours à la méthode unilatérale.

§ II : La méthode unilatéraliste : un outil d'extension du domaine d'application spatial des normes impératives du droit dérivé.

304. La fonction de la méthode unilatérale envisagée ici dans le cadre du droit dérivé diffère de celle que l'on a observée en droit primaire. Ici, la question des rapports entre autodétermination du domaine d'application spatial d'une norme et son impérativité internationale ne se pose pas puisque nous envisageons ici d'emblée la méthode unilatérale en tant que support d'une loi de police. Il faut néanmoins se demander si les spécificités liées à la nature propre du droit communautaire ont une quelconque interférence sur la qualification ou la mise en œuvre des lois de police bien connues du droit interne. Autrement dit, ces spécificités sont-elles de nature à modifier ce concept, et en particulier notre conception stricte en la matière⁸⁶⁶ ?

Nonobstant quelques originalités, on verra que finalement, le panorama offert par le droit communautaire ressemble tout à fait à celui constaté par exemple dans le système juridique français. On y retrouve en effet le domaine de prédilection des lois de police, notamment en matière de normes de droit social⁸⁶⁷, qui envisagent le salarié sous un angle collectif ; on

⁸⁶⁶ V. *supra*, chap. préliminaire, n° 37 et s.

⁸⁶⁷ Hormis le droit du travail, on peut citer l'exemple du règlement établissant des règles communes relatives à un système de compensation pour refus d'embarquement dans les transports aériens réguliers (règlement 295/91/CEE du Conseil du 4 février 1991, *JOCE* n° L 36 du 8 février 1991, p. 5-7). Celui-ci se déclare applicable « *aux passagers refusés à l'embarquement d'un vol régulier surséservé bien qu'ils disposent d'un billet en cours de validité et ayant fait l'objet d'une confirmation de réservation, au départ d'un aéroport situé sur le territoire d'un Etat membre et soumis aux dispositions du traité, quels que soit l'Etat dans lequel est établi le transporteur aérien, la nationalité du passager et le lieu de destination* » (article 1^{er}). Ces précisions semblent bien indiquer que le règlement est internationalement impératif dans le domaine visé. (V. not. en ce sens, semble-t-il, J. BASEDOW, qui évoque à propos de ce règlement un « ordre public européen positif ». V. « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 55, spéc. p. 57.) De fait, le

constate par ailleurs une même tendance à étendre de façon contestable le domaine des lois de police, dont l'arrêt *Ingmar*⁸⁶⁸ fournit un exemple topique.

La qualification « loi de police » conduit à s'interroger sur le domaine d'application spatiale des directives qui y ont recours puisque l'on sait que le but des lois de police commande un domaine d'application spatial spécifique, généralement large. A ce sujet, l'on peut légitimement se demander si les objectifs propres au droit communautaire ont vocation à interférer – et dans l'affirmative, dans quelle mesure – sur la détermination du champ d'application spatial de ces lois de police. C'est en scrutant successivement la qualification de ces normes (A) puis leur sphère d'application spatiale (B) que l'on recherchera l'impact des spécificités du droit communautaire.

A. Les qualifications envisageables.

305. Un rapprochement évident peut être fait entre certains instruments du droit dérivé et les lois de police. Certaines directives expriment une impérativité toute particulière commandant un domaine d'application spatial déterminé pour parvenir à leurs fins. Elles envisagent en outre les salariés sous l'angle collectif. On reconnaît là le domaine privilégié - et semble-t-il incontesté⁸⁶⁹ - des lois de police classiques de droit national. C'est pourquoi elles nous semblent certainement tributaires de la qualification de loi de police. Cependant, l'originalité du contexte communautaire conduira à envisager différemment la qualification de ces normes selon que l'on se place du point de vue communautaire ou national.

La directive concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs⁸⁷⁰ contient un certain

tribunal d'instance de Francfort n'a pas appliqué le droit tunisien normalement applicable en vertu de l'article 4 de la convention de Rome à une situation contractuelle concernant un vol entre l'Allemagne et la Tunisie. V. LG Frankfurt a. Main, 29 avril 1998, *EuZW* 1998, p. 479, décision et référence citées par J. BASEDOW, *op. cit.*, spéc. p. 58 et note 7.

⁸⁶⁸ CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Rec.*, p. I-9305, concl. Av. Gén. Ph. LEGER du 11 mai 2000, p. I-9307 ; *RCDIP* 2001, p. 107, note L. IDOT ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET ; *Petites Affiches* du 22 juin 2001, n° 124, p. 10, note C. NOURISSAT ; *Cah. dr. entr.* 2001, fasc. 2, p. 12, note J. RAYNARD ; *RTDcom.* 2001, p. 1067, obs. J.-M. JACQUET. *Adde* L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'affaire CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98 », *JCP éd. G* 2001, I, 328. Dans cette décision, la Cour de justice s'est prononcée implicitement en faveur de la qualification « loi de police » à propos de l'article 17 de la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants (*JOCE* n° L 382 du 31 décembre 1986, p. 17-21). Sur cet arrêt, V. les développements *infra*, n° 397 et s.

⁸⁶⁹ En effet, même les partisans d'une conception stricte des lois de police ne nient généralement pas cette qualification à propos de ces normes. De fait, il faut se rappeler que la théorie des lois de police s'est développée en France à partir d'une décision concernant l'applicabilité internationale de l'ordonnance imposant l'institution d'un comité d'entreprise. V. *supra*, n° 44.

⁸⁷⁰ Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994, *JOCE* n° L 254 du 30 septembre 1994, p. 64. Sur cette directive, d'un point de vue essentiellement matériel, V. notamment B. TEYSSIÉ, *Le comité d'entreprise européen*, *Economica*, 1997 ; J.-P. JACQUIER et Ch. HOARAU, « Le comité d'entreprise européen, instance en

nombre d'indications relatives à son domaine d'application spatial qui sont autant d'indices permettant de penser qu'elle doit s'analyser comme une loi de police. Elle servira à illustrer la perturbation induite par le droit communautaire au stade de la qualification de la norme présentant une impérativité particulière. Elle est en effet un bel exemple de la diversité d'approches au regard des méthodes du droit international privé qu'offre le cadre communautaire.

Cette directive impose obligatoirement le principe de l'institution d'un comité d'entreprise. Pour le reste, elle renvoie aux juridictions nationales le soin de déterminer les modalités de mise en œuvre de ce principe. Bien qu'il ne soit pas aisé de faire le départ entre les dispositions matérielles et celles relatives à son domaine d'application spatial⁸⁷¹, on peut procéder à un découpage approximatif entre ses dispositions générales (section I, articles 1 à 3) et ses dispositions matérielles (sections II et III, articles 4 et suivants), étant précisé toutefois que ces dernières contiennent des indications d'ordre spatial. La première section est consacrée à la présentation de l'objet de la directive, aux définitions des notions auxquelles elle fait appel. Elle indique également notamment son domaine d'application spatial et fournit les facteurs de rattachement au sens du droit international privé pour désigner l'ordre juridique compétent pour régler les points que la directive ne règle pas elle-même⁸⁷².

306. Les précisions fournies par l'instrument en vue de délimiter largement son domaine d'application spatial semblent indiquer qu'il revêt une impérativité toute particulière. Par ailleurs, seules les situations transfrontières sont visées. Partant de ce constat, J. MEEUSEN⁸⁷³, présentant les diverses techniques de droit international privé utilisées dans la directive, souligne que l'interprétation de la méthode choisie peut varier selon que l'observateur se place sous l'angle national ou communautaire.

D'abord, sous l'angle national, M. MEEUSEN analyse ces règles comme des règles de droit international privé matériel (dont on sait qu'elles sont particulièrement adaptées aux situations transfrontières) en ce sens que leur auteur, faisant l'économie du détour par la règle de conflit,

devenir », *Travail et Emploi* 1995, n° 65, p. 51 ; S. LAULOM, « La directive sur les comités d'entreprise européens, l'importance d'une transition », *Dr. soc.* 1995, p. 1026 ; P. RODIÈRE, « Le comité d'entreprise à l'heure européenne », *Dr. ouvrier* 1995, p. 61.

⁸⁷¹ Sur ce point, V. *infra*, n° 315.

⁸⁷² Par ex., l'article 3, paragraphe 6 de la directive qui énonce que « (l)a législation applicable pour déterminer si une entreprise est une « entreprise qui exerce le contrôle » est celle de l'Etat membre dont relève l'entreprise en question. »

⁸⁷³ « Directive 94/45 concernant les comités d'entreprise européen : aspects de droit international privé », in *Comités d'entreprise européens* (M. Rigaux et F. Dorssemont eds.), Antwerp, Intersentia, 1999, p. 237-271.

« prévoit directement une réglementation matérielle pour des situations transfrontalières »⁸⁷⁴. Se trouve ainsi illustré le phénomène décrit par M. FALLON suivant lequel « l'espace communautaire devient (...) comme un espace de référence dans l'élaboration de règles matérielles »⁸⁷⁵. De la lecture de la directive, il ressort en effet que celle-ci ne sera applicable qu'aux entreprises ou groupes d'entreprises employant des salariés dans au moins deux Etats membres⁸⁷⁶. C'est dire qu'elle concerne exclusivement les situations transfrontalières au sein de la Communauté. Les règles matérielles (les articles 4 et suivants) contenues dans la directive voient leur domaine d'application spatiale respectif aligné sur celui de la directive, à savoir les entreprises ou groupes d'entreprises de dimension communautaire, telles que ces dernières notions sont définies par la directive elle-même dans ses « dispositions générales ». Ainsi l'article 4, paragraphe 1 fait peser en principe sur la direction centrale de l'entreprise de dimension communautaire (ou de l'entreprise qui exerce le contrôle) l'obligation d'instituer un comité d'entreprise européen ou d'organiser une procédure de consultation des travailleurs.

A ces règles matérielles se greffe une disposition prévoyant la délimitation de leur champ d'application dans l'espace. Or une telle combinaison conduit, sous l'angle communautaire, à qualifier les règles en cause de lois d'application immédiate.⁸⁷⁷ En effet, l'article 1^{er}, paragraphe 4 précise que les droits et compétences du comité d'entreprise européen et la procédure d'information et de consultation concernent, dans le cas d'une entreprise de dimension communautaire, tous les établissements situés dans les Etats membres et, dans le cas d'un groupe d'entreprises de dimension communautaire, toutes les entreprises membres du groupe situées dans les Etats membres.

De même, ce texte étend implicitement son domaine d'application spatial aux entreprises ou groupes d'entreprises étrangères opérant notamment en Europe puisqu'il n'exige pas, pour que l'obligation prévue par la directive s'impose, que le centre de décision de l'entreprise ou

⁸⁷⁴ *Op. cit.*, spéc. p. 241, n° 7. Dans le même sens, V. P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, Paris, LGDJ, 1993, p. 270. Cet auteur évoque plus généralement, à propos de la directive 94/45, une norme de droit international substantiel.

⁸⁷⁵ *Rec. des cours* préc. note 808, spéc. p. 185, n° 104. L'auteur précise à ce sujet que « l'acte communautaire [en cause] peut chercher à établir des règles spéciales qui se hissent à la hauteur de l'espace unique, entendu comme un espace qui transcende, par sa taille, l'espace national. » *Op. cit.*, spéc. p. 184, n° 104. Rapp. M.-N. JOBARD-BACHELLIER qui analyse notamment les instruments de droit dérivé adoptés dans le domaine des libertés communautaires et dans celui du droit de la concurrence comme des « règles matérielles transfrontières de la Communauté européenne ». V. « L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois », in J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET (sous la dir. de), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, éd. Bruylant, 2003, p. 185, spéc. p. 185.

⁸⁷⁶ Art. 2, paragraphe 1, lettres a) et c).

⁸⁷⁷ J. MEEUSEN, *op. cit.* note 873, spéc. p. 243, n° 9.

du groupe soit établi sur le territoire d'un Etat membre⁸⁷⁸. La directive s'applique donc, que la direction centrale de l'entreprise (pour l'entreprise de dimension communautaire) ou l'entreprise dotée du pouvoir de décision (pour le groupe d'entreprises de dimension communautaire) soit ou non située sur le territoire d'un Etat membre. D'ailleurs, l'article 4, qui figure parmi les dispositions matérielles de la directive et qui détermine les organes sur qui pèse la responsabilité d'instituer un comité d'entreprise européen ou une procédure d'information et de consultation, envisage précisément l'hypothèse où la direction centrale n'est pas située dans un Etat membre. Dans ce cas, selon l'article 4, paragraphe 2, c'est le représentant de la direction centrale dans un Etat membre qui assume cette responsabilité⁸⁷⁹. La dualité de qualifications envisageable en ce qui concerne la directive 94/45/CE, si elle apparaît indéniablement comme une originalité propre à la structure communautaire, ne semble pas de nature à bouleverser le phénomène d'impérativité internationale. En effet, quelle que soit la qualification retenue, les ordres juridiques nationaux devront respecter en tout état de cause le domaine d'application spatial prévu dans la directive, en vertu du principe de primauté.

B. Recherches sur le domaine d'application spatiale des directives.

307. A l'instar de ce que l'on a constaté en droit interne, il semble peu douteux que les directives visant à assurer la santé et la sécurité des travailleurs soient d'application territoriale, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent sur l'ensemble du territoire communautaire, quels que soient la nationalité et le lieu de résidence des travailleurs et surtout quelle que soit la loi applicable au contrat de travail. Elles appréhendent les salariés sous l'angle collectif et ne visent pas seulement des objectifs mais imposent à la fois des moyens et des fins. De fait, il ressort de la lecture de nombreuses directives de droit social, en particulier celles adoptées sur le fondement de l'article 118 A ancien du traité (désormais intégré à l'article 137), qu'elles entendent saisir le salarié dans son environnement, c'est-à-dire sur son lieu de travail⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ V. également le considérant 14 selon lequel « les mécanismes pour l'information et la consultation des travailleurs de ces entreprises ou de ces groupes [i. e. de dimension communautaire] doivent englober tous les établissements ou, selon le cas, toutes les entreprises membres du groupe situés dans les Etats membres, que la direction centrale de l'entreprise ou, s'il s'agit d'un groupe, de l'entreprise qui en exerce le contrôle, soit ou ne soit pas située sur le territoire des Etats membres ».

⁸⁷⁹ V. égal. le considérant 22.

⁸⁸⁰ V. l'arrêt CJCE, 12 novembre 1996, *Royaume-Uni contre Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.*, I-5755 (rendu à propos de la directive 93/104 sur l'aménagement du temps de travail) dans lequel la Cour étend le domaine de l'ancien article 118 A à tous les facteurs intéressant la santé et la sécurité des travailleurs « dans leur environnement de travail ».

Ainsi, par exemple, le considérant 8 de la directive du 12 juin 1989, relative à l'amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs au travail⁸⁸¹ précise qu' « *il incombe aux Etats membres de promouvoir l'amélioration, sur leur territoire, de la santé et de la sécurité des travailleurs* ». Cette directive se présente comme une directive-cadre, c'est-à-dire établissant des principes généraux et appelant des directives particulières les mettant en œuvre. De même, l'intitulé de la directive concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé pour les lieux de travail rend bien compte de l'application territoriale des prescriptions qu'elle comporte⁸⁸². L'objectif sous-tendant toutes les directives adoptées sur le fondement de l'ancien article 118 A est notamment, selon les termes mêmes de ce texte, de « *promouvoir l'amélioration du milieu du travail* », ce qui postule leur application territoriale. Et les considérants de ces directives⁸⁸³ se réfèrent parfois à la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs dont l'article 19 énonce que « *Tout travailleur doit bénéficier dans son milieu de travail de conditions satisfaisantes de protection de sa santé et de sa sécurité.* »

308. Les exemples qui précèdent montrent que le droit communautaire dérivé ne présente pas de particularités en ce qui concerne la détermination du champ d'application spatial des directives envisageant les travailleurs sous un angle collectif. Certes, ces instruments sont incontestablement liés aux objectifs fondamentaux du droit communautaire. En particulier, il s'agit de parer au « dumping social » en imposant le respect des normes visant à assurer la santé et la sécurité des travailleurs en vigueur sur leur lieu de travail. Mais cet objectif n'est pas de nature à altérer le mécanisme des lois de police. Ainsi, ces dernières semblent répondre, en droit communautaire comme en droit interne, le plus souvent, à un critère territorial.

309. Pourtant, des auteurs semblent assigner à certaines normes du droit dérivé un champ d'application spatial dépassant un critère d'application territorial. Ainsi, à la suite de l'examen de la jurisprudence communautaire sur le champ d'application spatial du principe de non

⁸⁸¹ Directive 89/391/CEE du Conseil concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, *JOCE* du 29 juin 1989, n° L 183, p. 1. Sur cette directive, du point de vue matériel, V. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002, p. 451 et s., n° 466 et s.

⁸⁸² *JOCE* n° L 393 du 30 décembre 1989, p. 1. V. aussi le considérant 5 de cette directive selon lequel « *le respect des prescriptions minimales propres à garantir un meilleur niveau de sécurité et de santé pour les lieux de travail constitue un impératif pour assurer la sécurité et la santé des travailleurs* ».

⁸⁸³ V. par ex. le considérant 4 de la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*JOCE* n° L 307 du 13 décembre 1993, p. 18) modifiée par la directive 2000/34/CE du 22 juin 2000 (*JOCE* n° L 195 du 1^{er} août 2000, p. 41) afin de couvrir les secteurs et activités exclues de la directive 93/104.

discrimination en raison de la nationalité et du régime de libre circulation des travailleurs⁸⁸⁴, M. RODIERE s'interroge sur sa transposition à d'autres règles et principes communautaires⁸⁸⁵. En effet, la Cour évoque, dans les affaires en cause, de manière générale, les « règles communautaires » ou les « dispositions du droit communautaire ». Pour l'auteur, il en résulterait que cette jurisprudence pourrait s'appliquer plus largement, notamment en droit social, par exemple au principe d'égalité entre hommes et femmes, à l'obligation générale de l'employeur de veiller à la sécurité des travailleurs, ainsi qu'à l'obligation d'information des travailleurs.

Il nous semble pour notre part que cette opinion doit être rejetée car elle ne tient pas compte de la différence entre la problématique de la délimitation du domaine spatial du droit primaire et celle de la sphère d'application spatiale des normes impératives du droit dérivé.

En outre, un alignement des critères d'application spatiale de certaines normes de droit dérivé relevant de la qualification de loi de police sur ceux établis par la jurisprudence à propos du droit primaire, en particulier dans l'arrêt *Boukhalfa*, conduirait à assigner à celles-ci une sphère d'application particulièrement large, dépassant les nécessités du respect du but de ces normes. Ainsi, on a vu que dans cet arrêt, la Cour de justice avait admis l'application du principe de non discrimination en raison de la nationalité à une situation juridique se déroulant hors du territoire communautaire. Or imposer le respect de normes visant à assurer la santé et la sécurité des travailleurs lorsque le travail est accompli par le salarié hors du territoire communautaire nous semble inopportun tant au regard du droit international privé que du droit communautaire. Sur le plan des méthodes du droit international privé, de telles normes, qui envisagent le salarié sous l'angle collectif, nous semblent obéir à un critère d'application territorial. Sous l'angle du droit communautaire, un tel champ d'application exorbitant paraît difficilement compatible avec le principe d'attribution des compétences.

310. Conclusion du chapitre I - Il est indéniable que l'unilatéralisme occupe une place certaine en droit communautaire. Mais sa fonction diffère sensiblement selon que l'on

⁸⁸⁴ Sur cette jurisprudence, V. les développements *supra*, n° 145 et s.

⁸⁸⁵ V. *Droit social de l'Union européenne* préc. note 881, p. 557, n° 566. De même, J. CURALL (*Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Band 3, in H.V. GROEBEN, J. THIESEN et C.D. EHLERMANN (dir.), Baden-Baden, Nomos, 5^{ème} éd. 1999, p. 3/1218-1222 (commentaire de l'article 199 CEE), spéc. p. 3/1220-1221 ; réf. citée par S. FRANCO, thèse préc. note 826, p. 404, note 1205) estime que dans les hypothèses de relations de travail non exclusivement localisées dans la Communauté, la jurisprudence de la Cour interprétant le règlement 1408/71 pourrait servir de référence. Il est fait allusion à l'arrêt *Prodest* préc. (CJCE, 12 juillet 1984, aff. 237/83, *Rec.*, p. 3153). Certes, l'auteur rappelle que ce règlement a été adopté sur le fondement des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes, et non pas sur la base des dispositions spécifiques au droit social. L'auteur ouvre néanmoins la possibilité d'une transposition des conditions d'application développées par la Cour dans le cadre du régime de la libre circulation au chapitre consacré au droit social pur.

raisonne à partir du droit primaire ou du droit dérivé. Alors qu'en droit primaire, hormis en droit de la concurrence, l'unilatéralisme permet au droit communautaire de déployer son effet utile et doit être dissocié de la technique des lois de police, en droit dérivé, la méthode est associée à l'impérativité internationale attachée à certains instruments.

Autrement dit, alors qu'en droit primaire, l'unilatéralisme reflète une spécificité du droit communautaire, il en va différemment en droit dérivé. Ici, il intervient dans un contexte qui ne présente aucune particularité en droit communautaire. Il en résulte qu'*a priori*, rien ne permet de penser que les méthodes traditionnelles du droit international privé, parmi lesquelles la méthode bilatérale occupe la place prépondérante, ne sont pas adaptées au droit communautaire. Au contraire, le droit des assurances offre une illustration de ses potentialités en vue de servir les objectifs communautaires. Dès lors, c'est nécessairement avec un certain scepticisme que l'on envisagera la thèse préconisant une généralisation de la méthode unilatérale.

Chapitre II : Appréciation sur une généralisation de la méthode unilatérale.

311. Les opinions exprimées à ce jour au sujet de la configuration du droit international privé communautaire sont variées. Certains songent à un système permettant de concilier les deux matières, chacune ayant sa contribution propre à apporter⁸⁸⁶, tandis que d'autres expriment des vues nettement plus audacieuses. C'est ainsi qu'une thèse récente, mettant en évidence la spécificité de la démarche du législateur communautaire dans la détermination du domaine d'application spatial des normes qu'il édicte, invite purement et simplement à revoir les méthodes traditionnelles du droit international privé en conséquence. Partant de l'examen très minutieux de nombreux actes du droit communautaire dérivé, Madame FRANCO, dans sa thèse⁸⁸⁷, montre qu'ils déterminent systématiquement leur domaine d'application spatiale. La méthode utilisée par le droit communautaire est l'unilatéralisme. Cette découverte ne concerne pas uniquement le domaine de l'ordre public et de l'impérativité, l'auteur s'attachant précisément à distinguer ces deux problèmes. Mais puisque cette découverte incite l'auteur à remettre en cause la place des règles de conflit bilatérales, c'est notamment le jeu des dispositions impératives protectrices, dont nous avons pourtant vu les vertus, qui se trouve ainsi mis en question. Il paraît donc nécessaire de présenter cette thèse, en particulier les fondements sur lesquels elle repose et les explications qui y sont proposées. Ainsi pourront mieux être mesurés les avantages que procure l'élaboration de règles de conflit bilatérales sur la méthode unilatérale.

Après avoir présenté la thèse suggérant de généraliser la méthode unilatérale dans la détermination du domaine spatial des instruments de droit dérivé (section I), nous serons en mesure de comprendre en quoi elle nous paraît infondée (section II).

Section I : *Présentation de la thèse en faveur d'une généralisation de la méthode unilatérale.*

312. Partant de l'examen très minutieux de nombreux actes du droit communautaire dérivé, Madame FRANCO, dans sa thèse, montre qu'ils déterminent systématiquement, de façon unilatérale, leur domaine d'application spatiale. Dans cette thèse, la place réservée par le droit

⁸⁸⁶ C'est ainsi, par ex., que J.-S. BERGÉ cherche la voie du compromis entre les deux matières dans la « *coordination des droits nationaux, voulue et orchestrée par le droit communautaire* ». V. « Le droit d'une communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 113, spéc. p. 126 et s., n° 14 et s.

⁸⁸⁷ *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, éd. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005.

communautaire aux règles de conflit bilatérales, si elle n'est pas réduite à néant, est en tout cas réduite à la portion congrue. L'auteur les évoque simplement pour dire que les domaines dans lesquels le législateur communautaire a adopté des règles de conflit bilatérales sont des matières qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation du droit substantiel.

A partir de ce constat, et mettant en évidence le lien indissoluble qui unit la règle matérielle à son domaine d'application spatiale, elle estime qu'il faudrait revoir les méthodes du droit international privé. En particulier, ce sont les règles de conflit bilatérales qui sont prises pour cibles, celles-ci s'avérant inadaptées et s'inscrivant en contradiction avec des normes de source communautaire qui déterminent elles-mêmes leur domaine d'application spatiale respectif. Parmi le vaste domaine du droit dérivé exploré par l'auteur, les matières qui nous retiendront sont évidemment celles qui touchent au droit des contrats, en particulier le droit du travail ainsi que le droit de la consommation.

On verra que ni le constat, ni les conséquences que l'auteur entend en tirer ne s'imposent. C'est pourquoi la présentation du raisonnement qu'elle adopte sur ces deux points paraît nécessaire. Après avoir établi le constat (§ I), il faudra donc se pencher sur ses conséquences (§ II).

§ I : Le constat de l'autodélimitation systématique du domaine d'application spatiale du droit dérivé.

313. Pour comprendre le constat selon lequel les normes du droit communautaire dérivé délimiteraient systématiquement leur domaine d'application spatial, il est nécessaire d'en présenter les fondements, c'est-à-dire le mode de lecture de ces instruments retenu par l'auteur (A). Dans la mesure où les explications apportées à ce constat la conduisent à en appeler à une généralisation de la méthode unilatérale, celles-ci retiendront ensuite notre attention (B).

A. Les fondements du constat.

314. Quelques mots de présentation de la démarche particulière adoptée par l'auteur (1) suivis d'illustrations concrètes (2) permettront de comprendre le cheminement ayant conduit au constat.

1. Présentation de la démarche interprétative de l'auteur.

315. L'auteur insiste d'abord sur les liens très étroits qui unissent les différents critères d'application d'une norme que les juristes ont pourtant classiquement l'habitude de

distinguer. Ainsi, les domaines matériel, personnel et spatial d'une norme seraient, selon l'auteur, intimement liés, au point de se recouper⁸⁸⁸.

Soit une règle prescrivant que le propriétaire doit assurer la jouissance des lieux au locataire. Les locataires visés par la règle servent tout à la fois de critère personnel et matériel, en ce sens que leur désignation renseigne tout à la fois sur le domaine matériel (le contrat de bail) et sur le domaine personnel de la règle (les destinataires de la règle sont identifiés). De leur côté, les critères spatiaux reposent souvent sur des éléments de nature personnelle, tels le domicile ou la nationalité. Ainsi, le domaine spatial d'une règle peut dépendre de certaines qualités des destinataires de la règle. Cette imbrication entre tous les critères servant à délimiter le domaine d'application d'une norme se vérifierait tout particulièrement en droit communautaire dérivé, où le domaine d'application spatial des normes découlerait directement de leur contenu matériel.

Cette constatation permet ensuite à l'auteur de rechercher, passant sous examen un certain nombre d'instruments du droit dérivé, leur domaine d'application spatial en se référant indistinctement à leur domaine matériel respectif, aux définitions généralement présentées au début des instruments et pas seulement, le cas échéant, à leurs dispositions expressément consacrées à leur domaine d'application spatial.

2. Mise en œuvre de la démarche interprétative de l'auteur.

316. Quelques exemples illustreront la démarche interprétative préconisée par l'auteur en vue de déterminer le domaine d'application spatial des directives : l'un est tiré du droit du travail (a) ; les autres du droit de la consommation (b).

a) Exemple emprunté au droit du travail.

317. L'enchevêtrement des critères matériels et spatiaux d'application des actes du droit dérivé est particulièrement bien mis en évidence par la directive concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs⁸⁸⁹. Ce faisant, elle brouille les frontières entre droit matériel et droit international privé. Ce phénomène est accentué par la pluralité d'angles d'observation pouvant être adoptés lors de l'analyse de cette directive⁸⁹⁰.

L'article 1^{er}, paragraphe 1^{er} et l'article 2, paragraphe 1^{er} identifient les entreprises sur qui pèse l'obligation d'instituer un comité d'entreprise ou une procédure de consultation des

⁸⁸⁸ V. thèse préc. note 887, p. 8/9.

⁸⁸⁹ V. l'analyse menée par l'auteur de la directive préc. avec une conclusion similaire concernant l'imbrication de ses critères matériels et spatiaux, thèse préc., spéc. p. 379-383.

⁸⁹⁰ Sur ce dernier point, V. *supra*, n° 305 et s.

travailleurs. Les définitions prévues à cet effet intègrent des éléments déterminants du domaine d'application spatial de l'acte. En l'occurrence, les concepts d'entreprise de dimension communautaire et de groupe d'entreprises de dimension communautaire reposent sur des éléments spatiaux⁸⁹¹. Elles lient donc intimement les aspects matériels et spatiaux, au point de rendre particulièrement difficile la distinction entre les deux.

318. Cet enchevêtrement entre critères spatiaux et critères matériels se manifeste également à travers le procédé consistant à insérer des précisions concernant le domaine d'application spatial de l'acte dans des dispositions consacrées formellement au droit matériel. Ainsi, l'identification des critères d'applicabilité de la directive passe par la lecture de dispositions matérielles. C'est en effet en lisant l'une de ces dispositions que l'on apprend que les entreprises ou groupes d'entreprises dont la direction centrale se situe dans un Etat tiers sont tenues à l'obligation d'instituer un comité d'entreprise ou une procédure de consultation des travailleurs si les conditions requises par cette directive sont remplies. Dans cette hypothèse, l'article 4, paragraphe 2 de la directive substitue au critère de principe (représenté par la localisation de la direction centrale sur le territoire d'un Etat membre) un autre critère puisqu'il prévoit que l'obligation imposée par la directive pèse sur le représentant de la direction centrale dans un Etat membre ou, à défaut, sur la direction de l'établissement qui emploie dans la Communauté le plus grand nombre de travailleurs. Par ailleurs, l'article 1^{er}, paragraphe 4 de la directive précise que les compétences d'un comité d'entreprise établi dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises de dimension communautaire dont la direction centrale est située hors de la Communauté, sont limitées à la représentation des entreprises établies dans la Communauté.

b) Exemples empruntés au droit de la consommation.

319. De même, l'auteur analyse le texte de la directive « *timesharing* »^{892 893} dans son ensemble pour en tirer les implications sur le droit international privé, et ne se réfère pas uniquement à la clause expressément rédigée à cet effet. Notamment, l'article 4, deuxième

⁸⁹¹ Ainsi l'entreprise de dimension communautaire est définie comme « *une entreprise employant au moins 1000 travailleurs dans les Etats membres et, dans au moins deux Etats membres différents, au moins 150 travailleurs dans chacun d'eux* » (article 2, paragraphe 1^{er}, lettre a)); quant au groupe d'entreprises de dimension communautaire, il s'entend d'un groupe d'entreprises employant au moins 1000 travailleurs dans les Etats membres, comportant au moins deux entreprises membres du groupe dans des Etats membres différents ; et il faut qu' « *au moins une entreprise membre du groupe emploie au moins 150 travailleurs dans un Etat membre et au moins une autre entreprise membre du groupe emploie au moins 150 travailleurs dans un autre Etat membre* » (article 2, paragraphe 1^{er}, lettre c)).

⁸⁹² Directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou plusieurs biens immobiliers, *JOCE* n° L 280 du 29 octobre 1994, p. 83-87.

⁸⁹³ L'analyse est menée p. 288 et s. de la thèse préc. note 887.

tiret de cette directive retient toute son attention. Selon ce texte, le contrat de *timesharing* doit être rédigé dans la langue ou l'une des langues de l'Etat membre où réside le consommateur. Il peut également être rédigé dans la langue de l'Etat dont le consommateur est ressortissant, mais l'Etat membre sur le territoire duquel il réside peut toujours imposer que le contrat soit rédigé dans sa langue officielle. Constatant que ce texte n'envisage que le consommateur ayant sa résidence dans la Communauté, l'auteur en déduit que la protection conférée par la directive doit s'appliquer dès lors que le consommateur a sa résidence habituelle sur le territoire communautaire, et qu'il ne devrait donc pas suffire que le bien immobilier soit situé sur ce territoire⁸⁹⁴. Examinant également la base légale de la directive (l'ancien article 100 A ; désormais article 95 TCE), elle en déduit qu'au critère explicite tiré de la localisation de l'immeuble sur le territoire communautaire doit s'en adjoindre un autre, implicite, exigeant que le consommateur ait sa résidence habituelle sur ce territoire en vue de bénéficier du dispositif protecteur mis en place par la directive. En effet, la protection de consommateurs résidant hors de la Communauté est étrangère à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur. De même, le souci d'éviter les distorsions de concurrence au sein de l'Union ne peut justifier l'octroi d'une protection aux consommateurs ne résidant pas sur le territoire communautaire.

320. Ensuite, lorsque l'auteur s'interroge sur l'utilité du critère tiré du « lien étroit » présent dans certaines directives⁸⁹⁵, elle explique que cette précision concernant le « lien étroit » aurait pour utilité d'attirer « *l'attention sur l'existence d'une volonté d'application déterminée* »⁸⁹⁶. L'insertion de ce critère montrerait que l'instrument communautaire entend délimiter de façon autonome son domaine d'application. Ce dernier doit être recherché notamment dans les considérants des directives en cause. Ainsi, la fonction du « lien étroit » « *consiste à indiquer la nécessité d'une démarche interprétative concernant l'étendue du domaine d'application de la directive.* »⁸⁹⁷ Mais en réalité, une telle démarche interprétative s'imposait même à défaut d'une telle précision. En fait, selon l'auteur, le législateur communautaire aurait conscience de l'existence de règles bilatérales, ce qui l'obligerait à attirer l'attention sur l'existence d'un domaine d'application déterminé. En somme, le contexte bilatéral dans lequel s'insèrent les directives s'avère « dérangeant », en ce sens qu'il ne peut en faire totalement abstraction lors de la délimitation du domaine d'application spatial des normes qu'il édicte.

⁸⁹⁴ *Op. cit.*, p. 293/294.

⁸⁹⁵ Telles que par ex. les directives « clauses abusives », « contrats à distance » et « garanties des biens de consommation ». Pour de plus amples développements concernant ces directives, V. *infra*, n° 508 et s.

⁸⁹⁶ *Op. cit.*, p. 316.

⁸⁹⁷ *Op. cit.*, p. 317

321. En ce qui concerne les directives consuméristes répertoriées par l'auteur comme ne contenant pas de critères explicites d'applicabilité⁸⁹⁸, celle-ci se fonde sur l'affirmation, par l'instrument, de son caractère impératif, pour en déduire la présence d'un critère d'applicabilité autonome. Les directives ici envisagées sont celle du 20 décembre 1985 relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ou encore celle du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, l'auteur semble qualifier ces directives comme des lois de police⁸⁹⁹ au terme d'une analyse de leur contenu et de leurs objectifs respectif, ainsi que du contexte communautaire de leur élaboration⁹⁰⁰. Or dès lors que l'on retient cette qualification, on est obligé d'admettre que ces directives comportent un domaine d'application, même implicite⁹⁰¹, puisque la théorie des lois de police repose précisément sur le lien qui unit le domaine d'application spatial à la teneur de la norme en cause.

322. Enfin, l'auteur tire argument de l'arrêt *Ingmar*⁹⁰² pour affirmer que le droit communautaire délimite de façon autonome son domaine d'application. Ainsi, pour elle, l'apport de cet arrêt en rapport avec sa thèse se résumerait de la manière suivante: le défaut de précision dans l'instrument de droit dérivé concernant son domaine d'application ne préjuge en rien de l'existence de critères implicites d'applicabilité; il appartient alors à la Cour de justice de déterminer quel est ce domaine d'application; à cet effet, elle a recours aux méthodes d'interprétation des instruments internationaux⁹⁰³.

Sans porter à présent d'appréciations sur la thèse selon laquelle le droit communautaire dérivé détermine systématiquement son domaine d'application dans l'espace, on constate que la démarche suivie par l'auteur est originale. En effet, les principaux arguments employés au soutien de sa thèse se basent sur une analyse du « réel ». Autrement dit, le raisonnement

⁸⁹⁸ L'étude est menée par p. 334 et s., thèse préc. note 887.

⁸⁹⁹ *Op. cit.*, p. 339 à 343.

⁹⁰⁰ La base légale utilisée est l'article 94 TCE, qui prévoit le rapprochement des législations qui ont soit pour objet, soit une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. Il a vocation à intervenir en particulier pour restreindre les dérogations que le droit primaire tolère notamment en matière d'entraves aux échanges. Or les normes nationales généralement actuellement admises à faire obstacle aux échanges sont des lois de police. Autrement dit, l'article 94 TCE notamment aurait pour domaine de prédilection des matières couvertes par des lois de police nationales. Sur le lien entre lois de police, raisons et exigences impératives d'intérêt général et adoption d'une mesure visant à rapprocher les droits nationaux, V. *supra*, titre I, chap. 1.

⁹⁰¹ *Op. cit.*, p. 352.

⁹⁰² CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Rec.*, p. I-9305, concl. Av. Gén. Ph. LEGER du 11 mai 2000, p. I-9307; *RCDIP* 2001, p. 107, note L. IDOT; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET; *Petites Affiches* du 22 juin 2001, n° 124, p. 10, note C. NOURISSAT; *Cah. dr. entr.* 2001, fasc. 2, p. 12, note J. RAYNARD; *RTDcom.* 2001, p. 1067, obs. J.-M. JACQUET. *Adde* L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'affaire CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98 », *JCP éd. G* 2001, I, 328. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 397 et s.

⁹⁰³ Thèse préc., p. 417.

consiste à partir d'un constat pour ensuite en tirer des conséquences d'ordre théorique. Toutefois, auparavant sont suggérées des explications à ce constat, qui conditionneront l'ampleur des conséquences qu'il est proposé d'en tirer.

B. Les explications proposées au constat.

323. Après le constat, vient le temps de la recherche des explications⁹⁰⁴. L'auteur estime que le phénomène de délimitation autonome du domaine d'application spatial (ou phénomène d'auto-délimitation du domaine d'application spatial) du droit dérivé résulterait du caractère normatif des règles qui en sont issues, après avoir montré l'insuffisance des justifications fondées sur la compétence d'attribution du droit communautaire ainsi que sur l'assimilation de ces normes de droit dérivé à des lois de police.

L'insuffisance de ces deux dernières justifications permet néanmoins à l'auteur de mettre en évidence d'une part, que le législateur communautaire dispose d'une certaine autonomie dans le cadre de l'élaboration de ses normes ; et d'autre part, de confirmer son idée de départ selon laquelle il existe un lien très fort entre contenu matériel et domaine d'application spatial des actes du droit dérivé. Ces constatations permettent de guider l'auteur vers une explication jugée satisfaisante de l'auto-détermination du domaine d'application spatial du droit dérivé, et qui tiendrait au caractère normatif de ces actes. En effet, pour elle, « *(l)'activité normative impliquerait inévitablement la définition des destinataires de la règle, comme élément composant de la norme.* »⁹⁰⁵

324. Cette clé explicative⁹⁰⁶ du phénomène revient à considérer que le droit communautaire présenterait les caractéristiques du postulat sur lequel la théorie unilatérale⁹⁰⁷ s'est construite, à savoir « *l'idée que chaque souverain fixe librement la sphère d'application de ses lois en observant qu'il le fait toujours, implicitement ou explicitement.* »⁹⁰⁸ L'auteur se replonge dans les fondements théoriques de la méthode unilatérale⁹⁰⁹. En particulier, elle reprend l'idée de

⁹⁰⁴ *Op. cit.*, titre III, p. 477 et s.

⁹⁰⁵ *Op. cit.*, spéc. p. 578.

⁹⁰⁶ Celle-ci est développée p. 577 et s., titre III, chapitre 3 de la thèse préc.

⁹⁰⁷ Pour emprunter la définition d'un illustre unilatéraliste contemporain, « *la règle de droit international privé unilatérale est celle par laquelle le législateur détermine le domaine d'application de la loi qu'il édicte ou désigne les rapports tombant sous l'empire de sa propre législation* ». V. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1 ; p. 209 ; p. 416, spéc. p. 1.

⁹⁰⁸ P. GOTHOT, *op. cit.*, spéc. p. 20.

⁹⁰⁹ Mais n'ignorant pas que la théorie unilatérale a fait l'objet de nombreuses critiques (sur lesquelles on aura l'occasion de revenir *infra*), l'auteur s'efforce de la réhabiliter, du moins dans le contexte communautaire. En effet, elle passe en revue les principales critiques adressées au fondement de l'unilatéralisme et montre qu'elles sont infondées à propos de l'ordre juridique communautaire ; elle relativise par ailleurs les critiques adressées au mécanisme unilatéraliste. V. thèse préc., p. 600 et s.

QUADRI⁹¹⁰ selon laquelle les actes normatifs déterminent toujours leur domaine d'application. Cette même idée sous-tend les constructions doctrinales élaborées notamment par NIBOYET⁹¹¹ puis SPERDUTI⁹¹² qui estiment que le but des lois implique une certaine délimitation de leur sphère d'application spatiale. Le processus législatif est tributaire, dans cette conception, du contexte sociologique dans lequel il se déploie. Ainsi, la solution apportée par le législateur à une question donnée ne vaut que dans le contexte dans lequel elle a été adoptée, pour la société à laquelle elle s'adresse. C'est dire qu'une telle vision s'oppose à une conception universelle⁹¹³, neutre du droit, selon laquelle les lois seraient interchangeables.

Ceci permet de comprendre que pour les unilatéralistes, qui adhèrent à cette idée selon laquelle les normes déterminent inévitablement leur sphère d'application spatiale, il n'est pas concevable que le législateur national détermine la sphère d'application des lois étrangères. Ainsi, partant de ce constat, QUADRI a élaboré un système unilatéraliste consistant à regarder dans un premier temps la sphère d'application spatiale que s'assigne la règle sur l'application de laquelle on s'interroge. Si elle ne se veut pas applicable, le juge du for devra, pour désigner la loi étrangère applicable, s'en référer à un principe d'adaptation ou de coordination avec les ordres juridiques étrangers, ce principe étant lui-même conçu de façon unilatérale. Pour QUADRI, ce principe tend à favoriser la continuité de la vie juridique des particuliers.

On connaît cependant les critiques adressées à l'encontre de la méthode unilatéraliste notamment en Europe⁹¹⁴, qui expliquent qu'elle ait été reléguée au rang d'exception dans un système de droit international privé essentiellement bilatéral. Pourtant, l'auteur⁹¹⁵ se demande si le droit communautaire ne fournirait pas le premier exemple d'ordre juridique fonctionnant

⁹¹⁰ Selon l'auteur, « toute règle juridique, parce qu'elle le fruit d'expériences déterminées, renferme au moins implicitement ses propres limites d'efficacité ». V. *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, Liguori Ed., 3^{ème} éd., 1961, p. 199, cité et traduit par P. GOTHOT, *op. cit.* note 907, p. 19.

⁹¹¹ Cet auteur s'inscrit dans le courant particulariste qui implique que le souverain ne s'occupe que de la désignation de ses propres lois, et non des lois étrangères. V. *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 2^{ème} éd. 1947, t. 1, p. 55 et s., n° 45 à 55.

⁹¹² Cet auteur exprime notamment cette idée selon laquelle les normes matérielles déterminent leur sphère d'application en ces termes : « une règle de droit n'est pas telle, par son essence même, sans l'indication de ses destinataires. Il faut même considérer que cette indication sert en dernière analyse à déterminer la sphère subjective d'application de ladite règles ». V. « Théorie générale du droit international privé », *RCADI* 1967, t. 122, p. 173-336, spéc. p. 225.

⁹¹³ Sur cette conception, V. not. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 2002, spéc. p. 110 et s., n° 50 et s.

⁹¹⁴ Sur ces inconvénients, V. not. B. AUDIT, *Droit international privé*, 4^{ème} éd. 2006, Economica, Paris, spéc. p. 90, n° 112 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 8^{ème} éd. 2004, Paris, spéc. p. 84 et s., n° 116 et s.

⁹¹⁵ Thèse préc. note 887, p. 588 et s.

partiellement⁹¹⁶ selon les préceptes de l'unilatéralisme, confirmant ainsi le postulat de base de QUADRI. Cette thèse se trouve confortée par les constats effectués par l'auteur tout le long de son étude, en particulier l'existence d'un lien intime unissant les critères d'applicabilité des actes à leur contenu matériel et la nécessaire existence de ces critères dans les normes du droit dérivé.

325. L'auteur fait également un autre rapprochement entre le contexte communautaire et les fondements de la théorie de QUADRI, qui envisage, selon elle, le droit comme un « *élément régulateur de la vie socio-économique* »⁹¹⁷ et pour qui, étant un commandement pour l'action, la règle de droit doit nécessairement identifier ses destinataires. Or le droit communautaire correspondrait particulièrement bien à une telle vision puisqu'il s'intéresse par priorité aux relations économiques. Ses objectifs sont clairement identifiés dans le traité, imprimant nécessairement au projet une connotation subjective, l'opposant radicalement à une conception universelle du droit. Ainsi, « *le droit communautaire se donne des objectifs précis qui visent à opérer des changements ou à influencer les relations économiques relatives à un marché donné.* »⁹¹⁸ En d'autres termes, il n'est pas neutre, mais affiche clairement d'emblée ses objectifs spécifiques⁹¹⁹.

326. L'auteur présente ensuite la méthode employée par la Cour de justice dans le cadre de l'interprétation des normes communautaires pour montrer que le postulat sur lequel repose la théorie unilatéraliste se vérifie en droit communautaire. En particulier, sont mis en avant les concepts d'effet utile et d'effet direct. Ce dernier désigne « *l'aptitude d'une norme à conférer des droits et des obligations aux particuliers, sans requérir de mesure d'exécution* »⁹²⁰. La Cour de justice a très tôt considéré ce principe de l'effet direct comme un attribut nécessaire au fonctionnement de l'ordre juridique communautaire⁹²¹. Pour bénéficier de l'effet direct, la

⁹¹⁶ L'ordre juridique communautaire ne peut être considéré comme incarnant un système « pleinement » unilatéraliste, dans la mesure où un tel système postule l'existence d'un corps de règles permettant la désignation du droit étranger en s'efforçant de respecter sa propre volonté d'application. Or de telles règles n'existent pas.

⁹¹⁷ Thèse préc. note 887, p. 589.

⁹¹⁸ *Op. cit., loc. cit.*

⁹¹⁹ La phrase suivante de l'auteur résume bien sa conviction selon laquelle le droit communautaire incarnerait le postulat de l'unilatéralisme moderne : « *Le droit communautaire appartient à une société donnée dont le législateur communautaire a la charge et par rapport à laquelle il est mû d'objectifs politiques et sociaux qui impliquent nécessairement une certaine délimitation spatiale.* » Thèse préc., p. 637.

⁹²⁰ J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *Revue belge de droit international*, 1980, p. 243 et s., spéc. p. 243, cité par S. FRANCO, thèse préc., p. 590, note 1683.

⁹²¹ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, aff. 22/62, *Rec.*, p. 3. Dans cette décision, la Cour sonde « *l'esprit, l'économie et les termes* » de la disposition qui lui est soumise pour savoir si elle est dotée d'un « *effet immédiat en droit interne* ». La Cour a ainsi doté de l'effet direct un certain nombre de dispositions du traité, contribuant ainsi puissamment à l'essor du droit communautaire. Tel fut le cas des articles 12 (interdisant les discriminations en raison de la nationalité), 81 et 82 (concernant respectivement les ententes illicites au regard du droit de la concurrence et les abus de position dominante), 43 et 49 (à propos de l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services au sein de la Communauté) ou encore l'article 29 (qui pose

norme en cause doit être claire, inconditionnelle et précise. Elle ne doit pas requérir l'adjonction de dispositions du droit interne, ni une intervention des organes communautaires. Enfin, elle ne doit imposer aux juges aucun jugement de valeur dépassant l'appréciation d'ordre juridique. Or pour l'auteur, ceci suggère que toutes les normes communautaires dotées de l'effet direct « *identifient leurs destinataires, ainsi que les circonstances de leur application, à tout le moins de manière suffisamment précise pour que le juge chargé de leur application ne doive pas se substituer au législateur.* »⁹²²

Pour appuyer sa thèse, l'auteur ne se borne pas tout à fait à faire le constat selon lequel le législateur communautaire délimiterait systématiquement le domaine d'application des actes qu'il édicte.

§ II : La prétendue inadaptation des règles bilatérales au contexte communautaire.

327. L'auteur entend montrer en quoi la méthode unilatérale procurerait une lecture plus satisfaisante des directives communautaires que la méthode bilatérale. Ainsi, pour Mme FRANCQ, la méthode unilatérale serait mieux à même de respecter la distinction entre impérativité et domaine d'application spatial d'une norme (A). Par ailleurs, dès lors qu'il a été constaté que le législateur communautaire définissait de façon autonome le domaine d'application spatial des normes qu'il édicte, le recours à des règles de conflit bilatérales s'inscrirait en porte-à-faux avec ce constat (B).

l'interdiction des restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que de toutes mesures d'effet équivalent entre les Etats membres).

⁹²² Thèse préc. note 887, p. 591. En principe, les directives ne sont pas dotées d'effet direct, contrairement aux règlements, dans la mesure où elles sont introduites dans les différents ordres juridiques par des lois nationales. Mais la Cour de justice a précisé néanmoins qu'elles pouvaient être dotées de l'effet direct vertical (qui concerne les rapports entre les particuliers et l'Etat) dans certains cas et à certaines conditions. Il faut pour cela qu'elles remplissent les critères tenant à leur caractère inconditionnel et à leur suffisante précision. (V. not. CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81, *Rec.*, p. 52). Et l'effet direct ne se produit qu'à l'expiration du délai imparti à l'Etat membre pour introduire ses dispositions dans le droit national, lorsque celui-ci n'a pas procédé à la transposition. (V. CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.*, p. 1269). Toutes ces conditions sont clairement présentées dans l'arrêt *Becker* préc., dans lequel la Cour déclare que « *dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées, à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'Etat* ». Un particulier peut donc obtenir que ses droits soient déterminés et respectés selon les prescriptions d'une directive non ou mal transposée en agissant contre l'Etat ou tout organisme qui en émane. A défaut, il peut obtenir la condamnation de ce dernier en intentant une action en responsabilité. (CJCE, 13 novembre 1991, *Francovich*, aff. C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, I-5403, *RTDE* 1992, p. 181.) En revanche, les directives sont dépourvues d'effet direct horizontal, car elles ne peuvent pas par elles-mêmes faire peser des obligations sur les particuliers. Il en résulte qu'un particulier ne peut pas agir contre un autre particulier en se fondant sur les dispositions d'une directive. V. CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec.*, p. 723, à propos de la directive 76/207 concernant l'égalité professionnelle entre hommes et femmes. Cette solution est fermement maintenue par la Cour de justice, en dépit des critiques dont elle a pu faire l'objet, notamment de la part de ses Avocats généraux. V. not. CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *RTDE* 1994, p. 498 ; sur cet arrêt, V. F. EMMERT et M. PEREIRA, « ... une nouvelle occasion manquée... », *RTDE* 1995, p. 11.

A. Choix d'une méthode et distinction entre impérativité et domaine d'application spatial d'une norme.

328. Pour comprendre comment les théories bilatérale et unilatérale intègrent respectivement la distinction entre impérativité et domaine d'application spatial d'une norme, une présentation théorique de cette distinction s'impose (1) ; elle devra être illustrée en droit communautaire afin de montrer que celui-ci fait bien la distinction (2). Selon l'auteur, les directives ayant recours au concept d'impérativité se prêteraient mieux à une lecture unilatérale plutôt que bilatérale. Pour le montrer, elle passe en revue les quatre méthodes employées par le législateur communautaire en droit de la consommation pour déterminer le degré d'impérativité d'une norme et présente respectivement les lectures bilatérale puis unilatérale de ces instruments. Il faudra donc rapidement reprendre ces lectures (3 et 4) afin d'en tirer les conclusions quant au choix de la méthode (5).

1. Présentation théorique de la distinction.

329. L'auteur insiste largement, tout le long de sa démonstration, sur la distinction essentielle entre détermination du domaine d'application d'une norme et la question de son impérativité. Elle éclaire cette distinction en ces termes : « *L'acte législatif fixant son domaine d'application interdit aux destinataires institutionnels d'y déroger. Le caractère impératif, par contre, vise les dérogations apportées par les individus qui feraient usage de l'autonomie de la volonté.* »⁹²³ Autrement dit, le domaine d'application d'un acte s'impose au juge ; la question de l'impérativité (interne ou internationale) concerne les particuliers. La norme peut déterminer son domaine d'application tout en admettant que les parties puissent faire usage de l'autonomie de la volonté en désignant une autre loi. Ce faisant, le législateur exprime les « *modulations de sa volonté* »⁹²⁴, sans se contredire.

2. Illustrations en droit communautaire dérivé.

330. Cette dissociation entre impérativité internationale et domaine d'application d'un acte est particulièrement mise en évidence dans certaines directives qui précisent leur champ d'application spatial sans pour autant faire mention de leur impérativité internationale, à la différence des directives comportant un article spécialement consacré à leur caractère internationalement impératif. Ainsi, par exemple, la directive concernant les voyages à forfait⁹²⁵ précise-t-elle, dès l'article 1^{er}, qu'elle s'applique aux voyages, vacances et circuits à forfait vendus ou offerts à la vente sur le territoire de la Communauté. En revanche,

⁹²³ Thèse préc. note 887, p. 353.

⁹²⁴ *Op. cit.*, p. 333.

⁹²⁵ Directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, *JOCE* n° L 158, 1990, p. 59.

contrairement à d'autres directives, celle-ci ne contient pas de précision quant à son impérativité internationale. Tout au plus l'article 5 établit-il le caractère impératif (au sens du droit interne) des articles 1 et 2, de telle sorte que l'organisateur de voyages ne puisse écarter sa responsabilité en cas d'inexécution de ses obligations (par lui-même ou par un prestataire de services).

3. Méthode bilatérale et distinction entre impérativité et domaine d'application spatial.

331. L'auteur reproche notamment au système de droit international privé fondé sur le bilatéralisme de ne pas suffisamment faire la distinction entre la question de la détermination du domaine spatial de la norme et celle de son impérativité⁹²⁶. Selon elle, dans le système bilatéral, lorsqu'une loi détermine son domaine d'application spatial, on recourt soit au concept de lois de police, en estimant alors que la norme en cause révèle une impérativité spéciale ; soit aux règles matérielles de droit international privé ou aux normes autolimitées⁹²⁷. Dans ces deux derniers cas, la délimitation du domaine d'application spatiale de la norme en cause est dépourvue de portée au regard du droit international privé. En effet, lorsque la règle de conflit désigne une règle autolimitée (*i. e.* dont le champ d'application spatial trop restreint ne permet pas de traiter juridiquement la situation en cause), il est admis qu'il faut recourir au droit commun de la *lex causae*. De même, la règle matérielle de droit international privé ne s'applique que si elle est désignée par les règles de droit international privé applicables ou si la situation juridique en cause relève de la convention à laquelle la règle matérielle se rattache. Dans la théorie bilatérale, seules les lois de police sont admises, à titre d'exception, à s'« autodésigner ».

L'auteur, reprenant successivement les différentes techniques employées par le droit communautaire dans les directives consuméristes⁹²⁸, montre que ces dernières se prêteraient mal à une lecture bilatérale, dans la mesure où celle-ci révélerait certaines contradictions. En effet, la thèse bilatéraliste part du postulat selon lequel les normes ne délimitent pas leur domaine d'application spatial.

⁹²⁶ V. not. thèse préc. note 887, p. 328.

⁹²⁷ Sur les normes autolimitées, V. not. P. KINSCH, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *RCDIP* 2003, p. 403.

⁹²⁸ L'analyse est menée p. 428 et s., thèse préc. Rappelons que certaines directives interdisent la désignation de la loi d'un Etat n'assurant pas un certain seuil de protection; d'autres restreignent l'interdiction à la seule hypothèse du choix de la loi d'un Etat extérieur à l'Union ; d'autres écartent les dérogations contractuelles à leurs dispositions matérielles ; enfin, certaines ne se prononcent pas sur leur impérativité (mais la jurisprudence *Ingmar* montre qu'elles peuvent néanmoins être considérées comme des lois de police.)

Ainsi, selon une lecture bilatérale, la disposition insérée dans une directive interdisant aux parties de déroger à celle-ci⁹²⁹ ne concerne que le droit matériel et n'empêche pas les parties de choisir une loi étrangère pour régir leur contrat international. Ce n'est que si la norme impérative (au sens du droit interne) est applicable en vertu des règles de rattachement que cette impérativité s'imposera aux parties.

332. Mais surtout, l'auteur croit relever une contradiction dans le système bilatéral dans le cadre des directives excluant le jeu de l'autonomie de la volonté et pas celui de la règle de conflit objective⁹³⁰. En effet, cette disposition exprime une volonté d'application propre tout en admettant le jeu des règles de conflit objectives. La contradiction est relevée par l'auteur en ces termes : « *soit la directive ne délimite pas son domaine d'application et il appartient aux règles de rattachement d'opérer cette délimitation, soit la directive délimite son domaine d'application, et l'intervention de règles de rattachement, objectives comme subjectives, ne peut que contrevenir à la volonté d'application de la directive.* »⁹³¹ Ainsi, pour l'auteur, l'exclusion de l'autonomie de la volonté témoigne de ce que la directive entend assigner un certain domaine d'application dans l'espace à ses objectifs. Dès lors, le postulat de base sur lequel repose la théorie bilatérale et selon lequel les normes ne déterminent pas leur domaine d'application spatial est contrarié. La seule issue possible consiste alors à recourir à une exception : les lois de police.

La lecture bilatéraliste de la directive « *timesharing* » révèle pour l'auteur une contradiction similaire. En effet, elle ne conçoit pas que des règles de rattachement puissent concurrencer la délimitation autonome du domaine d'application spatial de cette directive⁹³².

333. C'est finalement lorsque les directives sont silencieuses sur leur caractère impératif que se révèle, selon l'auteur, l'inconvénient le plus grave de la théorie bilatéraliste. En effet, parce qu'il associe, selon elle, l'existence de critères d'applicabilité à la qualification « loi de police », le raisonnement bilatéraliste débouche sur une « généralisation malencontreuse » en assimilant systématiquement les normes assorties de critères d'applicabilité à des lois de police. Ainsi, pour l'auteur, le système bilatéraliste invite à considérer que « *Toutes les*

⁹²⁹ Il est fait référence ici à la directive concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, à la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux ainsi qu'à la directive concernant les agents commerciaux indépendants.

⁹³⁰ Il s'agit de celles répertoriées par l'auteur comme présentant un critère d'applicabilité lié à une disposition spécifique établissant le caractère impératif de la directive. Sont visées plus particulièrement la directive sur les clauses abusives, celle concernant les contrats à distance, la directive concernant certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation ainsi que celle concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

⁹³¹ Thèse préc., spéc. p. 307.

⁹³² *Op. cit.*, not. p. 432.

normes assorties de critères d'applicabilité implicites ou explicites doivent fonctionner comme des lois de police puisqu'il n'existe pas d'autre clef explicative de la présence de critères d'applicabilité. »⁹³³ Face à ces inconvénients, l'auteur estime que la méthode unilatérale permettrait une lecture plus cohérente des directives comportant des dispositions impératives.

4. Méthode unilatérale et distinction entre impérativité et domaine d'application spatial.

334. La méthode unilatérale repose sur le postulat selon lequel les normes déterminent leur domaine d'application spatial. Elle offrirait un cadre théorique mieux adapté que la méthode bilatérale à la bonne compréhension des directives consuméristes. Ainsi, dans les directives établissant le caractère impératif de toutes ou parties de leurs dispositions, la précision selon laquelle l'acte en cause interdit toute dérogation à son contenu peut concerner tout autant le droit matériel que le choix d'une loi aboutissant à contourner ses objectifs. En effet, l'impérativité peut connaître des gradations : les dispositions de l'acte en cause peuvent être simplement supplétives, impératives ou internationalement impératives. L'existence d'une volonté d'application ne préjuge en rien du caractère impératif de la norme. Et pour savoir si la norme entend s'opposer à une clause de choix de loi qui aboutirait à l'éluder ou bien seulement à des stipulations contractuelles différentes, il faut interpréter l'instrument en cause.

Ensuite, la méthode unilatéraliste offrirait une lecture plus simple et plus cohérente aux dispositions visant à écarter uniquement le choix d'une loi par les parties, ainsi qu'aux dispositions visant à écarter l'application d'une loi moins protectrice du consommateur que la directive⁹³⁴. En effet, dans un système unilatéraliste, il n'existe pas de règles de rattachement. Le seul moyen d'échapper au domaine d'application d'une norme consiste, pour les parties, à faire usage de l'autonomie de la volonté en choisissant une loi tierce. Ainsi, si la norme n'entend pas autoriser les parties à se prévaloir d'une telle faculté, il lui suffit d'exclure l'autonomie de la volonté puisque par hypothèse, il n'y a rien d'autre à exclure.

La méthode unilatérale offrirait donc une lecture à la fois plus simple et plus cohérente aux dispositions relatives à l'impérativité que la méthode bilatérale qui doit admettre une contradiction, à savoir le postulat selon lequel les normes ne délimitent pas leur domaine d'application spatial et une exception à ce postulat incarnée par les lois de police. Reste que la lecture unilatérale est absolument inconciliable avec la lettre de la directive « *timesharing* » qui, on l'a vu, postule la mise en œuvre de règles de conflit ; ce qui n'empêche pas l'auteur de

⁹³³ *Op. cit.*, p. 427.

⁹³⁴ *Op. cit.*, respectivement p. 430 et 432.

condamner les règles de conflit bilatérales en raison de leur incompatibilité avec le constat de l'autodélimitation de la sphère d'application spatiale du droit dérivé.

B. L'incompatibilité entre le constat et l'existence de règles bilatérales.

335. L'auteur tire ensuite les conséquences de son constat concernant la délimitation autonome du champ d'application des actes issus du droit dérivé. Une première conséquence concerne la problématique des transpositions des directives dans les ordres juridiques nationaux.⁹³⁵ Mais au-delà de cette problématique, c'est le devenir de la convention de Rome qui constitue l'enjeu majeur des conséquences que l'auteur entend tirer de son constat (2).

1. Conséquences de la thèse dans le cadre de la transposition des directives.

336. On verra que le débat ayant surgi lors de la transposition de nombreuses directives consuméristes s'est concentré largement sur les questions de savoir si les directives comportant des précisions sur leur caractère impératif devaient être considérées comme des lois de police et comment concilier les exigences communautaires avec la convention de Rome qui, outre un article consacré aux lois de police, contient une disposition spécifique visant à assurer aux consommateurs l'application des dispositions impératives protectrices de leur pays de résidence habituelle⁹³⁶.

L'auteur s'écarte du débat concernant les rapports entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome et soutient la position originale selon laquelle la méthode unilatérale de délimitation de son domaine d'application employée par le législateur communautaire évince automatiquement la mise en œuvre de la convention de Rome en vertu du principe de primauté. Le « verdict » était prévisible : l'auteur propose donc de résoudre la question de la combinaison entre les directives (qui incarnent la méthode unilatéraliste) et la convention de Rome (qui témoigne largement d'un contexte bilatéraliste) en utilisant les outils de l'unilatéralisme, ce qui conduit « à considérer que les règles de rattachement bilatérales ne peuvent déterminer le domaine d'application de ces directives et que leur domaine déterminé de manière autonome doit donc s'imposer. »⁹³⁷ Autrement dit, l'autodélimitation du domaine d'application spatial des directives fait échec aux règles de conflit bilatérales. Cet effet se produirait indépendamment du caractère impératif de l'acte en cause, en raison de l'existence même d'un champ d'application déterminé dans l'instrument. Les législateurs nationaux devraient en tirer les conséquences au stade de la transposition. Ainsi ceux-ci devraient

⁹³⁵ *Op. cit.*, p. 446 et s.

⁹³⁶ *V. infra*, n° 508 et s.

⁹³⁷ Thèse préc. note 887, p. 451.

intégrer dans leur législation respective les critères d'applicabilité des directives communautaires.

Pour asseoir définitivement la primauté du principe de délimitation autonome, par les instruments de droit dérivé, de leur domaine d'application par rapport à la convention de Rome, l'auteur se réfère à l'article 20 de cette convention⁹³⁸. Pour elle, la priorité accordée par ce texte aux dispositions du droit dérivé concernerait donc logiquement l'article 5, mais également l'article 7. Il ne serait donc pas nécessaire de passer par le vecteur des lois de police pour asseoir la primauté du droit communautaire dérivé. Une telle conséquence rend sans objet le débat concernant les rapports entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome puisque les critères d'applicabilité soi-disant retenus dans les directives évincent automatiquement ceux, étroits, retenus par l'article 5. Et l'auteur d'ajouter que si le législateur avait entendu qu'il en fût autrement, il aurait tout simplement fait un renvoi exprès à la convention de Rome.

Affirmer, à l'instar de l'auteur, que l'autodélimitation du domaine spatial des directives doit évincer les règles de la convention de Rome la conduit inévitablement à s'interroger sur le devenir de celle-ci.

2. Les conséquences sur le devenir de la convention de Rome.

337. L'auteur pousse sa réflexion en tirant les conséquences de ce qui précède quant au devenir de la convention de Rome⁹³⁹. Son rôle promet en effet d'être restreint si l'on admet qu'elle doit être écartée dès lors qu'un instrument communautaire délimitant lui-même son domaine d'application spatial est intervenu dans une matière potentiellement couverte par la convention. De fait, l'auteur estime que l'essor du droit dérivé réduit d'autant la place de la convention. Songeant à la communautarisation très probable de la convention de Rome dans un proche avenir, elle écrit que « *La place des règles de rattachement multilatérales dans l'ordre juridique communautaire doit être réfléchie au regard de la délimitation autonome de l'applicabilité du droit dérivé.* »⁹⁴⁰ Elle suggère donc d'envisager sérieusement les rapports entre la convention et le droit communautaire dérivé, à défaut de quoi « *la cohérence de la politique législative communautaire serait remise en cause.* »⁹⁴¹

⁹³⁸ Rappelons que ce texte prévoit que la convention ne préjuge pas l'application des règles de droit international privé contenues « *dans les actes émanant des institutions européennes, ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes* ».

⁹³⁹ *Op. cit.*, p. 452.

⁹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 453.

⁹⁴¹ *Op. cit.*, *loc. cit.* La question suivante, formulée par l'auteur, résume bien la contradiction qu'elle relève dans les rapports entre autodétermination du domaine d'application spatial des instruments du droit dérivé et convention de Rome dans la perspective de sa communautarisation : « *comment le même législateur peut-il à la fois déterminer le domaine d'application de ses propres normes et édicter des règles de rattachement qui*

Cette conclusion, on le voit, se situe aux antipodes de notre conviction concernant les bienfaits de la méthode bilatérale dans le contexte communautaire. C'est pourquoi l'on ne peut y adhérer et il faut à présent expliquer pourquoi.

Section II : *Les critiques à l'encontre d'une généralisation de la méthode unilatérale.*

338. La démarche même utilisée par l'auteur conduit à condamner les conséquences qu'elle tire de son constat. En effet, il nous semble que le droit n'a pas pour vocation à s'adapter au « réel ». Et au-delà de la démarche scientifique retenue, la conséquence consistant à réhabiliter la méthode unilatérale, outre qu'elle conduit à une régression au plan théorique, nous semble emporter avec elle les critiques qui ont été adressées à l'encontre de celle-ci. Hormis ses inconvénients d'ordre théorique (§ I), la thèse n'est pas exempte de critiques au stade de la mise en œuvre des principes préconisés par l'auteur (§ II).

§ I : Les inconvénients d'ordre théorique.

339. Nous ne comprenons pas pourquoi le droit international privé devrait tirer les leçons du droit communautaire. C'est qu'en réalité, la thèse de l'auteur repose essentiellement sur un parti pris en faveur de la théorie unilatéraliste (A) qui présente pour nous l'inconvénient décisif de marquer une régression du droit international privé (B). Si nous ne nions pas le recours, par le droit communautaire, à la méthode unilatérale, il nous semble que c'est du côté des spécificités de cet ordre juridique que la justification doit en être trouvée, et non pas dans le caractère normatif des actes du droit dérivé. Or ces spécificités concernent essentiellement le droit primaire, ce qui interdit de préconiser une généralisation de la méthode unilatérale. C'est donc en rappelant la fonction particulière qu'assure la méthode unilatérale en droit primaire que l'on comprendra pourquoi une généralisation de cette méthode semble infondée (C).

A. Un parti pris en faveur de la thèse unilatéraliste.

340. Bien que l'auteur affirme se baser sur une observation du « réel » lorsqu'elle examine les méthodes de droit international privé utilisées par le législateur communautaire, elle ne va pas au bout de cette logique, puisqu'elle occulte, pour n'évoquer ici que la matière contractuelle,

viennent contrecarrer et complexifier les hypothèses d'application desdites normes ? » (Thèse préc., p. 332, note 990). V. égal. les réflexions de l'auteur, p. 649 : eu égard aux observations et prises de position de l'auteur, celle-ci explique que l'intérêt d'une communautarisation prochaine de la convention de Rome est bien mince puisque l'instrument n'aurait vocation à s'appliquer que dans le domaine non harmonisé ainsi que dans les relations entre Etats membres et Etats tiers ; par ailleurs, elle semble considérer qu'il faudrait s'inspirer des doctrines unilatéralistes dans le cadre de l'élaboration de l'instrument. Autrement dit, le système permettant de désigner la loi étrangère devrait reposer sur une prise en considération de sa propre volonté d'application.

outre les règles de conflit bilatérales élaborées dans le domaine des assurances, notamment l'entreprise d'envergure que représente la communautarisation de la convention de Rome. En effet, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »)⁹⁴² ne s'inscrit pas dans la logique de la thèse soutenue par l'auteur puisque celui-ci est présenté comme reprenant à son compte les solutions consacrées par la convention de Rome tout en y apportant des modifications dont la nécessité avait au fil du temps paru s'imposer. On remarque d'ailleurs que la proposition étend le domaine des règles bilatérales puisqu'elle innove en consacrant une disposition particulière au contrat de représentation qui permet de déterminer la loi applicable au contrat de représentation et également une disposition spécifique concernant les rapports entre le représenté et le tiers. Par ailleurs, la proposition règle la question des relations entre le règlement et les autres instruments communautaires. C'est ainsi que l'article 22 fait prévaloir certains instruments issus du droit dérivé figurant dans une annexe du règlement, sur ce dernier. Or aucun des instruments passés en revue par l'auteur n'y apparaît. Par ailleurs, deux d'entre eux (les directives « assurances ») utilisent la méthode bilatérale.

Du même coup, cela tendrait plutôt à montrer que l'approche unilatérale auparavant suivie révélait une absence de conscience réelle des questions de droit international privé. On sait en effet le peu de cas que le droit communautaire a longtemps fait du droit international privé.

Dès lors, l'argument soulignant que les directives délimitant soi-disant leur champ d'application spatial ne comportent aucune référence à la convention de Rome est à lui seul largement insuffisant pour justifier la mise à l'écart des règles de conflit de lois par une volonté implicite du législateur communautaire⁹⁴³. En outre, pourquoi le législateur communautaire devrait-il être explicite sur ce point alors que de façon générale, l'auteur s'en remet à une méthode d'interprétation du domaine d'application du droit dérivé visant notamment à déceler sa volonté implicite ?

En tout cas, la démarche consistant à reléguer au second rang des instruments de grande envergure qui posent des règles de conflit bilatérales, pour privilégier systématiquement, par

⁹⁴² COM (2005) 650 final.

⁹⁴³ Il est vrai que la décision récente de la Cour de justice condamnant l'Espagne en manquement (pour plus de détails à ce sujet, V. *infra*, n° 541 et s.) montre que l'article 5, tel qu'il est actuellement rédigé, ne satisfait pas la Cour en ce qu'il délimite de façon trop restrictive le domaine spatial de la protection du consommateur. Pour autant, rien, dans cet arrêt, n'indique la volonté du juge communautaire de vouloir se passer de règles de conflit bilatérales en vue de déterminer ce domaine. De même, la Cour ne précise pas que la raison de la mise à l'écart de l'article 5 se justifie par l'existence, dans la directive « clauses abusives », d'un domaine propre d'application défini unilatéralement. Elle se contente simplement d'estimer que ce texte ne permet pas d'assurer efficacement la protection du consommateur dans le cadre de l'instrument en cause.

le recours à une interprétation de la soi-disant volonté implicite du législateur communautaire, la méthode unilatérale, témoigne d'un parti pris en faveur de cette dernière.

341. Celui-ci transparaît également occasionnellement dans certains développements. Ainsi, à l'occasion de l'examen de la directive « *timesharing* », l'auteur met bien évidence la nécessité, pour le législateur communautaire, d'écarter le jeu des règles de droit international privé permettant normalement de désigner la loi applicable au contrat dès lors que celle-ci priverait le consommateur de la protection que lui offre la directive. Ainsi l'article 9 de cette directive prescrit aux Etats membres de prendre « *les mesures nécessaires pour que, quelle que soit la loi applicable, l'acquéreur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive (...)* ». La précision « *quelle que soit la loi applicable* » montre bien que le législateur communautaire intègre le jeu de la règle de conflit bilatérale dans le présupposé de la règle.

L'auteur admet que cette directive intervient dans un contexte bilatéral et que le législateur communautaire en a conscience puisque le mécanisme ainsi mis en place postule la mise en œuvre d'une règle de conflit bilatérale⁹⁴⁴. En effet, c'est parce qu'il a pris conscience que des règles de conflit pourraient contrecarrer les objectifs qu'il poursuivait, qu'il a précisément adopté une mesure visant à déroger à ces règles. Cela montre que si certaines directives comportent des indications sur leur domaine d'application spatial, elles n'entendent pas pour autant exclure *ipso facto* le jeu des règles de conflit bilatérales. Et si l'on admet que le législateur communautaire a eu conscience de l'existence de règles de conflit en ce domaine, pourquoi n'en irait-il pas de même dans d'autres matières ? Constater que le législateur communautaire a entendu délimiter le domaine d'application spatial de la directive et en tirer la conséquence que par ce seul fait, il entend évincer les règles de conflit bilatérales relève donc d'un parti pris en faveur de la thèse unilatérale.

342. D'ailleurs, comparant le cas des directives avec celui des règlements qu'elle a précédemment examinés⁹⁴⁵ (dans le domaine de la concurrence et dans celui des transports), l'auteur relève bien que la position du législateur communautaire dans les rapports entre droit communautaire et droit international privé n'y est pas la même⁹⁴⁶. En effet, ces règlements,

⁹⁴⁴ Thèse préc., p. 291.

⁹⁴⁵ *Op. cit.*, titre I, p. 67 et s.

⁹⁴⁶ A ce sujet, l'auteur reconnaît d'ailleurs qu'il existe « *une différence de matière puisque (...) les directives se rapprochent plus du droit privé que les règlements (présentés auparavant)* ». Mais l'auteur poursuit : « *L'on peut supposer que cette différence repose essentiellement sur des habitudes de raisonnement. En matière de droit privé, il est usuel de régler la question du conflit de lois au moyen de règles bilatérales. En outre, les directives sont destinées à s'insérer dans les ordres juridiques nationaux, au sein desquels existe un arsenal de règles de rattachement bilatérales que le législateur communautaire peut difficilement ignorer.* » Pourtant,

qui utilisent incontestablement la méthode unilatérale, ne postulent pas la mise en œuvre préalable d'une règle de conflit bilatérale, à la différence de nombreuses directives consuméristes.

En réalité, cette différence se justifie simplement par le fait que dans les matières se situant à la périphérie du droit privé, il n'existe tout simplement pas de règles claires de conflit de lois dans les Etats membres ; en outre, les matières analysées par l'auteur et qui sont régies par des règlements communautaires sont celles dans lesquelles le droit communautaire dispose d'une compétence importante, contrairement aux pures matières de droit privé. Enfin, les règlements, procédant à une unification pure et simple du droit, coupent court à tout conflit de lois ; tandis que la directive est plus souple à cet égard, puisqu'elle laisse une marge de manœuvre aux Etats membres. Ces différences expliquent la différence de traitement entre règlements et directives au regard du conflit de lois.

343. Il est par ailleurs reproché à la théorie bilatérale de ne pas bien rendre compte de la distinction entre le domaine d'application d'une norme et son impérativité, puisque lorsque par exception au schéma bilatéral, il arrive que la volonté d'application d'une norme soit prise en compte, c'est par le canal des lois de police (internationalement impératives) qu'elle s'impose. Ainsi, selon cette conception, il n'y a pas lieu de faire une dissociation nette entre impérativité internationale et domaine d'application, les deux étant indissolublement liés, puisque l'efficacité même de la norme, autrement dit son but, commande son domaine d'application exorbitant.

A vrai dire, le reproche paraît pertinent à propos de la conception extensive des lois de police. Mais nous avons présenté notre conception très restrictive en la matière⁹⁴⁷, qui nous conduit à les cantonner très rigoureusement. Seule la conception large des lois de police, que nous rejetons, présente certainement l'inconvénient de ne pas bien faire la distinction. Au demeurant, l'altération du concept de lois de police que l'on observe aujourd'hui, consistant à admettre l'application de la loi normalement applicable si elle est au moins aussi favorable que la prétendue loi de police, montre bien les défauts de cette conception élargie et la nécessité de distinguer les deux questions au sein de la méthode bilatérale. D'ailleurs, si l'auteur reproche à la théorie bilatéraliste de ne généralement pas faire la distinction entre domaine d'application spécifique et impérativité, elle admet toutefois que l'article 5 fait bien

l'auteur estime que « (...) rien n'empêche la directive de protection des consommateurs d'adopter une logique unilatéraliste. » (Op. cit., p. 291). Certes, mais l'affirmation relève d'une pétition de principe.

⁹⁴⁷ V. *supra*, chapitre préliminaire, n° 37 et s.

la différence⁹⁴⁸ puisque dans l'hypothèse d'un choix de loi effectué par les parties, les dispositions impératives protectrices du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ne doivent être respectées que si la loi choisie n'assure pas au consommateur une protection au moins équivalente à celles-ci. Et à défaut de choix, le texte désigne, grâce à une règle bilatérale, la loi de résidence habituelle du consommateur. Il rend donc bien compte de la différence entre impérativité et domaine d'application spatial.

Il semble donc finalement que la thèse de Mme FRANCO accrédi-te la nôtre en ce qui concerne l'intérêt de la distinction entre dispositions simplement impératives et dispositions internationalement impératives. Elle permet de procurer définitivement toute sa justification à une conception stricte en matière de lois de police. En somme, elle invite à encourager l'extension du domaine des dispositions impératives protectrices, et corrélativement à restreindre celui des lois de police.

Le parti pris de l'auteur en faveur de la méthode unilatérale se révèle enfin lorsque l'on examine concrètement, à partir des directives consuméristes, la portée de l'affirmation selon laquelle celle-ci serait mieux à même que la méthode bilatérale de rendre compte de la différence entre champ d'application spatial et impérativité.

On a vu que l'auteur croyait discerner sur ce point une contradiction dans les directives consuméristes excluant l'autonomie de la volonté tout en admettant le jeu de la règle de conflit objective. Mais en quoi le fait de rejeter l'autonomie de la volonté attesterait-il nécessairement l'existence d'une volonté propre d'application ? Cela n'exclut pas en soi la mise en œuvre d'une autre règle de conflit (objective). Il s'agit simplement d'éviter que le cocontractant en situation de supériorité ne fasse usage de l'autonomie de la volonté au détriment du consommateur. Il semble plutôt que cette dissociation montre que la méthode bilatérale, contrairement à ce que soutient l'auteur, est parfaitement capable de faire la distinction entre la question de l'impérativité d'une norme et celle de son domaine d'application. En outre, ces directives raisonnent en termes d'objectifs à atteindre. En l'occurrence, il s'agit de faire en sorte que le consommateur ne soit pas privé de la protection que lui offre la directive par le choix d'une loi. On en déduit qu'elles ne condamnent pas ce choix lorsqu'il conduit à assurer une protection supplémentaire au consommateur. Il sera nécessaire, le cas échéant, d'apprécier la protection offerte respectivement par la loi choisie par les parties et par celle qui serait objectivement applicable⁹⁴⁹.

⁹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 331.

⁹⁴⁹ Toute la difficulté consiste à identifier celle-ci, les critères retenus à l'article 5 de la convention de Rome ne satisfaisant manifestement pas la Cour de justice. V. CJCE, 9 septembre 2004, *Commission contre Espagne*, aff.

Nous ne voyons pas non plus où se situe, sur cette même question, la contradiction de la directive *timesharing*. Celle-ci postule la mise en œuvre de la règle de conflit et exige même une comparaison entre la protection offerte respectivement par la loi de l'Etat de situation de l'immeuble et celle désignée par la règle de conflit (objective comme subjective).

En réalité, les prétendues contradictions mises en évidence par l'auteur sont inéluctables dans la mesure où elle part du postulat (qui relève d'un parti pris) selon lequel les directives précitées déterminent unilatéralement leur domaine d'application spatial. Dès lors, elle ne peut (veut) admettre le jeu d'une quelconque règle de conflit bilatérale, sauf à dénoncer une contradiction...

Non seulement l'extension de la méthode unilatérale notamment en droit dérivé ne repose sur aucune justification, mais surtout, elle marquerait une nette régression du droit international privé.

B. La régression du droit international privé.

344. A ce stade, il faut rappeler que l'auteur base son analyse sur une tendance « spontanée »⁹⁵⁰ du législateur communautaire. Or ce contexte d'analyse autorise une comparaison avec la tendance spontanée des divers ordres juridiques à la veille de la naissance du droit international privé. En effet, il semble que l'évolution de l'appréhension du droit international privé par le droit communautaire présente des similitudes avec l'évolution historique du droit international privé observée à propos des ordres juridiques nationaux. L'ancienne théorie des statuts ne marquait-elle pas une période où chaque région ne raisonnait que par rapport à sa propre législation, faisant ainsi abstraction des questions de droit international privé ? L'histoire du droit international privé enseigne que d'une approche statutiste (donc unilatéraliste), les Etats sont passés à une méthode plus élaborée telle que celle conçue par SAVIGNY. Or il est fort probable que le besoin de chercher à créer un système de règles de conflit de lois coïncide avec une ouverture entre les Etats⁹⁵¹. En somme,

C-70/03 (*Rec.*, p. I-7999; *Europe* 2004, *comm.* n° 376, obs. L. IDOT ; *JDI* 2005, p. 819, note J.-S. BERGE et M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *RCDIP* 2005, p. 457, note M. AUDIT). Pour plus de développements à ce sujet, V. *infra*, n° 541 et s.

⁹⁵⁰ Thèse préc. note 887, p. 48. Ainsi, le droit communautaire offre l'« occasion d'observer ce qui vient naturellement sous la plume d'un législateur », *op. cit.*, p. 50.

⁹⁵¹ V. MEIJERS : « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *RCADI*, 1934-III, p. 543 ; BARILE : « Fonction historique du droit international privé », *RCADI*, 1965-III, p. 30 ; GUTZWILLER : « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929-IV, p. 348. Ce dernier auteur souligne l'importance du rôle historique du droit international privé. Il estime en effet que l'histoire du droit international privé « constitue (...) « la boussole » qui indique l'orientation des idées et leur degré d'importance ». Il explique que « la préexistence et l'ancienneté des règles du droit international jouent un rôle considérable ; dans le doute, il sera souvent nécessaire de recourir à ce trésor séculaire : donner la préférence à

plus les relations entre les Etats se sont accrues, plus ces derniers ont pris conscience de l'importance de la question de la détermination de la loi gouvernant les rapports de droit privé, plus ce besoin s'est fait sentir. Il ne faut donc pas perdre de vue le contexte historique de l'émergence de la méthode bilatérale. Celui-ci montre en effet qu'elle est venue succéder à une méthode manifestant un défaut de prise de conscience des questions de droit international privé. D'ailleurs, à l'époque de l'unilatéralisme, on n'évoque guère ce concept de droit international privé.

Le schéma pourrait être transposé au droit communautaire. Ainsi cette tendance spontanée à recourir à la méthode unilatérale pour délimiter son domaine d'application spatial montre qu'il en est à un stade primitif en matière de prise de conscience des questions de droit international privé. C'est pourquoi la thèse présentée nous semble dangereuse car adapter le droit international privé contemporain à l'approche communautaire marquerait une régression de la matière. Au contraire, au fil du temps, il nous semble que le droit communautaire devrait davantage intégrer le raisonnement internationaliste, lequel a prouvé son efficacité.

345. Plus fondamentalement, l'on ne peut que s'inquiéter de la physionomie que présenterait le droit international privé communautaire s'il devait consacrer un retour à l'unilatéralisme. D'ailleurs, des auteurs dénoncent à juste titre l'utilisation de la méthode unilatérale en droit dérivé, qui témoigne d'un « exclusivisme juridique »⁹⁵². De même, certains se sont inquiétés, à la lecture de l'arrêt *Ingmar*, de la « promotion d'un « forisme communautaire » »⁹⁵³. En effet, le recours à la méthode unilatérale témoigne de ce que le droit communautaire ne se soucie pas de chercher à coordonner les systèmes, mais bien plutôt de promouvoir ses propres valeurs, en leur assignant un vaste domaine d'application. Dans un tel contexte, le droit international privé n'assume pas sa fonction traditionnelle visant à coordonner les droits des différents systèmes juridiques. Comme l'écrit Mme GANNAGE, l'appréhension, par le droit communautaire, des relations transfrontières « paraît moins soucieuse de l'harmonie

un principe bien fondé ; sacrifier un autre principe qui ne l'est pas ». *Op. cit.*, spéc. p. 293. Il nous semble que ces directives invitent davantage le droit communautaire à tirer les leçons de l'évolution générale du droit international privé plutôt que l'inverse.

⁹⁵² V. D. LEFRANC, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », *RCDIP* 2005, p. 413, spéc. p. 423. L'auteur déplore ainsi que la logique communautaire restreigne le domaine de la loi étrangère, marquant ainsi une certaine méfiance à l'égard de celle-ci (*op. cit.*, p. 425/426). Ainsi, il estime que la notion de « niveau de protection » utilisée dans de nombreuses directives consuméristes incarne une « notion politique, en vertu de laquelle le droit communautaire assure tant son efficacité interne que sa suprématie externe. » (*Op. cit.*, p. 429).

⁹⁵³ L'expression est de L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mélanges J. CALAIS-AULOY, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 421, spéc. p. 434.

internationale des solutions que de la valorisation du droit communautaire. »⁹⁵⁴ Et la solution rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation française⁹⁵⁵ attesterait, selon l'auteur, de la différence d'approche entre le droit communautaire et les droits nationaux au regard du règlement du conflit de lois.

Cette démarche unilatéraliste s'explique, selon M. LEFRANC, par la finalité matérielle des règles de conflit communautaires, qui cherchent à assurer un double objectif, à savoir garantir la protection des parties faibles (en droit de la consommation notamment), ainsi que la réalisation d'un marché intérieur libéré de toute entrave. Or il nous semble que si la seconde explication peut justifier le recours à l'unilatéralisme en particulier en droit primaire, la première ne paraît pas en mesure de le justifier, puisqu'une autre méthode peut parfaitement atteindre les objectifs matériels recherchés par le droit communautaire, tout en préservant la vertu coordinatrice du droit international privé. Car ce qui est critiquable n'est pas l'objectif en soi, c'est le fait d'étendre outre mesure le domaine d'application spatiale du droit communautaire au détriment du droit étranger. Et la technique est tout aussi condamnable lorsqu'elle aboutit à réserver une protection à des personnes ayant leur résidence habituelle au sein de l'Union.

C'est ainsi par exemple qu'il est difficile de comprendre pourquoi l'article 5 de la proposition de règlement « Rome I » a été rédigé en termes unilatéraux à l'égard des Etats tiers. La formule utilisée ne permet en effet au juge de l'Etat membre saisi d'assurer la protection du consommateur en le faisant bénéficier de l'application de la loi de son pays de résidence habituelle, que dans le cas où cette dernière se situe sur le territoire communautaire. En revanche, si le consommateur n'a pas sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre, on déduit de l'article 2 qui pose le caractère universel⁹⁵⁶ du règlement que celui-ci s'applique quand même, mais que ce consommateur sera soumis au régime des articles 3 et 4. Une telle différence de traitement paraît difficilement justifiable.

Cette tendance critiquable à recourir à l'unilatéralisme en droit dérivé, qui atteste des difficultés que le droit communautaire éprouve à s'imprégner du raisonnement internationaliste et à se départir de l'unilatéralisme du droit primaire nous conduit à insister sur la fonction particulière de cette méthode en droit primaire.

⁹⁵⁴ *Op. cit., loc. cit.*

⁹⁵⁵ Arrêt *Allium* Cass., com., 28 novembre 2000, *SA Allium c/ Sté Alfin incorporated et a.*, *JCP éd. G* 2001, II, 10527, note L. BERNARDEAU ; *JCP éd. E*, 2001, p. 997, note L. BERNARDEAU ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET ; *D. Aff.* 2001, *Act. jurisp.*, p. 305, note E. CHEVRIER. Cette solution s'inscrit en porte-à-faux avec l'arrêt *Ingmar* puisque la Cour de cassation refuse de voir dans la loi française de transposition de la directive relative aux agents commerciaux indépendants une loi de police.

⁹⁵⁶ Selon ce texte, « *La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un Etat membre* ».

C. La fonction particulière de la méthode unilatérale en droit primaire.

346. On a vu que selon l'auteur, le phénomène de l'autodélimitation du domaine spatial du droit dérivé s'expliquerait par son caractère normatif, ce qui lui permet de généraliser le recours à l'unilatéralisme. L'explication apportée – et dont les conséquences sont critiquables – ne peut alors concerner que le droit dérivé.

Car il nous semble qu'en ce qui concerne le droit primaire, l'utilisation de la méthode unilatérale par le droit communautaire correspond à une fonction qui lui est propre. Le droit communautaire utilise nécessairement la méthode unilatérale pour définir son domaine d'application dans l'espace parce qu'il évolue en dehors d'une structure juridique étatique. Il n'existe qu'à travers ses objectifs. C'est pourquoi il doit nécessairement raisonner par rapport à lui exclusivement lorsqu'il détermine son domaine d'application spatiale. En effet, l'approche bilatérale n'est concevable que parce que l'on part du postulat que les Etats sont strictement sur un pied d'égalité au regard du droit international public. Or le droit communautaire ne s'apparente pas à un ordre juridique. Le bilatéralisme serait dépourvu d'objet en ce qui le concerne dans la mesure où il ne se trouve pas confronté à des structures juridiques qui lui sont semblables. Il ne peut raisonner qu'à partir de ses objectifs parce que lui seul a pour tâche de réaliser de tels objectifs. C'est parce que son existence même est vouée à la réalisation d'objectifs précis et qui lui sont propres que la méthode unilatérale est la seule concevable en ce qui le concerne.

347. En droit dérivé, on constate que de très nombreux instruments visent à la fois des objectifs liés à l'établissement et/ou au fonctionnement du marché intérieur et aux conditions de concurrence dans la Communauté ainsi que des objectifs visant, par exemple, à protéger certaines personnes. Les normes produites par le droit communautaire concernant en particulier le droit des contrats reflètent logiquement la diversité des motifs ayant présidé à leur adoption.

De façon générale, lorsque le législateur communautaire entreprend une mesure d'harmonisation des droits substantiels des Etats membres, il faut distinguer deux aspects : d'une part, le principe même du rapprochement des législations qui est censé œuvrer en vue de la réalisation du marché intérieur. Et d'autre part, le contenu substantiel de la norme de droit dérivé, qui ne peut s'expliquer seulement par les objectifs fondamentaux du droit communautaire. Dès lors, ceux-ci ne devraient pas, à eux seuls, être en mesure de déterminer le domaine d'application de l'instrument en cause au regard du droit international privé ; sauf pour celui-ci à prévoir expressément une disposition en ce sens. Ainsi, en droit dérivé, la

question de la détermination du domaine spatial du droit communautaire peut se poser indépendamment de la réalisation de ses objectifs tenant à la réalisation d'un marché intérieur. Il en ira notamment ainsi en droit des contrats, par exemple en droit de la consommation. Dans cette matière, il est théoriquement tout à fait possible de dissocier la question du domaine d'application spatial des règles en cause des objectifs propres au droit communautaire. Alors que l'objectif de réalisation d'un marché intérieur est spécifique à la structure communautaire, tout producteur de normes est confronté à la question de la détermination du domaine d'application spatial de ces règles. Or il nous semble que ce n'est qu'en tant que les exigences du droit communautaire liées à la réalisation d'un marché intérieur sont concernées qu'une certaine spécificité peut en résulter au niveau de la détermination de la sphère d'application spatiale du droit communautaire. C'est pourquoi, dès lors que les spécificités communautaires concernant l'avènement d'un marché intérieur ne sont pas directement concernées, aucune raison ne justifie une remise en cause des méthodes traditionnelles du droit international privé.

348. Finalement, il nous semble que souvent, le recours à l'unilatéralisme en droit dérivé témoigne des difficultés de la Cour à se départir du territorialisme du droit primaire⁹⁵⁷. On peut comprendre qu'il en soit ainsi puisque les normes de droit dérivé sont forcément adoptées sur le fondement d'une disposition du traité. En outre, il ne faut pas perdre de vue que le contexte et le cadre procédural de la saisine de la Cour l'invitent à concentrer son analyse sur les normes communautaires (et donc les bases juridiques des actes du droit dérivé). Pourtant, en droit dérivé, la nécessité d'affirmer son efficience se retrouve dans une moindre mesure qu'en droit primaire puisqu'en principe, le contenu même de la norme doit permettre cette efficience.

Les normes du droit dérivé ont sans doute un caractère normatif, y compris les directives. Elles s'apparentent en tous points aux normes produites par tout ordre juridique. Mais, partant de ce constat, nous n'en tirons pas les mêmes conséquences que Mme FRANCQ puisque nous pensons que c'est précisément pour cette raison que l'utilisation de la méthode bilatérale est parfaitement concevable en ce qui les concerne.

Une comparaison sommaire entre l'arrêt *Ingmar*, qui intéressait le droit dérivé, et l'arrêt *Boukhalfa*, qui concernait le droit primaire, permettra d'illustrer cette difficulté qu'éprouve le droit communautaire à se détacher de l'unilatéralisme du droit primaire. Ainsi la Cour, dans l'arrêt *Ingmar*, a examiné les bases juridiques de la directive relative au contrat d'agence

⁹⁵⁷ V. en ce sens D. LEFRANC, *op. cit.* note 952, spéc. p. 425.

commerciale pour en déterminer le domaine d'application spatial. Dans le cadre de cet examen, le juge communautaire a raisonné exactement comme il le fait lorsqu'il s'interroge sur le domaine d'application spatial des libertés communautaires, c'est-à-dire suivant une interprétation téléologique des objectifs du traité, et visant à leur assurer un effet utile. L'approche y est par nature unilatérale. En somme, dans une affaire où un internationaliste soulèverait immédiatement un conflit de lois, en raisonnant à partir de la situation juridique en cause, la Cour se place sous un tout autre angle, cherchant à faire produire effet utile au droit communautaire. La démarche est identique à celle suivie dans l'affaire *Boukhalfa* qui elle, ne soulevait pas de conflit de lois. Il s'agissait de dire si la configuration spatiale de la situation en cause permettait à un particulier de se prévaloir des libertés communautaires. Pour répondre à cette question, la Cour ne peut raisonner qu'en fonction des objectifs du droit communautaire, de façon unilatérale. La question même soulevée invitait directement la Cour à préciser le domaine d'application spatial du droit communautaire. En revanche, l'arrêt *Ingmar* concernait une hypothèse de conflit de lois. Faisant fi de cette différence fondamentale entre les deux affaires, la Cour y adopte un raisonnement similaire qui révèle qu'elle a du mal à se départir de l'interprétation téléologique du traité. Or une telle approche l'empêche nécessairement de s'imprégner du raisonnement internationaliste.

Toujours est-il qu'en raison de la différence entre droit primaire, tout empreint des spécificités communautaires, et droit dérivé, qui s'apparente davantage à toute activité législative d'un ordre juridiques, nous pensons que le recours à l'unilatéralisme n'est pas davantage justifié en droit dérivé qu'il ne l'est en général. Pour autant, ce n'est pas parce que le législateur raisonne de façon unilatérale que les ordres juridiques nationaux devraient en faire de même dans le cadre des transpositions nationales. Car c'est précisément lorsque Mme FRANCOQ envisage concrètement les procédés de transposition des directives communautaires dans les divers ordres juridiques nationaux que se révèlent les inconvénients pratiques de la méthode préconisée.

§ II : Les difficultés de mise en œuvre.

349. Pour l'auteur, la démarche à suivre lorsque l'on s'interroge sur l'application d'un instrument de droit dérivé (notamment en vue de procéder à sa transposition en droit national) devrait être la suivante : il faudrait d'abord examiner le contenu de la norme communautaire ; ensuite, regarder si elle entend s'imposer de façon obligatoire uniquement dans les relations intracommunautaires ou également à l'égard des Etats tiers.

Ce raisonnement s'oppose à celui traditionnellement retenu dans le cadre de la théorie bilatéraliste qui conduit à partir de la situation juridique et à y affecter le facteur de rattachement adéquat permettant d'aboutir à la désignation de la loi applicable. Et ce n'est qu'exceptionnellement qu'une méthode dérogatoire devrait être envisagée.

La juxtaposition de ces deux méthodes permet de mieux faire ressortir l'avantage décisif que procure la seconde sur la première : celui de la sécurité juridique, dont on connaît la place essentielle en matière contractuelle. L'auteur semble en effet perdre de vue, à travers le recours à une méthode d'interprétation, les aléas qu'une telle démarche comporte et donc ses inconvénients au regard de la prévisibilité des solutions et de la sécurité juridique. Pourtant, le droit communautaire, on le sait, tient ce dernier principe pour fondamental⁹⁵⁸.

350. Dans le processus de transposition, par les législateurs nationaux, des directives communautaires, une première question concerne le choix de la formulation de critères d'applicabilité explicites ou implicites. On se souvient en effet que l'auteur estime que la plupart des instruments communautaires comportent des précisions sur leur domaine d'application dans l'espace. Or ces critères peuvent être explicites ou implicites. Et dans la recherche du domaine d'application spatial des instruments du droit dérivé, l'auteur s'en remet à un seul mot d'ordre : l'interprétation de l'instrument en cause. L'examen du domaine d'application spatial de ces actes doit être mené au cas par cas, en fonction de leur contexte respectif, et sans se fier nécessairement au domaine explicitement décrit le cas échéant par l'auteur de la norme. En effet, pour l'auteur, ce caractère explicite n'est pas décisif pour en déduire de façon certaine le domaine d'application d'un instrument de droit dérivé⁹⁵⁹. D'ailleurs, elle doute même de la fiabilité et des vertus des critères explicites, ce qui la conduit à préférer finalement des critères implicites, notamment au stade des transpositions dans les divers ordres juridiques nationaux. Elle note en effet que l'énonciation de critères explicites présente deux inconvénients majeurs au regard de la détermination du domaine d'application spatial des normes. D'une part, des critères fermés seraient source de difficultés pour le juge dans sa tâche d'interprétation ; d'autre part, l'énonciation de critères explicites

⁹⁵⁸ V. *supra*, n° 159.

⁹⁵⁹ V. notamment les conclusions de l'analyse menée par l'auteur à propos de la détermination du champ d'application spatiale de la directive « détachement » (thèse préc., spéc. p. 373). Elle explique que la disposition de cette directive expressément consacrée à cet effet (article 1^{er}, paragraphe 1) ne contient pas tous les critères requis en vue d'en déterminer le champ d'application spatiale. Ainsi, l'exigence relative à la nationalité des sociétés n'y figure pas, alors que l'objectif de la directive semble requérir que les sociétés visées aient la nationalité d'un Etat membre ; inversement, cette disposition est muette sur le sort réservé aux entreprises d'Etats tiers. Or on apprend plus loin dans la directive que celles-ci ne peuvent se voir appliquer des dispositions nationales plus favorables (article 1^{er}, paragraphe 4).

serait incapable « *d'anticiper l'infinie variation de la configuration des situations internationales* »⁹⁶⁰.

C'est ainsi que, parfois, les critères explicites s'avèrent inadaptés aux objectifs de l'instrument en cause. Par exemple, la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises⁹⁶¹, dont l'objectif est de protéger les travailleurs contre les effets négatifs d'une restructuration d'entreprises, en leur assurant la pérennité de leur contrat de travail et de leurs conditions de travail, ne protège pas les travailleurs d'une entreprise européenne acquérant une entreprise établie dans un Etat tiers. En effet, l'article 1^{er}, paragraphe 2 de la directive précise qu'elle s'applique « *si et dans la mesure où l'entreprise, l'établissement ou la partie d'entreprise ou d'établissement à transférer se trouve dans le champ d'application territorial du traité* ». C'est donc la situation de l'entreprise (ou partie d'entreprise) ou de l'établissement (ou partie d'établissement) cédé(e) sur le territoire communautaire qui détermine l'application de la directive. Celle-ci n'intervient pas dans l'hypothèse d'une entreprise établie dans un Etat membre acquérant une entreprise localisée dans un Etat tiers, tandis qu'elle s'applique dans l'hypothèse d'une entreprise établie dans un Etat membre et transférée à une entreprise située dans un Etat tiers. Or pour Mme FRANCQ, ce critère explicite d'applicabilité ne serait pas sans inconvénients en ce qu'il empêche de protéger les travailleurs d'une entreprise située dans un Etat membre acquérant une entreprise située dans un Etat tiers⁹⁶². En revanche, si aucun critère d'applicabilité n'avait été prévu, l'analyse des dispositions matérielles de la directive, de ses considérants ainsi que de ses objectifs, aurait certainement pu permettre à ces travailleurs de bénéficier de la protection offerte par la directive.

351. C'est donc au terme d'un processus consistant à lire l'ensemble des dispositions de chaque directive, à analyser les considérants et les objectifs de chaque instrument ainsi qu'à se référer aux bases juridiques sur lesquelles il a été adopté et à l'étendue des compétences communautaires que doit se déduire son domaine d'application spatial. Ainsi, il faudrait, pour chaque instrument, se plonger dans la lecture minutieuse des considérants de l'instrument en cause, de ses différentes dispositions, même celles ne se présentant pas comme visant à déterminer le domaine d'application spatial de l'acte. La tâche paraît insurmontable ! Et le

⁹⁶⁰ Thèse préc. note 887, p. 453.

⁹⁶¹ Directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de partie d'établissements (*JOCE* n° L 61, 1977, p. 26) devenue directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de partie d'établissements (*JOCE* n° L 82, 2001, p. 16.)

⁹⁶² On peut en effet discuter de la question de savoir si les salariés de l'entreprise cessionnaire doivent bénéficier d'un régime protecteur.

risque de contradictions entre les Etats membres est grand ! Car comment imaginer que vingt-cinq législateurs nationaux puissent interpréter de la même manière un domaine d'application soi-disant voulu par le législateur, si tant est que l'on admette que celui-ci ait vraiment voulu ou du moins ait eu conscience de la portée de la délimitation autonome du domaine d'application de l'acte ? La formulation même de cette question permet de douter de l'hypothèse selon laquelle le législateur détermine systématiquement de façon autonome le domaine d'application des instruments du droit dérivé. En effet, s'il avait vraiment conscience de cette démarche, on peut imaginer qu'il multiplierait les efforts en vue de clarifier les dispositions en la matière. L'auteur met même en garde contre l'idée de transcrire explicitement, dans une législation nationale, des critères énoncés implicitement dans une directive⁹⁶³. Où il faut voir un aveu du manque de fiabilité de la méthode... Autant rester dans le flou, la sécurité juridique n'en sera que davantage mise à mal...

On le voit, la méthode promet de ne pas être fiable et de déboucher sur l'insécurité juridique dont la matière contractuelle ne peut s'accommoder. Elle avoue au demeurant elle-même les limites de la méthode préconisée : « *Malgré tous les inconvénients que peut présenter la tentative de formulation de critères explicites d'applicabilité dans la transposition nationale, on notera que leur absence impose au juge un lourd travail d'interprétation.* »⁹⁶⁴ Au total, à lire l'auteur, on est bien en peine de conseiller au législateur national une méthode en vue de procéder à la transcription, en droit national, des critères d'applicabilité des directives communautaires. Certes, des critères explicites peuvent s'avérer au fil du temps inadaptés à l'objectif de la règle matérielle, mais il en va de même pour toutes les dispositions matérielles. Et il faut admettre que les critères explicites présentent un avantage décisif sur les critères implicites : celui d'assurer la prévisibilité des solutions et donc la sécurité juridique. Et ces objectifs sont plus sûrement atteints si ces critères explicites sont inscrits dans des règles de conflit bilatérales uniformes. Finalement, ce qui précède nous conforte dans notre conception radicalement opposée à l'auteur en ce qui concerne les rapports entre droit communautaire et droit international privé.

352. Conclusion sur la thèse de la généralisation de la méthode unilatérale:

Les arguments présentés par l'auteur pour promouvoir la théorie unilatéraliste ont du mal à nous convaincre des avantages que cette dernière procurerait sur la théorie bilatérale dans le

⁹⁶³ Thèse préc. note 887, p. 453/454.

⁹⁶⁴ *Op. cit.*, p. 455.

cadre des directives ; ils cachent en réalité très mal le parti pris de l'auteur en faveur de la thèse unilatéraliste. Car si l'auteur prétend que l'approche unilatérale rend mieux compte que la thèse bilatérale de la distinction entre sphère d'application spatiale et impérativité, elle admet que finalement, les deux méthodes aboutissent au même résultat⁹⁶⁵. Le raisonnement est simplement inversé : tandis que la méthode bilatéraliste évince le choix des parties lorsqu'une norme (par hypothèse dérogatoire aux règles bilatérales) manifeste une volonté particulière d'application, la méthode unilatéraliste conduit à partir de l'analyse de la norme du for en cause, en particulier sa volonté d'application. C'est de son interprétation que se déduira la possibilité ou non, pour les parties, de faire usage de l'autonomie de la volonté.

En outre, l'avantage soi-disant procuré par la lecture unilatéraliste concernant la distinction entre impérativité et domaine d'application spatiale s'effrite lorsque l'on constate que bien que l'auteur insiste largement sur cette distinction, elle semble pourtant qualifier la plupart des instruments qu'elle passe en revue, du moins en droit de la consommation, comme des lois de police. Dès lors, on ne voit définitivement pas en quoi la méthode unilatérale rendrait mieux compte que la méthode bilatérale de la distinction entre impérativité et domaine d'application d'une norme.

Et plus généralement, l'on ne comprend pas, à la lecture de la thèse de Mme FRANCO, pourquoi il faudrait repenser la place de la méthode unilatérale en lui accordant la place prépondérante, sous prétexte que le droit communautaire a longtemps ignoré les questions de droit international privé. Au contraire, suivre le droit communautaire dans cette voie aboutirait à une nette régression du droit international privé.

Par ailleurs, le système proposé par l'auteur, consistant à interpréter, suivant une démarche unilatéraliste, les instruments communautaires en vue d'en déceler le domaine d'application spatial, nous semble particulièrement inadaptée à la matière contractuelle. En effet, dans la mesure où les critères d'applicabilité prétendument présents notamment dans les directives ne se laissent pas aisément identifier, la sécurité juridique – qui revêt une importance capitale en cette matière – s'en trouve contrariée. En outre, ce processus d'interprétation n'est pas favorable à l'harmonie internationale des solutions au sein de l'Union, puisque des divergences peuvent apparaître entre les ordres juridiques nationaux quant au domaine d'application spatial des différentes directives.

⁹⁶⁵ Ainsi les deux théories « s'accordent sur le statut particulier de l'autonomie de la volonté. Dans les deux systèmes, il faut que la norme du for possède une volonté d'application particulièrement forte pour déroger au choix opéré par les parties. Les chemins menant à la dérogation diffèrent, le bilatéralisme empruntant un chemin légèrement plus sinueux. » *Op. cit.*, p. 331.

Et quand bien même le constat fait par l'auteur reflèterait la réalité, les conséquences qu'elle entend en tirer n'apparaissent aucunement justifiées. C'est qu'elle part du postulat que de l'observation d'une réalité, il faudrait nécessairement tirer des conséquences quant aux méthodes du droit international privé qui seraient ainsi remises en cause. Mais ce que l'auteur n'explique à aucun moment, c'est pourquoi il devrait en être ainsi. Pourtant, dans la mesure où le droit international privé est une science plus ancienne que le droit communautaire, la logique commanderait la démarche inverse. Autrement dit, en particulier lorsque les spécificités communautaires ne requièrent pas des solutions particulières, le droit communautaire devrait s'intéresser de près aux méthodes actuelles du droit international privé.

353. Nous ne nions pas qu'il arrive que le législateur communautaire définisse de façon unilatérale son domaine d'application ; pour autant, aucune justification théorique ne permet de repenser le droit international privé en fonction de ce seul constat. Au contraire, ce dernier devrait plutôt inviter à rechercher une lecture harmonieuse entre exigences communautaires et droit international privé classique, incarné par les règles de conflit bilatérales pour ce qui est du conflit de lois. Certes, la démarche du législateur communautaire dans ses rapports avec le droit international privé est parfois équivoque, voire confuse, mais affirmer qu'il faut faire prévaloir la méthode unilatérale soi-disant retenue dans un instrument, alors qu'en même temps, celui-ci postule la mise en œuvre d'une règle de conflit bilatérale relève d'un parti pris en faveur de la théorie unilatérale.

Par ailleurs, l'auteur ne va pas au bout de la logique de la démarche proposée, consistant à observer une tendance « naturelle » du législateur communautaire. En effet, la proposition de règlement « Rome I » accrédite bien plutôt la thèse de la prise de conscience accrue, par le droit communautaire, des questions de droit international privé.

Nous croyons aux vertus des règles de conflit unifiées et aux bienfaits que le droit communautaire peut apporter en vue du perfectionnement des règles de conflit bilatérales, parachevant ainsi l'évolution enclenchée depuis quelques décennies. C'est donc dans le sens d'une prise de conscience accrue des questions de droit international privé, parallèlement à une ouverture vers les Etats tiers, que nous concevons l'évolution du droit international privé communautaire. C'est du reste, on veut l'espérer, dans cette direction que s'oriente le droit positif.

Conclusion sur les spécificités d'un droit international privé de source communautaire.

354. Au cours de cette partie, nous nous sommes interrogées sur les spécificités d'un droit international privé communautaire, tant au regard des méthodes que du contenu.

L'impact du droit communautaire sur le contenu des règles de droit international privé présuppose que soit acquise l'emprise du droit communautaire sur le droit privé. Même si les contours précis du domaine d'application spatial du droit communautaire manquent de lisibilité, son emprise théorique sur cette matière ne fait aucun doute. Cependant, sous l'angle du domaine matériel des libertés de circulation, les interférences du droit communautaire y sont certainement moins franches qu'ailleurs, notamment parce que les règles de droit privé pourraient n'avoir qu'un effet trop aléatoire sur les échanges intracommunautaires. Il s'ensuit que le droit communautaire pourrait n'avoir qu'un faible impact sur le droit international privé.

355. Certes, en tout état de cause, la règle de conflit doit être conforme au principe de non discrimination en raison de la nationalité. Mais cette affirmation n'est nullement de nature à remettre en cause les règles de conflit de principe, puisqu'en matière contractuelle, rares sont les règles de conflit ouvertement discriminatoires. Quelques exemples ont toutefois pu être trouvés et les règles concernées devront faire l'objet de modifications en vue d'assurer leur conformité avec ce principe. Mais pour le reste, la confrontation entre les règles de principe du droit international privé et les exigences communautaires en matière de libre circulation a fait ressortir leur conciliation⁹⁶⁶. Ainsi en va-t-il du principe de liberté, pour les parties à un contrat international, de choisir la loi qui y est applicable.

Le droit communautaire pourrait par ailleurs favoriser le développement de certaines méthodes, telle la théorie des lois de police étrangère, ou encore imposer aux Etats membres une retenue dans la mise en œuvre des mécanismes d'exception telle l'exception d'ordre public international. Mais ces orientations ne suffisent pas à imprimer une réelle spécificité au droit international privé communautaire.

En revanche, le concept de reconnaissance mutuelle a pu être présenté par certains comme étant de nature à marquer le droit international privé communautaire d'une certaine spécificité. Cependant, ici encore, le propos doit être largement tempéré, que l'on raisonne à partir du droit primaire ou du droit dérivé. En effet, avant tout, il faut garder à l'esprit que les règles de principe permettant de désigner la loi applicable à un contrat désignent souvent la loi du pays d'origine. Ensuite, en droit primaire, c'est essentiellement dans le cadre du contrôle des entraves aux échanges qu'aura vocation à intervenir ce concept. Or la Cour de justice a développé de longue date une théorie par laquelle elle reconnaît que des normes locales (qui revêtiront souvent la qualification de lois de police en droit interne) s'imposent au motif

⁹⁶⁶ V. en ce sens not. VIANGALLI (François) : *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004, spéc. p. 78 et s.

qu'elles expriment une exigence impérieuse d'intérêt général. Par ailleurs, en droit dérivé, même lorsqu'il entend attribuer un large domaine au principe d'origine, le législateur communautaire prévoit des dérogations à ce principe, par exemple en matière de protection des consommateurs. Ce faisant, il témoigne d'une sollicitude à l'égard de ces derniers, rejoignant ainsi l'esprit sous-tendant certaines règles spéciales de droit international privé, en particulier l'article 5 de la convention de Rome.

356. Nous avons ensuite constaté que la méthode unilatérale occupait une place importante dans le mode de raisonnement communautaire. Ce constat doit-il déboucher sur une remise en cause des méthodes traditionnelles du droit international privé ? Il nous semble que la réponse à cette question ne peut être que négative, pour plusieurs raisons. D'abord, - et cela vaut en tout cas pour la directive -, le législateur communautaire n'entend pas, dans le cadre de cet instrument, imposer aux Etats les moyens permettant d'aboutir aux résultats recherchés.

Ensuite, et surtout, la fonction qu'assure la méthode unilatérale semble différer selon que l'on raisonne à propos de la détermination de la sphère d'application spatiale des libertés communautaires (c'est-à-dire les objectifs proprement communautaires) prévues dans le droit primaire ou de celle des normes issues du droit dérivé.

En effet, l'unilatéralisme, en droit primaire, est lié à la méthode d'interprétation téléologique utilisée par les organes communautaires, et en particulier le principe de l'effet utile. Il permet au droit communautaire d'affirmer son existence même. La notion d'impérativité n'y est pas étrangère, mais elle ne saurait en tout cas d'emblée être perçue comme l'impérativité particulière qui caractérise les lois de police. En revanche, en droit dérivé, l'unilatéralisme qui apparaît en particulier dans les directives ne témoigne pas uniquement de la nécessité de procurer à celles-ci un effet utile. A leur sujet se pose la question bien connue des ordres juridiques de leur impérativité sur le plan international.

Certes, on a constaté une tendance, de la part du législateur et du juge communautaires, à étendre largement le domaine d'application spatial de certaines normes communautaires de façon unilatérale. Mais ce phénomène témoigne avant tout des difficultés qu'éprouvent les organes communautaires à se départir du territorialisme du droit primaire. Après tout, le droit communautaire est encore jeune. Avec le temps, il devrait davantage assimiler le raisonnement internationaliste. Car rien ne justifie que les techniques traditionnelles du droit international privé, qui ont prouvé leur efficacité, ne soient pas mises à contribution dans le processus de création d'un droit international privé communautaire. Bien au contraire, la rencontre entre le droit communautaire et le droit international privé devrait déboucher sur un perfectionnement des mécanismes en matière d'ordre public. Plus précisément, il nous semble

qu'une clarification des domaines respectifs des lois de police et des dispositions impératives protectrices ainsi qu'une exploitation accrue de ces dernières contribueraient à l'élaboration d'un système cohérent de règles de conflit de lois de nature à assurer la sécurité juridique qui incarne le point de ralliement entre droit international privé et droit communautaire. C'est donc dans cette direction que l'on propose de rechercher une combinaison fructueuse entre droit communautaire et droit international privé.

2^{ème} partie : **LA COMBINAISON ENTRE DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (EN VUE D'UN PERFECTIONNEMENT DES MÉTHODES DE RÉOLUTION DU CONFLIT DE LOIS).**

357. On a vu, même si le phénomène doit être apprécié à sa juste mesure et cantonné à certains domaines, que le droit communautaire imprimait sa marque sur les procédés de résolution du conflit de lois, en particulier dans les relations entre Etats membres. Mais les rapports entre droit communautaire et droit international privé doivent être aussi envisagés sous l'angle de leur apport respectif dans le cadre de la transformation de la convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sa modification. Dès lors que la méthode unilatérale ne nous semble pas davantage avoir sa place en droit international privé communautaire qu'en droit international privé en général, on est conduit à vouloir inscrire l'élaboration d'un droit international privé communautaire dans la logique de l'évolution du droit international privé européen classique, incarné par la convention de Rome dont les règles sont essentiellement bilatérales et semblent particulièrement adaptées au contexte communautaire.

358. En effet, la communauté de droit que l'on constate entre les Etats membres de la Communauté est particulièrement propice à la recherche de l'« harmonie communautaire des solutions nationales »⁹⁶⁷ au sein de cet espace. Or les internationalistes enseignent traditionnellement que l'harmonie internationale des solutions est mieux à même d'être assurée par le recours à des règles de conflit bilatérales car elles se prêtent plus facilement à l'unification des règles de conflit. La convention de Rome en étend le domaine puisqu'elle comporte des règles de conflit bilatérales qui englobent, au stade de leur présumé, les exigences relatives à l'ordre public, de telle sorte que ce dernier n'apparaisse plus comme un élément venant perturber l'harmonie internationale des solutions. Ainsi l'actuel article 5 de la convention de Rome permet-il au consommateur, sous certaines conditions, de bénéficier de la protection des dispositions impératives en vigueur dans son pays de résidence habituelle. De même, l'article 6 de cette convention permet au travailleur d'être protégé par les dispositions impératives en vigueur dans le pays où il exécute habituellement son travail. Ces règles englobent la prise en compte de l'ordre public au stade de la désignation de la loi

⁹⁶⁷ L'expression est employée par J.-S. BERGÉ pour évoquer l'effort déployé par le droit communautaire en vue de « coordonner l'action des Etats autour d'objectifs communs ». V. « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 113, spéc. p. 132, n° 20.

applicable à travers le concept de « disposition impérative protectrice ». Ce faisant, elles contribuent à la sécurité juridique ainsi qu'à l'harmonie internationale des solutions.

Par ailleurs, les règles de conflit bilatérales paraissent particulièrement adaptées au contexte communautaire en ce qu'elles recèlent des avantages permettant d'atteindre les objectifs du droit communautaire. Elles nous semblent en effet incarner la technique la plus efficace en vue d'assurer deux fonctions pourtant difficiles à concilier : d'une part, elles sont parées des vertus de la sécurité juridique. Or l'on a vu que cet objectif était partagé par le droit communautaire et le droit international privé (à travers la recherche de l'harmonie internationale des solutions) ; d'autre part, elles permettent d'intégrer, au stade de leur présupposé, les exigences du droit communautaire substantiel.

En effet, dans la mesure où les « dispositions impératives protectrices » visent les dispositions du droit interne, elles « réceptionnent » l'harmonisation grandissante du droit privé substantiel entreprise par le droit communautaire. L'originalité des règles énoncées aux articles 5 et 6 de la convention de Rome est d'intégrer un concept de droit interne dans le présupposé d'une règle conflictuelle. Ainsi l'impérativité dont il est question dans ces textes doit être comprise au sens du droit interne ; elle se rattache respectivement à la loi du pays de résidence habituelle du consommateur et à celle du lieu d'exécution habituelle de son activité par le salarié. Or puisque le droit communautaire imprime très clairement un caractère contraignant à certaines de ses dispositions, il en résulte que dans la mesure de l'harmonisation de celles-ci, la notion d'impérativité se trouve être identique dans tous les Etats membres. Dès lors que ces règles permettent d'intégrer les exigences du droit communautaire substantiel, la perspective d'élaborer des règles de droit international privé distinctes selon que l'on envisage les relations intracommunautaires ou les autres paraît devoir être écartée. En quelque sorte, dans ce schéma, chacune des deux matières semble trouver sa place. Ainsi, dans les relations intracommunautaires, plus le droit communautaire procédera à un rapprochement des droits substantiels nationaux, plus le concept de « disposition impérative protectrice » se trouvera unifié. Tel ne sera pas le cas dans les relations entre Etats membres et pays tiers, mais l'existence même d'un droit international privé uniforme entre les Etats membres présente des avantages certains notamment en ce qu'il contribue à l'harmonie internationale des solutions.

De son côté, le droit communautaire devrait tenter de clarifier ce concept de disposition impérative de droit substantiel chaque fois que l'occasion lui en est donnée, c'est-à-dire lorsqu'il entreprend un rapprochement des droits nationaux. Une telle clarification s'avérerait particulièrement utile en ce qui concerne les directives qui nécessitent une transposition dans les différents droits internes, en vue de couper court à toute divergence d'interprétation

risquant de ruiner l'objectif d'harmonie internationale des solutions ainsi que de violer le droit communautaire substantiel.

359. Aussi paraît-il souhaitable que le droit communautaire, dans le processus de communautarisation du droit international privé amorcé depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, ne vienne pas perturber l'équilibre vers lequel tend l'évolution du droit international privé. Au contraire, par ses exigences, il devrait permettre d'accélérer cette évolution et mener à une amélioration des techniques du droit international privé. En particulier, les règles de conflit protectrices, qui ont fait leur apparition dans la convention de Rome, nous semblent incarner une méthode particulièrement bénéfique, notamment en vue de circonscrire les lois de police. Or ces dernières sont précisément en ligne de mire dans le cadre du contrôle exercé par le droit communautaire sur les droits nationaux en matière d'entraves. Le constat ne saurait surprendre puisque, comme l'a fait remarquer un auteur à propos des lois de police *stricto sensu*, « *les objectifs poursuivis par ce type de lois ne transcendent pas les frontières étatiques. Ils incorporent une donnée propre à chaque Etat influant sur le champ d'application à assigner aux normes qui les véhiculent, savoir l'organisation de la société dont il a la charge* »⁹⁶⁸. Dès lors, au contact du droit communautaire, la théorie des lois de police est certainement amenée à subir de profonds bouleversements. C'est du moins ce qui ressort du contrôle effectué par la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges.

De fait, le domaine couvert par ces lois constitue un enjeu majeur dans la recherche de méthodes appropriées de gestion de la diversité législative dans un marché intégré aspirant à un équilibre entre différents intérêts. Ce constat explique l'intervention du législateur communautaire en droit social, dans le prolongement de la jurisprudence relative au détachement des travailleurs à titre temporaire au sein de l'Union, en vue de clarifier le concept de loi de police. Cependant, la distinction entre les lois de police et les dispositions impératives protectrices n'est pas claire, même si le droit communautaire en met implicitement en évidence tout l'intérêt.

En raison des bienfaits de la méthode des « dispositions impératives protectrices », la communautarisation prochaine du droit international privé des contrats nous semble fournir l'occasion d'en étendre le domaine. Cette extension nous semble d'autant plus urgente que le risque, - qui n'a d'ailleurs pas manqué de se réaliser -, en tardant, est que les Etats membres, dans le cadre de la transposition de nombreuses directives communautaires adoptées en droit

⁹⁶⁸ V. M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003, spéc. p. 363, n° 734.

de la consommation, cherchent à assurer chacun de leur côté la protection des consommateurs en recourant aux lois de police. Pourtant, les dispositions des directives ayant incité les Etats à procéder de la sorte n'imposaient pas une telle méthode. En effet, le droit communautaire s'intéresse avant tout à un résultat, indépendamment des moyens pour y parvenir. Et ceci vaut particulièrement pour les directives. Quoi qu'il en soit, le reformatage en cours de la convention de Rome en instrument communautaire fournit l'occasion de remédier aux conséquences néfastes apparues lors de la transposition, par les Etats membres, des directives consuméristes comportant des précisions sur leur impérativité au regard du droit international privé.

Ainsi, si l'on part du principe que le droit international privé dispose de méthodes éprouvées, il faut voir comment le droit communautaire peut contribuer à leur perfectionnement en vue de l'élaboration de solutions cohérentes dans le domaine de l'ordre public. A cette fin, l'extension du domaine des dispositions impératives protectrices au détriment de celui des lois de police nous semble la voie à suivre (titre II). La démarche appelle la mise en évidence, au préalable, de l'importance de la distinction entre lois de police et dispositions impératives protectrices (titre I).

Titre I : **L'importance de la distinction entre lois de police et dispositions impératives protectrices.**

360. Bien qu'institutionnellement indépendante du droit communautaire, la convention de Rome a été, lors de sa conception, mise en relation avec les objectifs de celui-ci. En effet, elle a été motivée avant tout par le souci de remédier au *forum shopping* encouragé dans une certaine mesure par la convention de Bruxelles⁹⁶⁹. La structure inédite des règles de conflit contenues dans cet instrument laisse transparaître l'ambition de grande envergure qui a animé ses auteurs, qui dépasse une unification classique des règles de conflit de lois. En effet, l'une de ses plus grandes originalités réside dans la distinction fondamentale qu'elle pose entre les lois de police et les « dispositions impératives protectrices selon le droit interne ». Or cette distinction pourrait bien s'avérer particulièrement adaptée au projet communautaire. D'une part, le concept de « disposition impérative protectrice selon le droit interne » pourrait servir de réceptacle à l'harmonisation progressive des droits matériels nationaux (en particulier, des dispositions impératives) à laquelle le droit communautaire travaille.⁹⁷⁰ Mais surtout, et d'autre part, sur un plan internationaliste, en recourant à ces deux concepts théoriquement nettement distincts, la convention de Rome permet d'endiguer, dans une certaine mesure, l'« invasion » des lois de police, qui sont particulièrement inadaptées à la configuration communautaire.

En effet, dans le cadre du contrôle que la Cour de Luxembourg effectue sur les lois nationales, elle a dû vérifier la compatibilité, au regard des exigences communautaires, en particulier de normes dont le pays d'accueil entendait imposer le respect sur son territoire, suivant la méthode des lois d'application immédiate. A cette occasion a été mise en évidence l'inadaptation des lois de police au droit communautaire. Les heurts entre droit communautaire et lois de police sont liés au caractère internationalement impératif de ces normes. Dès lors, dans la mesure où les dispositions impératives protectrices ne concernent pas l'impérativité au sens du droit international privé, mais au sens du droit interne, rien ne les

⁹⁶⁹ En effet, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (*JOCE* n° L 299 du 31 décembre 1972, p. 2 ; *JOCE* n° C 27 du 26 janvier 1998, p. 1-18 (version consolidée)), devenue règlement 44/2001/CE concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I ») (*JOCE* n° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1-23) contient un certain nombre d'options de compétence ; celles-ci sont parfois réservées à la partie réputée en situation d'infériorité face à son cocontractant, notamment en matière de contrats d'assurance (section 3, art. 8 à 14) et de contrats de consommation (section 4, art. 15 à 17).

⁹⁷⁰ On a eu l'occasion, en effet, que lorsque le législateur communautaire édicte des directives visant au rapprochement des droits nationaux, il lui arrive de conférer l'impérativité (au sens du droit interne) à certaines dispositions. Alors le concept de « disposition impérative protectrice » permet d'intégrer, en quelque sorte, directement, en droit international privé, ce rapprochement substantiel. V. *supra*, n° 331. V. aussi *infra*, n° 589.

expose *a priori* à la censure du droit communautaire. C'est du reste ce qui ressortira de l'examen de la mise en œuvre des tests communautaires par la Cour de Luxembourg (chapitre II). Il semblerait donc que le droit communautaire renforce l'intérêt de la clarification des domaines respectifs de ces deux méthodes (chapitre I).

Chapitre I : Vers une clarification des domaines respectifs des lois de police et des dispositions impératives protectrices.

361. Au terme d'une évolution très progressive, le droit du travail paraît aujourd'hui être une matière dans laquelle la distinction entre dispositions impératives protectrices d'un côté et lois de police de l'autre tend à être assimilée. C'est pourquoi cette matière servira de base à l'analyse de la distinction et de la combinaison entre ces deux méthodes. Elle fournira des indications utiles permettant d'aborder par la suite le droit de la consommation, qui fera l'objet du titre II⁹⁷¹.

Un parallèle peut facilement être établi entre les articles 5 et 6 de la convention de Rome dans la mesure où, dans les deux cas, l'objectif recherché est d'assurer une protection respectivement aux consommateurs et aux travailleurs. Cependant, l'article 6, à la différence de l'article 5, s'inscrit bien dans le prolongement des solutions dégagées par la jurisprudence française avant l'entrée en vigueur de la convention. La combinaison entre les articles 7 et 6 apparaît en quelque sorte comme un aboutissement des solutions prétoriennes dégagées précédemment non sans hésitations. Un tel schéma ne se retrouve pas en droit de la consommation ; il lui est même quasiment opposé. Ici, la solution énoncée à l'article 5 intervient dans un contexte juridique plus obscur, laissant penser qu'il n'en est qu'à une phase transitoire. Le droit du travail fait, en quelque sorte, dans ce contexte, figure de pionnier. C'est lui qui paraît en mesure d'apporter un éclairage sur l'importance de la distinction entre dispositions impératives protectrices et lois de police (section I). Son analyse pourrait permettre, par la suite, de dégager quelques pistes de solutions afin de résoudre les difficultés soulevées par le contrat international de consommation.

Dès lors que l'importance de cette distinction sera établie, c'est nécessairement avec un regard critique que l'on analysera l'arrêt *Ingmar*, dans lequel la Cour de justice a implicitement inauguré le concept de loi de police de source communautaire. Mais au-delà de

⁹⁷¹ Le droit de la consommation mérite des développements dépassant la seule problématique de la distinction entre dispositions impératives protectrices et lois de police. Pour ne pas trop « éparpiller » la matière, l'ensemble des problèmes soulevés par les contrats transfrontières de consommation sera traité dans ce titre II, *infra*, n° 484 et s.

la réserve que suscite la solution donnée par la Cour dans cet arrêt, ce dernier permet de mettre en évidence l'éclairage du droit communautaire sur les méthodes de l'ordre public en droit international privé des contrats (section II).

Section I : L'éclairage du droit du travail en vue d'un perfectionnement des méthodes du droit international privé.

362. Les relations de travail internationales se sont développées depuis bien longtemps. Le droit du travail présente ainsi une jurisprudence fournie sur la problématique de l'impérativité et de l'ordre public en droit international privé. Au fil du temps, la doctrine et la jurisprudence ont dégagé des solutions en la matière. En particulier, la distinction entre lois de police d'un côté, et dispositions impératives protectrices de l'autre, s'est progressivement dessinée.

La démarche suivie ici consistera, à partir de l'expérience du droit du travail, à mettre en évidence l'importance de cette distinction (§ I). En effet, elle recèle des potentialités en vue du refoulement des lois de police (§ II). De son côté, la méthode des dispositions impératives soulève quelques difficultés de mise en œuvre, notamment en ce qu'elle admet un dépeçage du contrat. On verra toutefois que celles-ci ne sont pas insurmontables (§ III).

§ I : L'importance de la distinction entre « dispositions impératives protectrices » et lois de police en droit du travail.

363. Les internationalistes se sont penchés depuis longtemps sur les difficultés suscitées par le droit du travail international, si bien que la substance même de l'article 6 de la convention de Rome n'apparaît pas innovante ; et tel n'est pas le cas non plus de sa coexistence avec un texte relatif aux lois de police. La preuve en est que le principe de la combinaison entre les articles 6 et 7 de la convention n'a nullement posé problème aux juridictions. Certes, des questions restent en suspens en ce qui concerne le traitement juridique du travailleur international, mais ces difficultés ne sont dues en rien à la solution énoncée dans la convention, elles reflètent la complexité même du droit du travail international.

En somme, l'actuel article 6 de la convention de Rome, auquel la proposition de règlement « Rome I » apporte quelques précisions sans en remettre en cause la physionomie générale, apparaît d'une certaine manière comme l'aboutissement naturel de l'évolution de la jurisprudence française en droit du travail international (A). Il faudra ensuite faire le point sur les enseignements généraux, notamment pour le droit de la consommation transfrontière, qu'il est possible de tirer de cette évolution quant à la distinction fondamentale entre « disposition impérative protectrice » et « lois de police » (B).

A. La solution de la convention de Rome : l'aboutissement d'une évolution prétorienne.

364. Une présentation sommaire des solutions de la jurisprudence française antérieures à l'entrée en vigueur de la convention de Rome (1) montrera que cette dernière se situe dans leur prolongement (2).

1. Présentation sommaire de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la convention de Rome.

365. En droit interne, on a vu que le concept d'ordre public en droit du travail était à géométrie variable.⁹⁷² Les incertitudes et hésitations de la jurisprudence relative au contrat de travail international antérieure à l'entrée en vigueur de la convention de Rome reflétaient les difficultés liées à la coexistence de plusieurs types de normes relevant de l'ordre public au sens large. S'est dessinée au fil des décisions une « transposition » de l'ordre public social. Elle conduit à admettre le jeu de la loi plus favorable au salarié telle que résultant d'un choix de loi par les parties⁹⁷³. Ces normes coexistent avec d'autres normes qui s'imposent dans les relations privées internationales indépendamment de l'idée de faveur, suivant la méthode des lois d'application immédiate.

Pour s'en tenir à l'essentiel et en passant sur les méandres de la jurisprudence⁹⁷⁴, les arrêts *Thuillier* (a) et *Air Afrique* (b) apparaissent comme deux étapes cruciales dans la voie de la clarification des concepts se rapportant à l'ordre public en droit du travail international.

a) L'arrêt Thuillier.

366. La jurisprudence, notamment française, a nettement admis que les règles protectrices en vigueur au lieu d'exécution du travail puissent faire l'objet de dérogations de la part des contractants, à condition que celles-ci soient avantageuses pour le salarié. Dans le célèbre arrêt *Thuillier* du 31 mai 1972⁹⁷⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation jugea en effet que « *la loi sénégalaise (du lieu d'exécution du travail), était applicable de plein droit en ce qui concernait ses dispositions, relevant de l'ordre public local, relatives à l'organisation ou à la réglementation administrative du travail, et plus favorables aux travailleurs, par contre, cette loi ne pouvait modifier, au détriment de demoiselle Thuillier, les garanties essentielles du contrat (...) régies par la loi française (...) qui était la loi de ce contrat* ».

⁹⁷² V. *supra*, n° 32 et s.

⁹⁷³ Sur le thème général de la protection des travailleurs en droit international privé, V. not. F. LECLERC : *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995 ; A. SINAY-CYTERMANN, « La protection du salarié en droit international du travail », in *Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Mme le professeur Hélène Sinay*, 1994, p. 315.

⁹⁷⁴ V. not. P. LAGARDE : « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 83.

⁹⁷⁵ *RCDIP* 1973, p. 683, note P. LAGARDE ; *JCP G* 1973, n° 17317, note G. LYON-CAEN.

Outre la transposition de l'ordre public social au plan international⁹⁷⁶, cet arrêt formulait certainement pour la première fois, de manière imparfaite cependant, la distinction, en matière de contrat de travail, entre des lois qui seraient d'application territoriale et d'autres lois dont la mise en œuvre serait subordonnée à leur caractère suffisamment protecteur. Le critère était imparfait dans la mesure où nous pensons que l'application de certaines lois locales s'impose, quand bien même elles ne seraient pas plus favorables au travailleur. D'ailleurs, en l'espèce, deux indices laissent à penser que le critère était presque parfait : d'une part, on peut douter du caractère plus favorable des dispositions locales sénégalaises. Autrement dit, contrairement à ce qu'elle affirme, il n'est pas sûr que la Cour de cassation ait subordonné, en l'espèce, l'application des normes locales à leur caractère plus protecteur. D'autre part, on remarquera l'opposition, sur un plan grammatical, entre l'emploi du pluriel pour évoquer ces normes « *relevant de l'ordre public local (...) plus favorables aux travailleurs* » (ce qui laisse transparaître une appréhension collective de la protection des salariés ; autrement dit, s'agissant d'apprécier la situation d'un salarié en particulier, la loi locale se rattachant à une appréhension collective des travailleurs s'applique, même si elle ne lui est pas, pris individuellement, favorable) et l'utilisation du singulier pour désigner les « garanties essentielles du contrat » de Melle Thuillier.

C'est dans la deuxième série d'affaires *Air Afrique* que la distinction (et la coexistence) apparaît le plus nettement entre le jeu de la loi d'autonomie *in favorem* et celui de l'application des lois de police.

b) Les arrêts Air Afrique.

367. Dans ces affaires, trois hôtesses de l'air dont deux exerçaient une fonction en tant que membre du comité d'établissement parisien de la compagnie Air Afrique, contestaient la régularité de leur licenciement au regard de la loi française. La cour d'appel, par trois arrêts du 25 novembre 1987, déclara la loi française applicable aux licenciements. Suite au pourvoi formé par l'employeur qui invoquait l'application de la loi du contrat, la loi ivoirienne, par trois arrêts rendus en Assemblée plénière le 10 juillet 1992⁹⁷⁷, la Cour de cassation confirma cette solution. Le raisonnement suivi par la Haute Juridiction pour y parvenir diffère selon que les hôtesses bénéficiaient ou non de la protection spécifique aux représentants du personnel.

⁹⁷⁶ Ce principe fut précisé par la chambre sociale de la Cour de cassation dans les arrêts *Monfort* du 25 mai 1977 et *Royal Air Maroc* du 31 mars 1978, *RCDIP* 1978, p. 701, note A. LYON-CAEN; *D.* 1978, *IR*, obs. J. PELISSIER. La Cour de cassation y affirme la compétence de principe de la loi du lieu d'exécution, mais reconnaît aux parties le choix d'une loi plus favorable.

⁹⁷⁷ *RCDIP* 1994, p. 69, note B. AUDIT ; *JCP G* 1993, II, n° 22063, note P. RODIERE.

D'une part, pour les salariées protégées, elle affirme que « *se trouve justifié l'arrêt qui a fait application des dispositions impératives de la loi française relative au licenciement des salariés investis de fonctions représentatives du personnel* » ; en revanche, pour la salariée non protégée, elle déclare simplement que « *l'employeur ne saurait critiquer l'application, en l'espèce, de la loi française relative au licenciement pour motifs économiques sous l'empire de laquelle il s'est placé* ». Dans la première série de cas, la compétence de la loi française est fondée sur des considérations tirées du caractère impératif des normes relatives au licenciement des salariés protégés. C'est plus précisément un raisonnement en terme de loi de police qui a été incontestablement mené par la Haute Juridiction, même si l'expression n'y apparaît pas expressément.⁹⁷⁸

Dans le second cas, c'est après avoir recherché la loi du contrat que les Hauts Magistrats en déduisent l'application de la loi française. Plus précisément, le raisonnement suivi par les juges a consisté à admettre l'application de la loi française relative au licenciement en tant que loi (implicitement) choisie plus favorable à la salariée. La cour d'appel avait en effet relevé la « *soumission volontaire* » de l'employeur à la procédure du licenciement. En admettant un tel morcellement du contrat (la procédure de licenciement est distinguée de la loi du contrat), elle a admis l'autonomie *in favorem* telle que prévue à l'article 6 de la convention de Rome.⁹⁷⁹ Se situant dans la logique du raisonnement tenu par les Hauts Magistrats dans ces décisions, la convention de Rome clarifie la clé de répartition entre la méthode des lois de police et celle des « *dispositions impératives protectrices* ».⁹⁸⁰

⁹⁷⁸ En ce sens, V. B. AUDIT, note préc., spéc. p. 77 ; P. RODIERE, note préc., spéc. n° 4.

⁹⁷⁹ Pour B. AUDIT, « *(i)l est raisonnable de voir dans cette application partielle de la loi française, une illustration du principe selon lequel le contrat de travail, s'il est soumis à une loi donnée, peut se voir appliquer les dispositions plus favorables d'une autre loi par la volonté commune des parties.* » V. note préc., p. 74. *Contra* : V. P. RODIERE, note préc., spéc. n° 6. Après avoir émis l'hypothèse du raisonnement retenu par B. AUDIT en terme de choix *in favorem*, il la rejette au profit d'une analyse en termes de loi de police. Selon l'interprétation qui semble avoir ses faveurs, la loi française relative au licenciement économique aurait vocation à régir ce type de licenciement, dès lors qu'il aurait été prononcé par un employeur international établi en France (*op. cit.*, n° 8). P. RODIERE émet ainsi l'hypothèse que l'arrêt *Joncheray* (2^{ème} espèce) substituerait au critère de la « *qualité d'employeur en France* » dégagé dans la décision Ass., CE, 29 juin 1973, *Syndicat général de la Compagnie des Wagons-lits* (RCDIP 1974, p. 344, concl. Mme Questiaux. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 44) à propos de l'ordonnance de 1945 prévoyant l'obligation de constituer un comité d'entreprise, celui de l'emploi en France pour conférer à une norme la qualification de loi de police. Pour sa part, la Cour de cassation a estimé que l'application d'une loi étrangère à la rupture du contrat de travail d'un salarié étranger détaché en France ne heurtait aucune loi de police : Cass, soc., 29 mai 1991, RCDIP 1992, p. 468, note H. MUIR WATT.

⁹⁸⁰ Si le traitement réservé au travailleur par la solution de la convention de Rome doit être globalement approuvé, c'est notamment parce que celle-ci semble avoir assimilé la distinction entre le domaine des lois de police en la matière et le domaine des « *dispositions impératives protectrices* ». C'est pourquoi la précision, dans le rapport Giuliano-Lagarde (JOCE n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1-50, v. art. 6) selon laquelle « *Les dispositions impératives auxquelles les parties ne peuvent déroger sont non seulement les dispositions relatives au contrat de travail proprement dit, mais également les dispositions telles que celles concernant l'hygiène et la sécurité des travailleurs* » n'a pas notre approbation en ce qu'elle introduit une certaine confusion au sein de la

2. La convention de Rome : un aboutissement des solutions jurisprudentielles antérieures.

368. Après avoir rappelé le principe de la possibilité, pour les parties, de choisir la loi applicable à leur contrat, l'article 6 de la convention de Rome précise que « (...) *dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix (...)* » La solution est reprise sur ce point dans la proposition de règlement « Rome I »⁹⁸¹.

Par ailleurs, l'article 3.3 de la convention de Rome⁹⁸² prévoit que « *(l)e choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives »* ».

Un constat s'impose : ces textes contrastent avec l'expression employée à l'article 7 de la convention intitulé « lois de police » et qui concerne l'hypothèse des règles « (...) *qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat* »⁹⁸³.

Le recours à la notion de « disposition impérative protectrice » clarifie la matière : certaines règles seraient désignées pour leurs vertus protectrices du salarié ; elles envisageraient ce dernier sous un angle individuel, tandis que d'autres dispositions appréhenderaient le salarié sous l'angle collectif et s'appliqueraient indépendamment de toute idée de protection en faveur du salarié⁹⁸⁴. Telle était déjà la distinction opérée par l'arrêt *Thuillier*.⁹⁸⁵ La mise en

distinction - qui, elle, est pleinement satisfaisante - entre « disposition impérative protectrice » et « loi de police ».

⁹⁸¹ Sur les précisions apportées par la proposition à l'actuel article 6, V. *infra*, note 1106.

⁹⁸² La substance de ce texte est conservée dans la proposition de règlement, mais est reléguée à l'article 3.4.

⁹⁸³ Le texte relatif aux lois de police est relégué à l'article 8 du projet de règlement. Bien que celui-ci lui apporte une précision en reprenant la définition stricte de FRANCESKAKIS, ce que laissait présager l'arrêt *Arblade* (CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, *RCDIP* 2000, p. 710, note M. FALLON. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 419 et s.), il n'est malheureusement pas certain qu'elle soit respectée à la lettre.

⁹⁸⁴ C'est pourquoi la thèse avancée par Mme E. MOREAU (V. *Lois de police et contrat international de travail*, thèse Paris X, 1993) au sujet des lois de police en droit international du travail, ne peut qu'être rejetée. Sans entrer dans les détails de la critique, - qui a déjà largement été faite par M. PATAUT dans sa thèse (V. *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 298, 1999, spéc. p. 140 et s., n° 209 et s.) et à laquelle nous adhérons sans réserve -, il suffit de relever quelques unes des contradictions que présente cette thèse. En effet, selon l'auteur, c'est à la fois l'idée d'implication de l'Etat dans la relation de travail et celle de protection du travailleur salarié qui justifient la qualification de loi de police à propos des normes en vigueur au lieu d'exécution du travail du salarié. Mais cette généralisation du recours à la notion de loi de police à propos de ces normes, par le biais d'une bilatéralisation des lois de police, ne tient pas compte d'une caractéristique inhérente à la notion de loi de police : c'est au système juridique auquel appartient la norme et à lui seul qu'incombe la qualification ou non de loi de police. La thèse de Mme MOREAU aboutit donc à la fois à une hypertrophie ainsi qu'à une déformation du concept de loi de police. En outre, dans son système, alors que l'idée de faveur au salarié contribue à justifier l'application

œuvre de la convention de Rome nécessite donc, de la part des Etats signataires, que ceux-ci fassent le départ entre les normes simplement impératives et celles qui sont internationalement impératives.

B. L'enseignement du droit du travail quant au concept de « disposition impérative protectrice ».

369. Si autrefois, lors de la recherche de la formulation d'une règle de conflit propre au contrat de travail international, la confusion a pu régner entre le principe d'application de la loi du lieu d'exécution à titre de loi de police et principe de faveur envers le salarié, aboutissant ainsi à attribuer aux lois de police la « part du lion », à présent qu'elles ont joué leur « rôle historique », le recours aux « dispositions impératives protectrices » permet d'en résorber le domaine⁹⁸⁶ (1). La jurisprudence en a d'ailleurs déjà tiré les conséquences (2).

1. L'éclairage du droit interne en vue du refoulement des lois de police.

370. La distinction entre les articles 6 et 7 de la convention de Rome est étroitement liée à la distinction de droit interne⁹⁸⁷ entre l'« ordre public absolu » (qui se prêterait bien à la méthode des lois de police) et l'« ordre public relatif » (dont l'article 6 de la convention de Rome incarnerait la projection en droit international privé en y ajoutant sa fonction traditionnelle permettant d'identifier la loi servant de référence au seuil minimal de protection.) Ainsi, selon nous, les seules normes visées par l'article 6 de la convention de Rome sont celles qui relèvent, en droit français, de ce que l'on nomme l'« ordre public social ».⁹⁸⁸ En revanche, l'ordre public absolu se prêterait mieux à une analyse en termes de loi de police.

impérative de la loi du lieu d'exécution, ce même principe ne permet aux parties de stipuler une loi plus favorable que si et dans la mesure où la loi du lieu d'exécution l'autorise. Cette thèse ignore donc totalement la distinction entre considération de faveur et loi de police.

⁹⁸⁵ C'est ainsi que, évoquant le domaine des lois de police en droit du travail international, M. RODIERE, après s'être référé à la jurisprudence *Thuillier*, explique que « (c)ertaines questions – hygiène et sécurité, organisation du travail, ... – relèvent exclusivement et impérativement de la loi locale, celle du lieu où se situe l'établissement de travail ; la solution s'imposerait d'ailleurs dans certains Etats membres à partir d'une qualification des règles correspondantes en tant que dispositions de droit public, ou de lois de police, soumises à une stricte territorialité. » V. *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002, p. 538, n° 549.

⁹⁸⁶ M. PATAUT résume bien la fonction historique des lois de police en droit du travail lorsqu'il écrit que « (l)a loi de police a servi, tant en jurisprudence qu'en doctrine, à assouplir le saut théorique entre la règle de conflit de lois générale en matière de contrat et la règle protectrice du travailleur qui existe désormais en matière de contrat de travail. Une fois cette modification effectuée, la loi de police perd l'un de ses rôles et reprend la place limitée qui doit être la sienne dans le droit positif. » V. thèse préc. note 984, spéc. p. 169, n° 252. Exprimant la même idée, V. PATOCCHI (P.M.) : *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Librairie de l'Université, Genève, 1985, spéc. p. 142, n° 295.

⁹⁸⁷ Sur cette distinction, V. *supra*, n° 32 et s.

⁹⁸⁸ Comme le souligne M. LECLERC, une telle transposition du mécanisme de l'ordre public social au droit international privé aboutit à nier la qualification de loi d'application immédiate aux règles protectrices de la partie faible. Celles-ci deviennent ce que l'auteur nomme des « lois d'application minimale », chargées de veiller à l'application du statut minimum protecteur de la partie faible à l'encontre de lois étrangères

A propos de cette distinction, FRANCESKAKIS tenait déjà à préciser, dans sa note sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 juin 1973, corrigeant ainsi le raisonnement du Commissaire du gouvernement, que la solution de l'arrêt « *ne concern(ait) pas les rapports directs, inter-individuels entre les travailleurs et l'entreprise, mais bien une donnée institutionnelle de l'entreprise, laquelle intéresse l'organisation de l'Etat lui-même, au sens de la doctrine des lois d'application immédiate.* »⁹⁸⁹ Mme Questiaux, Commissaire du gouvernement, avait en effet fondé sa décision de donner effet à l'ordonnance du 22 février 1945 prescrivant la création d'un comité d'entreprise non seulement sur l'article 3 du Code civil, mais également sur la notion d' « ordre public social », qui renvoie à l'idée de protection du salarié.

M. COURSIER pressent bien aussi qu'une distinction doit être faite, en raisonnant à partir du droit interne, entre les dispositions relevant d'un ordre public intangible et celles relevant d'un « ordre public social ». Dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 6 de la convention de Rome, cette différence est exprimée par l'auteur en ces termes : « *il convient d'admettre qu'aucune dérogation, même dans un sens favorable au salarié, ne doit être admise lorsque les dispositions impératives en cause relèvent d'un ordre public intangible. Tel est le cas, par exemple, en France, de la prohibition du prêt de main d'œuvre à but lucratif ou de la réglementation des clauses d'indexation des salaires. En droit interne, l'ordre public interdit, de façon absolue, d'y déroger. Ce caractère doit se retrouver au plan international.* »⁹⁹⁰

Le parallèle établi par l'auteur entre le droit interne et le droit international est éclairant. Les règles de l'ordre public absolu ont pour objectif premier d'assurer l'intérêt général des travailleurs, en appréhendant le salarié sous une dimension collective, tandis que les règles de l'ordre public relatif intéressent la protection particulière des salariés, ces derniers étant appréhendés sous un angle individuel. On peut citer à titre d'exemple de règles appartenant à l'ordre public absolu celles relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs ainsi que

insuffisamment protectrices. » V. thèse préc. note 973, spéc. p. 378-379, n° 399. Pour autant, l'auteur ne refuse pas la qualification de lois de police à de telles normes, dans la mesure où « (...) elles participent d'une politique économique et sociale jugée particulièrement importante au plan de l'organisation politique, sociale et économique du pays et qu'elles traduisent un seuil de sensibilité particulièrement exacerbé vis-à-vis des lois étrangères au contenu différent. Simplement, le concept de loi de police ne serait plus automatiquement synonyme de la notion de loi d'application immédiate (...) ». *Op. cit.* Ce point de vue est pertinent, mais il semble préférable, dans un souci de clarté, de renoncer à toute qualification de « lois de police » en ce qui concerne les normes visant essentiellement à assurer la protection d'une partie en position d'infériorité. Il est possible, en effet, en ce qui les concerne, de procéder, sous certaines conditions (en témoigne l'article 6 de la convention de Rome) à une bilatéralisation. Ce qui nous conduit automatiquement à rejeter leur appartenance à la catégorie des lois de police, par nature insusceptibles de faire l'objet d'une bilatéralisation.

⁹⁸⁹ V. note sous CE, Ass., 22 février 1973, *RCDIP* 1974, p. 273, spéc. p. 285, n° 21. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 44.

⁹⁹⁰ « Conflit de lois et normes impératives locales du travail », *Trav. et protec. soc.* mai 2003, *chron.* n° 8, p. 6-9, spéc. p. 9. Sur la distinction entre les articles 6 et 7 de la convention de Rome, V. également sa thèse : *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, LGDJ, Paris, 1993, p. 203, n° 464 et s.

celles relatives à l'organisation du comité d'entreprise⁹⁹¹. Il en résulte que c'est au titre des lois de police que ces normes ont vocation à être mises en œuvre et non en tant que « dispositions impératives protectrices » du salarié.

Ces dernières appréhendent le salarié sous l'angle individuel et sont animées d'un souci de protection à son égard, tandis que l'« ordre public absolu » appréhende les salariés sous l'angle collectif. C'est donc au titre des lois de police qu'il a, le cas échéant, vocation à intervenir. Si l'on se réfère à la distinction établie par M. NUYTS⁹⁹² entre les « lois de police administratives » et les « lois de police protectrices », c'est bien dans la catégorie des « lois de police administratives »⁹⁹³ que l'auteur classe les normes relevant de l'« ordre public absolu ». Dès lors que la différence de philosophie entre les lois de police et les dispositions impératives protectrices est bien comprise, il devient possible de procéder à un cantonnement de la méthode des lois de police en y évacuant la sous-catégorie nommée par M. NUYTS des « lois de police protectrices » et en les « rebaptisant » « dispositions impératives protectrices ». Cette précision terminologique est absolument nécessaire afin d'éviter la confusion entre deux méthodes nettement distinctes.

371. Le rapprochement entre le droit interne et le droit international privé auquel nous procédons appelle alors une précision. Il faut considérer que l'article 6 de la convention de Rome comporte une réserve implicite au profit de normes correspondant à une approche collective du salarié. Elles s'appliqueraient obligatoirement au lieu d'exécution du travail, nonobstant le choix d'une loi plus favorable, parce qu'elles ne concerneraient pas les relations individuelles du salarié, mais elles envisageraient la collectivité des travailleurs. Et dans l'hypothèse où la loi du lieu d'exécution du travail ne serait pas celle du for, en somme, il s'agirait d'un cas particulier d'application des lois de police étrangères. D'ailleurs, en son

⁹⁹¹ Si M. COURSIER fait bien la distinction entre ce qu'il nomme les « dispositions impératives non de police » (pour nous, les « dispositions impératives protectrices ») et les lois de police, nous n'approuvons pas toujours la ventilation qu'il opère entre elles à partir de normes internes. Par exemple, il classe parmi les normes impératives au sens de l'article 6 la réglementation relative aux institutions représentatives du personnel. (V. « Conflit de lois et normes impératives locales du travail » préc. note précédente, spéc. p. 8.) Nous considérons, et le droit positif est en ce sens, qu'elle a vocation à intervenir au titre des lois de police.

⁹⁹² V. « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245.

⁹⁹³ Nous rejoignons ainsi l'opinion de M. NUYTS qui opère une distinction, par son recours à la *summa divisio* « lois de police administratives » et « lois de police protectrices », entre les « *dispositions spécifiques qui réglementent la représentation commerciale salariée, (qui) constituent certainement des normes protectrices soumises au jeu de l'article 6 de la convention de Rome* » et les « *dispositions concernant l'hygiène et la sécurité des lieux de travail, l'exercice du droit de grève, la réglementation sur le repos du dimanche et les jours fériés, ou encore celle sur le travail des enfants, (qui) sont souvent de type réglementaire et assorties de sanctions pénales ou administratives* » et qui, appartenant à la catégorie des « lois de police administratives », devraient relever de l'article 7 de la convention de Rome. V. *op. cit.*, spéc. n° 6, p. 43.

temps, l'arrêt *Thuillier* avait pu être analysé comme admettant un cas d'application de la théorie des lois de police étrangères.⁹⁹⁴

De même, lorsque le salarié accomplit son travail ordinairement dans un même lieu, mais qu'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, l'article 6 de la convention de Rome désigne, comme loi applicable à défaut de choix, celle du lieu habituel d'exécution du travail. Mais il faudrait réserver certaines lois de police locales du lieu d'exécution temporaire du travail.⁹⁹⁵ Il devrait certainement également en être ainsi lorsque le salarié n'exécute pas son travail habituellement dans un même lieu. Selon l'article 6.2 b) de la convention de Rome, dans ce cas, la loi objectivement applicable est celle « *du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur* »⁹⁹⁶. A notre avis, ici encore, il faut préciser que ce texte ne préjuge pas de l'application de certaines lois de police en vigueur au lieu d'exécution du travail, sauf à estimer que le salarié ne puisse être considéré, en raison du caractère particulièrement furtif de sa présence, comme relevant d'un statut collectif en ce lieu.

La clarification opérée par la convention de Rome explique que la jurisprudence ait nettement moins recours à la technique des lois de police depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome.

2. Illustrations jurisprudentielles.

372. En Belgique, par exemple, la Cour de cassation a tiré les conséquences de la distinction établie entre les deux types de normes. En effet, il était de jurisprudence constante, depuis un arrêt du 25 juin 1975, qu' « *en matière de contrat de louage de travail, les dispositions légales qui organisent la protection des travailleurs et qui ont un caractère impératif sont, au sens de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil, des lois de police et de sûreté* »⁹⁹⁷. Mais depuis l'entrée en vigueur de la convention, les juges ne semblent plus faire référence à la théorie des lois de police lorsqu'ils mettent en œuvre les règles visant à protéger les travailleurs sur le fondement de son article 6⁹⁹⁸. C'est dire que les règles visant exclusivement à assurer la protection des salariés sont extraites de la catégorie des lois de police. Cette solution est favorable à la sécurité juridique. En effet, le concept de disposition impérative protectrice présente

⁹⁹⁴ Note sous l'arrêt *Thuillier* préc. note 975, spéc. p. 688/689.

⁹⁹⁵ Sur ce point, V. la directive 96/71 relative aux règles nationales applicables aux travailleurs détachés dans un Etat membre dans le cadre d'une prestation de services fournie par leur employeur, (*JOCE* n° L 18 du 21 janvier 1997) sur laquelle V. les développements *infra*, n° 428 et s.

⁹⁹⁶ Une seconde hypothèse introduite dans la proposition de règlement relève de ce texte. Il s'agit de celle où le salarié accomplit habituellement son travail dans un espace non soumis à une souveraineté nationale.

⁹⁹⁷ *Pas.*, 1975, I, p. 1038. Cette solution a été reprise dans des arrêts ultérieurs. V. not. Cour de cass. belge, 14 mai 1990, *Pas.* 1990, I, n° 539. (Réf. citée par A. NUYTS in *chron. de jurisprudence belge*, *JDI* 1996, p. 189 et s., spéc. p. 193). V. aussi, pour d'autres ex., la chronique de PRIOUX in *JDI* 1989, p. 1059 et 1060.

⁹⁹⁸ V. par ex. Cour d'appel de Bruxelles, 4 avril 1990. V. la chronique d'A. NUYTS, commentant la jurisprudence belge en droit international du travail in *JDI* 1996, p. 189 et s. et spéc. p. 193 et s. sur cet arrêt.

notamment l'intérêt de remédier à l'un des inconvénients des lois de police, à savoir l'imprécision de leur sphère d'application. Ainsi, avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome, en Belgique, les juridictions étaient partagées sur la question de savoir quel lien entre la situation juridique et le territoire du for devait être retenu afin de déclencher l'application d'une loi de police en matière de droit du travail⁹⁹⁹.

373. En France, désormais, dans le cadre de la mise en œuvre de la convention de Rome, les juridictions distinguent généralement nettement les dispositions impératives protectrices de l'article 6 des lois de police visées à l'article 7.2 de cette convention. Elles appliquent l'article 6 en le combinant avec la définition de la notion de « disposition impérative » (au sens du droit interne) donnée à l'article 3.3 selon laquelle il s'agit de « *dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat* ». Ce faisant, elles distinguent la méthode de mise en œuvre de l'article 6 de celle des lois de police¹⁰⁰⁰.

La cour d'appel de Douai, dans une décision du 13 avril 2001¹⁰⁰¹, illustre la mise en œuvre de l'article 6 de la convention de Rome combiné avec l'article 3.3 en se référant expressément à ces deux textes. En l'espèce, le salarié accomplissait son travail principalement en France, pays où le statut protecteur des voyageurs, représentants et placiers est impératif. Après avoir constaté que la loi italienne choisie par les parties était moins protectrice puisqu'elle se bornait, pour l'essentiel, à renvoyer aux stipulations contractuelles, les magistrats acceptèrent d'examiner si les conditions d'application du statut impératif français des voyageurs, représentants et placiers étaient remplies en l'espèce.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 6 octobre 1999¹⁰⁰², combine pareillement les articles 6 et 3.3 de la convention de Rome. En l'espèce, un contrat de travail international était soumis au droit anglais. Le salarié accomplissait habituellement son travail en France. A l'occasion du licenciement du salarié se posa la question de la loi applicable à ce contrat. Après avoir relevé le caractère impératif (au sens du droit interne) des dispositions du droit français qui régissent la rupture du contrat de travail, les juges déclarèrent la loi française applicable au licenciement.

Cependant, dans cette décision, la condition relative au caractère plus favorable des dispositions impératives de la loi applicable ne paraît pas avoir retenu particulièrement

⁹⁹⁹ V. la chron. d'A. NUYTS préc. note 998 spéc. p. 193. Certaines décisions ont retenu le critère de l'« habitation » du travailleur sur le territoire belge. D'autres ont retenu celui de l'exécution du travail sur le territoire belge, même de manière temporaire ou partielle.

¹⁰⁰⁰ Pour un exemple puisé dans la jurisprudence italienne, V. not. Corte di Cassazione, 21 avril 2005, *Pelliteri c/ République fédérale du Brésil*, sentenza n° 8296, *Riv. di dir. int. e proc.*, p. 1088.

¹⁰⁰¹ *Rev. juris. soc.* 7/01, n° 843.

¹⁰⁰² *Rev. juris. soc.* 4/00, n° 382.

l'attention des juges. Peut-être cela s'explique-t-il par le fait que le caractère plus favorable du droit français en matière de licenciement n'était pas contesté par l'employeur qui revendiquait l'application du droit anglais. Mais l'arrêt est très intéressant en ce que les juges ont clairement écarté le moyen soulevé par l'employeur qui affirmait qu'il fallait rapprocher les dispositions impératives mentionnées à l'article 3.3 de la notion de loi de police. Pour rejeter cet argument, les juges précisent « *que la notion de disposition impérative est plus large que celle de loi de police* ». Ils insistent donc bien sur la différence entre les lois de police et les dispositions impératives au sens du droit interne qui sont au cœur du mécanisme de l'article 6. De même, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 2 mai 2001¹⁰⁰³, opère une combinaison entre les articles 3.3 et 6 de la convention de Rome. Les juges comparent en effet les dispositions impératives protectrices de la loi qui aurait été applicable au contrat de travail litigieux à défaut de choix (en l'espèce, la loi française) avec la loi italienne choisie par les parties. Ayant constaté que celle-ci aboutissait à un résultat moins protecteur que les dispositions impératives de la loi française en matière de contrats à durée déterminée, les juges décident d'appliquer ces dernières par substitution aux règles italiennes.

374. Ces solutions ont reçu l'aval de la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 12 novembre 2002¹⁰⁰⁴. En l'espèce, une salariée occupait depuis 1972 un poste de professeur à l'Institut culturel autrichien à Paris. Depuis le 2 décembre 1994, celle-ci était liée, selon son propre choix, par un contrat de travail de droit autrichien conclu avec le ministère autrichien des affaires étrangères. La salariée fut licenciée par une lettre du 14 septembre 1995. Elle saisit le tribunal du travail et des affaires sociales de Vienne pour faire constater que la rupture de son contrat n'était pas régulière et que son engagement se poursuivait. En première instance, sa demande ayant été rejetée par le tribunal s'estimant incompétent, l'affaire fut portée devant le Conseil de prud'hommes de Paris. La salariée réclamait, en application du droit français, le paiement d'indemnités de congés payés, d'indemnités de rupture, de dommages-intérêts ainsi que la remise de divers documents.

La cour d'appel de Paris rejeta la demande en paiement de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif que « *la salariée, en application de la loi autrichienne, bénéficiait d'un préavis de cinq mois et d'une indemnité de licenciement égale à neuf mois de salaire et qu'il n'apparaissait pas que la loi française, même en tenant compte d'une indemnité au moins égale à six mois de salaire pour licenciement sans cause réelle et*

¹⁰⁰³ Inédit, *Juris-Data*, doc. n° 148277.

¹⁰⁰⁴ *RCDIP* 2003, p. 446, note F. JAULT ; *JDI* 2004, p. 135, note S. DION ; *D.* 2003, *Jur.* p. 661-665, note J.-G. MAHINGA ; *Dr. soc.* 2003, p. 341, note M.-A. MOREAU.

sérieuse, aurait été plus favorable ». Un tel raisonnement s’inscrivait dans la lignée des décisions fréquemment rendues par les juges du fond.

La Cour de cassation a fait droit à certaines demandes de la salariée, cassant partiellement l’arrêt rendu par la cour d’appel. Elle a en effet admis la prévalence du droit français au titre de dispositions plus favorables sur le fondement de l’article 6, par. 1 de la convention de Rome. Mais la censure opérée par les Hauts Magistrats ne remet pas en cause le raisonnement suivi par les juges du fond au regard de la mise en œuvre de l’article 6.

Selon la Cour, « *il résulte des articles 3, par. 3, et 6, par. 1^{er} de ladite convention que le choix de la loi applicable au contrat de travail ne peut avoir pour effet de priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix et que ces dispositions impératives sont celles auxquelles cette loi ne permet pas de déroger par contrat (...)* »

Partant de l’examen de l’évolution du droit du travail international, il convient de s’intéresser à présent, de façon générale, aux potentialités des dispositions impératives protectrices en tant qu’elles peuvent contribuer à un recul des lois de police.

§ II: Les potentialités des « dispositions impératives protectrices » en vue du refoulement des lois de police.

375. Pour comprendre comment les « dispositions impératives protectrices » peuvent permettre de restreindre le domaine des lois de police (B), encore faut-il que soient préalablement mises en évidence les différences essentielles qui séparent les premières des secondes ; autrement dit, il faut comparer ces notions (A).

A. Comparaison entre les lois de police et les « dispositions impératives protectrices ».

376. On a vu que le concept de lois de police était particulièrement délicat à saisir et qu’il était susceptible de faire l’objet de différentes acceptions¹⁰⁰⁵. Alors qu’une conception large y englobe les normes visant à assurer la protection de parties en situation de faiblesse par rapport à leur cocontractant, une autre approche, à laquelle nous adhérons, en retient une conception stricte et refuse d’y intégrer ces normes.

Mais même des auteurs partisans du recours aux lois de police afin d’assurer la protection de la partie faible admettent qu’une telle extension du concept « *introduit une certaine*

¹⁰⁰⁵ V. *supra*, n° 40 et s.

hétérogénéité dans son domaine. »¹⁰⁰⁶ Or il semble qu'à partir du moment où à une même notion correspond une variété de régimes juridiques, il y a là le signe d'un recours abusif aux lois de police. Cette « hypertrophie » des lois de police a conduit M. NUYTS¹⁰⁰⁷ à procéder à une distinction en la matière. En effet, l'auteur distingue les « lois de police administratives » des « lois de police protectrices ». La première sous-catégorie se rapproche de la définition étroite des lois de police donnée jadis par FRANCESKAKIS. L'autre sous-catégorie regroupe, selon M. NUYTS, les normes qui « (...) se bornent à écarter le jeu normal du droit contractuel (...) de manière à sauvegarder les intérêts particuliers d'une partie au contrat. »¹⁰⁰⁸ Proposant un régime juridique adapté à chacune de ces sous-catégories, il trace la voie en faveur de notre conception qui consiste cependant à aller plus loin, c'est-à-dire à exclure cette dernière « sous-catégorie » du concept de lois de police.

377. En effet, dans la mesure où M. NUYTS met en évidence, par le recours aux concepts de « lois de police administratives » et « lois de police protectrices », un éclatement du régime juridique des lois de police, il démontre par là même qu'en réalité, sous un même libellé « loi de police », deux types de normes doivent être clairement distingués : l'un regrouperait les lois de police selon un sens strict et comprendrait *grosso modo* ce que l'auteur nomme les « lois de police administratives » ; quant à ce qu'il rassemble sous l'appellation « lois de police protectrices », nous considérons plus simplement qu'il faut les exclure de la catégorie des lois de police. Correspondant à une approche finaliste de l'ordre public, en ce qui les concerne, l'accent y est mis – comme du reste le nom proposé par l'auteur le laisse entendre – sur l'idée de protection d'une partie et non sur le caractère impératif de la norme en cause. Autrement dit, on peut songer éventuellement à appliquer une autre loi que la loi prétendument de police afin d'assurer la protection recherchée.

La loi de police, selon une approche descriptive, met l'accent sur le caractère internationalement impératif de la norme en cause, tandis que la disposition impérative protectrice désigne à la fois un effet et un contenu. L'effet est commun à l'ordre public classique, à savoir la limitation à la volonté individuelle. Le contenu concerne la protection d'une partie en situation d'infériorité (les travailleurs et les consommateurs). On retrouve en quelque sorte la distinction de droit interne entre la notion d'ordre public (qui désigne un effet

¹⁰⁰⁶ P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels* (dir. J. Ghestin et M. Fontaine), LGDJ, Paris, 1996, p. 513, spéc. p. 539, n° 47.

¹⁰⁰⁷ « L'application des lois de police dans l'espace. (Réflexion au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31-74 ; 245-265 ; spéc. p. 42, n° 5.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*.

et un contenu) et l'impérativité (qui désigne l'effet de l'ordre public)¹⁰⁰⁹. Le concept de « disposition impérative protectrice », en dissociant l'impérativité d'une part, de la vertu protectrice de la disposition en cause, d'autre part, montre que l'objectif de protection, qui relève du contenu de l'ordre public, doit être distingué du caractère impératif d'une norme. L'expression se rattache à une conception finaliste de l'ordre public. Il ne s'agit pas d'appliquer toutes les lois impératives du pays de résidence du consommateur, mais, parmi elles, seulement celles qui visent à le protéger. Dire qu'une loi ne s'applique que si elle est protectrice atteste nettement la volonté de l'auteur de la norme de se rallier à une conception finaliste de l'ordre public. Les lois de police relèvent quant à elles d'une conception normative de l'ordre public.

Le mécanisme prévu notamment à l'article 5 de la convention de Rome relève d'un ordre public substantiel tandis que celui prévu à l'article 7 appartient à un ordre public conflictuel. Ce dernier texte n'a donc pas le même domaine que les dispositions impératives protectrices. Adopter une conception trop extensive des lois de police risquerait de « paralyser » le mécanisme protecteur instauré notamment par l'article 5 de la convention de Rome.¹⁰¹⁰ En effet, la loi de police, en ce qu'elle a pour particularité d'intervenir en amont, sans aucun égard au résultat substantiel auquel aboutirait la mise en œuvre de la loi désignée par la règle de conflit ordinaire, empêcherait l'application d'une loi plus favorable au consommateur, du moins lorsque le juge saisi ne sera pas celui de son pays de résidence habituelle.

Dès lors que la distinction entre les « dispositions impératives protectrices » et les lois de police est bien comprise, on peut s'attacher à en mesurer l'impact sur le refoulement des lois de police.

B. Les conséquences en vue du refoulement des lois de police.

378. Si l'on quitte le terrain des lois de police pour se rallier à une approche finaliste de l'ordre public, il devient envisageable, ce qui ne peut pas l'être, par nature, s'agissant des lois de police, d'intégrer dans une règle de conflit un élément matériel permettant de parvenir au résultat souhaité. Ainsi, une méthode mieux adaptée que les lois de police consiste à permettre de s'assurer le respect d'un certain seuil de protection au plan substantiel. Les articles 5 et 6 de la convention de Rome illustrent parfaitement une telle tentative. Ces textes englobent, au

¹⁰⁰⁹ V. *supra*, chap. prélim., n° 19 et s.

¹⁰¹⁰ M. LECLERC identifie ce problème et le résout en recourant au concept par lui créé de règle d'application minimale, qui conduit à n'écarter la loi étrangère que si son contenu ne procure pas un certain niveau de protection au consommateur. Ainsi, la loi étrangère plus favorable au consommateur qui serait désignée par la règle de conflit ordinaire s'appliquera au contrat de consommation. V. *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, spéc. n° 645.

stade de la désignation de la loi applicable, des considérations substantielles.¹⁰¹¹ Il s'agit donc de règles à connotation matérielle.

Plus précisément, les articles 5 et 6 de la convention de Rome imposent l'application, dans l'ordre international, de certaines dispositions impératives du droit interne désigné par la règle de conflit en fonction d'un critère objectif tiré du principe sous-tendant la convention, à savoir le principe de proximité. Ce dernier y perd toutefois sa « neutralité » puisque s'y ajoute une considération d'ordre substantiel, à savoir respectivement la protection des consommateurs et des travailleurs. En faisant référence aux dispositions impératives protectrices du droit interne, la règle de conflit bilatérale intègre le but social de la loi au stade de la recherche de la loi applicable ; ce qui suppose qu'une communauté de valeurs soit partagée par les Etats signataires de la convention adoptant une telle solution.

379. Au contraire de l'article 7 de la convention de Rome qui est une application de l'unilatéralisme par définition antagoniste avec l'idée même de procéder à une unification du conflit de lois, les articles 5 et 6, pour leur part, visent à exploiter le consensus se dégageant entre les Etats signataires au plan substantiel, consistant à assurer une certaine protection respectivement aux consommateurs et aux salariés. En effet, par hypothèse, les Etats s'accordent sur le principe même d'assurer à ceux-ci une protection en mettant à l'écart la neutralité caractérisant en principe la règle de conflit.

Les « dispositions impératives protectrices », en remédiant aux imprécisions relatives aux facteurs de rattachement des lois de police, œuvrent en faveur de la sécurité juridique. En effet, l'un des inconvénients des lois de police, notamment en droit de la consommation, est qu'elles n'obéissent pas, selon les pays, au même critère de rattachement pour leur mise en œuvre. Ainsi, parfois, les pays de *common law* retiennent le pays du lieu de conclusion du contrat¹⁰¹², tandis que le domicile ou la résidence habituelle semblent être les deux critères le plus fréquemment retenus par les pays de *civil law*. Dès lors, la relative unification opérée par l'article 5, dans son domaine, autour de l'application de la loi du pays de résidence habituelle du consommateur permet d'illustrer l'intérêt d'élaborer des normes à caractère substantiel sur un modèle bilatéral. En effet, si une certitude se dégage en ce qui concerne la combinaison entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome, c'est que lorsque la situation juridique se

¹⁰¹¹ Ainsi, selon M. BUCHER, « Les articles 5 et 6 de la convention de Rome, relatifs aux contrats conclus par les consommateurs, respectivement aux contrats individuels de travail, ont pour objectif principal d'assurer le respect des dispositions impératives du pays dont le marché est le plus étroitement concerné par la protection des consommateurs, respectivement des travailleurs. Ces dispositions absorbent ainsi, à travers le rattachement selon le « lien le plus étroit », les règles d'ordre public répondant au même objectif de protection ». V. « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993-II, p. 9-116, spéc. n° 30, p. 58.

¹⁰¹² V. M. FALLON, « Le droit des rapports internationaux de consommation », *JDI* 1984, p. 765, spéc. n° 30.

situé dans les domaines spatial et matériel de l'article 5, les Etats signataires s'interdisent d'appliquer une loi de police au lieu et place de la loi désignée par l'article 5 de la convention de Rome. Dès lors, il n'y aura aucun paradoxe à constater que bien que les « dispositions impératives protectrices » diffèrent profondément de la technique des lois de police, elles permettent d'« extraire » une partie des législations internes à l'empire de ces dernières. Ce type de règles ne présente pas les inconvénients des lois de police qui, par nature, sont un frein à l'universalisme. Par ailleurs, elles semblent particulièrement bien adaptées au système communautaire caractérisé par une approche en termes d'harmonisation minimale et de « reconnaissance mutuelle ». ¹⁰¹³ C'est dire que les données du droit communautaire ne réduisent pas, bien au contraire, l'intérêt d'établir une distinction nette entre les lois de police et les dispositions impératives protectrices.

Si donc la clarification opérée par la convention de Rome en matière de contrat de travail international à propos des lois de police et des dispositions impératives protectrices est pleinement satisfaisante, reste que la matière met en évidence une difficulté inhérente à la méthode des dispositions impératives protectrices qui exige, le cas échéant, une comparaison entre plusieurs lois.

§ III : De quelques difficultés liées au dépeçage.

380. Contrairement à l'hypothèse du « dépeçage » mis au service d'un ordre public normatif¹⁰¹⁴, où celui-ci semble intervenir *a priori* de façon ponctuelle, dans le cadre de l'ordre public finaliste, il se situe au cœur du dispositif mis en place par les textes à finalité protectrice tels que les articles 5 et 6 de la convention de Rome (A). Or un tel morcellement du contrat n'est pas sans poser quelques difficultés de mise en œuvre (B).

A. Le dépeçage au service d'un ordre public finaliste protecteur.

381. Les articles 5 et 6 de la convention de Rome admettent implicitement le dépeçage. En effet, en application de ces textes, les juges sont confrontés à un choix entre la *lex contractus* (loi choisie par les parties) et certaines dispositions impératives de la loi applicable selon des critères objectifs ; ils doivent privilégier la norme la plus protectrice en faveur du consommateur et du salarié. Une telle démarche postule un « dépeçage » du contrat.¹⁰¹⁵

¹⁰¹³ Su ce concept, V. *infra*, n° 200 et s.

¹⁰¹⁴ Sur la question du dépeçage en matière de contrats en général, V. P. LAGARDE, « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. di dir. int. e proc.* 1975, p. 649. Sur cette hypothèse en particulier, V. *supra*, note 510.

¹⁰¹⁵ C'est ce qui ressort expressément du rapport Giuliano-Lagarde selon lequel « (s)il la loi (objectivement) applicable accorde aux travailleurs une protection plus grande que celle résultant du droit choisi par les parties,

Si aujourd'hui, le principe d'égalité de traitement entre les situations internes et internationales ne semble pas constituer un obstacle au principe même d'élaboration de règles de conflit à coloration matérielle, en revanche, il doit être pris en considération lorsqu'il s'agit, concrètement, de mettre en œuvre un régime de faveur, notamment dans le cadre du dépeçage qu'il implique nécessairement. La difficulté consiste à retrouver un certain équilibre, même artificiel, au plan international, qui reflèterait une logique d'ensemble, à l'image de celle sur laquelle repose chaque structure juridique de droit interne. Le contrat international, dès lors qu'il fait l'objet d'un dépeçage, se trouve par hypothèse privé de l'équilibre rassurant incarné par une structure juridique de droit interne. Dès lors que plusieurs lois ont vocation à régir ce contrat selon un critère matériel (en l'occurrence, celui de la faveur), il va falloir combiner des lois dans une optique de faveur envers le salarié, sans rompre cette égalité défendue par WENGLER¹⁰¹⁶ entre les situations internes et hétérogènes. En effet, la crainte est que la personne protégée bénéficie d'un contrat sur mesure, pouvant cumuler tous les avantages et échapper à tous les inconvénients qui en apparaissent pourtant comme la contrepartie, étant entendu qu'un système juridique présente une cohérence d'ensemble. C'est dire que lors du dépeçage du contrat, il faudra tenir compte de cette finalité protectrice tout en évitant les excès. De la mesure de ce dépeçage dépend le respect de la logique recherchée à travers les articles 5 et 6 de la convention de Rome. Cependant, le dépeçage peut justement servir à compenser, comme c'est précisément le cas à travers ces textes, une inégalité provoquée par la faculté des parties de choisir la loi applicable. Ce qui conduit à en contrôler étroitement la mise en œuvre, mais en aucun cas à en rejeter le principe.¹⁰¹⁷

il n'en résulte pas que le choix de cette loi soit inefficace dans son ensemble ». V. comm. sous l'article 6.2 de la convention de Rome.

¹⁰¹⁶ Ce principe repose sur l'égalité de traitement entre les situations internes et hétérogènes. Ainsi, selon WENGLER, « *Lors de la formulation de ses règles de conflit, tout législateur étatique doit (...) veiller à ce que les personnes (...) ne bénéficient pas d'une liberté accrue ou restreinte en comparaison des personnes participant à des relations ne présentant que des liens homogènes avec un seul Etat ; parallèlement, les personnes dont les relations sociales s'imbriquent dans l'ordre juridique de plusieurs pays doivent, quant à leurs droits subjectifs, bénéficier de la même protection juridique que les personnes dont les relations s'insèrent dans le système juridique d'un seul pays, et non d'une protection moindre ou supérieure.* » V. « L'immunité législative des contrats multinationaux », *RCDIP* 1971, p. 637, spéc. p. 650.

¹⁰¹⁷ En outre, sans aller jusque là, certains auteurs ont pu reprocher au dépeçage induit par les articles 5 et 6 de la convention de Rome d'obliger, en pratique, le cocontractant (professionnel) à se conformer pratiquement à deux lois. V. not. A.-C. IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Georg, Genève, 1981, p. 204.

B. La mise en œuvre du dépeçage.

382. Il faut d'abord admettre que le dépeçage induit par l'article 6 doit se voir imposer les limites généralement assignées au dépeçage, tendant à préserver la cohérence du contrat. Mais surtout, s'agissant d'un texte à finalité protectrice, le mode de détermination de la loi la plus protectrice des intérêts du salarié (entre celle du pays d'exécution du travail ou de l'établissement de l'employeur et la loi choisie par les parties) revêt une importance toute particulière. Le concept d'impérativité doit aussi être précisé (1) ; il en va de même de l'office du juge (2).

1. Les critères de l'impérativité et de la faveur.

383. Deux conditions sont exigées par l'article 6 de la convention de Rome pour permettre la mise en œuvre de la protection de la loi du lieu d'exécution nonobstant le choix par les parties d'une autre loi. Il faut qu'elle soit plus protectrice et impérative¹⁰¹⁸. Or la mise en œuvre de ces critères n'est pas sans soulever certaines difficultés qui seront mises en évidence par des considérations théoriques sur les règles de conflit combinatoires (a). L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 novembre 2002 fournira un exemple concret de mise en œuvre de ce type de règles (b). Enfin, le critère de l'impérativité méritera quelques remarques particulières (c).

a) Considérations théoriques sur les règles de conflit combinatoires.

384. Les difficultés entourant la mise en œuvre de l'article 6 de la convention de Rome sont inhérentes à toute règle de conflit combinatoire, laquelle postule, le cas échéant, une comparaison entre plusieurs lois. Dans le cadre de l'article 6, il s'agit de comparer la loi du pays dans lequel le travailleur exécute habituellement son travail (ou celle du pays dans lequel l'employeur ayant embauché le salarié a son établissement) avec celle ayant éventuellement été choisie par les parties au contrat de travail, en vue de retenir celle qui permet de réaliser le résultat visé par la règle de rattachement¹⁰¹⁹, à savoir, la protection du salarié.

S'agissant de la mise en œuvre du critère matériel déterminant la loi applicable, en l'occurrence, le souci de protection du salarié, on peut concevoir une comparaison globale ou analytique. Cette dernière méthode consiste à procéder à une comparaison entre les lois en concours point par point, à « *confronter, sur un thème donné, l'ensemble des règles s'y*

¹⁰¹⁸ Pour des ex. de décisions dans lesquelles les juges du fond s'attachent à vérifier successivement, avant de mettre en œuvre une règle appartenant à l'ordre juridique du lieu d'exécution du travail, si elle est, d'une part, impérative ; d'autre part, plus protectrice que la loi désignée par les parties, V. cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2 mai 2001, *Juris Data* 148277 ; cour d'appel de Grenoble, 24 février 1997, *Rev. juris. soc.* 1998, p. 268, n° 426 (extraits), *comm. J. DEPREZ*, p. 254.

¹⁰¹⁹ Ces deux temps du raisonnement sont clairement exposés par M. PATOCCHI (P.M.), *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Librairie de l'Université, Genève, 1985, spéc. p. 302, n° 607 et s.

rapportant. Ainsi, en matière de congés payés, la comparaison doit se faire entre les dispositions relatives à cette question »¹⁰²⁰. Le mode de comparaison global, quant à lui, conduit à apprécier les avantages respectifs procurés au salarié par chaque système législatif pris dans son ensemble, ou en tout cas, se rapportant à un thème global, par exemple, en matière sociale, la question du licenciement et de ses suites.

Par ailleurs, il faut distinguer entre l'appréciation concrète et l'appréciation abstraite. « *La loi la plus favorable est déterminée abstraitement lorsque les lois en présence sont comparées eu égard à leur contenu, abstraction faite du résultat obtenu en l'espèce.* »¹⁰²¹ S'attacher, en revanche, à rechercher concrètement la loi la plus favorable nécessite la comparaison des « *résultats obtenus dans le cas d'espèce par l'application de chacune de ces lois.* »¹⁰²² Le principe de l'appréciation concrète semblait être acquis en droit positif avant même l'entrée en vigueur de la convention de Rome. Telle a d'ailleurs été, au moins implicitement, la solution retenue par la Cour de cassation dans l'affaire *Thuillier*. En effet, comme le souligne M. LAGARDE, la loi sénégalaise, - disposant qu'au-delà d'un renouvellement, si le travailleur poursuivait sa fonction, son contrat devenait à durée indéterminée, résiliable à tout moment par les deux parties -, non appliquée en l'espèce, aurait pu, dans d'autres circonstances, tourner à l'avantage de la salariée. L'annotateur entendait déjà, à juste titre, attirer l'attention sur les difficultés liées à la mise en œuvre d'une règle de conflit *in favorem*¹⁰²³. Mais cette animosité à l'encontre de cette dernière était certainement aussi due à son caractère inédit (en 1972).¹⁰²⁴ Quoi qu'il en soit, l'appréciation concrète nous semble imposée par la nature finaliste de la règle énoncée à l'article 6 de cette convention.¹⁰²⁵ Hormis cette certitude, le rapport Giuliano-Lagarde ne renseigne guère sur la mise en œuvre concrète de l'article 6 de la convention de Rome.¹⁰²⁶ C'est pourquoi les premières solutions jurisprudentielles rendues en application de ce texte présentent un intérêt tout particulier.

¹⁰²⁰ V. Ph. COURSIER, « Conflit de lois et normes impératives locales du travail », *Trav. et protec. soc.*, 05/03, *chron.* n° 8, p. 6, spéc. p. 9.

¹⁰²¹ *Op. cit.*, p. 303, n° 611.

¹⁰²² *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰²³ V. note sous l'arrêt *Thuillier* préc. note 975, spéc. p. 689/690.

¹⁰²⁴ Pour un autre ex. d'appréciation concrète, V. not. Paris, 5 janvier 1989, *RCDIP* 1990, p. 700, note P. RODIERE.

¹⁰²⁵ En ce sens, V. not. Ph. COURSIER, *Juriscl. Dr. inter.*, v. « Conflits de lois en droit du travail », fasc. 573-10, 2000, spéc. n° 57 et *chron. préc.* note 1020, spéc. p. 9. Pour M. COURSIER, « *le caractère plus protecteur des dispositions impératives de la lex loci executionis ou de la loi choisie par les parties s'apprécie de façon individuelle, c'est-à-dire pour le seul salarié concerné.* » Adde F. JAULT, note sous Cass., soc., 12 novembre 2002, *RCDIP* 2003, p. 446, spéc. p. 458.

¹⁰²⁶ Il se borne en effet à préciser que « (*dans la mesure où les dispositions du droit applicable en vertu du paragraphe 2 protègent mieux les travailleurs que la loi choisie, par exemple, en accordant un délai de préavis plus long, ces dispositions écartent les dispositions correspondantes de la loi choisie, et s'appliquent à leur place.* »

b) *L'application jurisprudentielle : l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 novembre 2002.*

385. La présentation du raisonnement adopté par la chambre sociale de la Cour de cassation dans son arrêt du 12 novembre 2002¹⁰²⁷ (α) en précédera la critique (β). Enfin, on verra que le mode de comparaison retenu en l'espèce par la Haute Juridiction française se distingue nettement de celui adopté par la Cour de Luxembourg (γ).

α) Présentation du raisonnement de la Cour.

386. Dans cette affaire, la chambre sociale de la Cour de cassation était appelée à combiner la loi autrichienne choisie par les parties avec les dispositions impératives de la loi française objectivement applicable. L'Institut culturel autrichien estimait qu'il fallait procéder à une appréciation globale de la protection offerte respectivement par la loi française et la loi autrichienne. En effet, d'après lui, l'appréciation du caractère plus favorable devait se faire à l'issue d'une « *comparaison globale des dispositions ayant la même cause ou le même objet.* » Plus précisément, il reprochait à la cour d'appel d'avoir constaté l'absence d'équivalent, en droit autrichien, de l'entretien préalable au licenciement ainsi que de la convention de conversion, « *sans avoir analysé l'ensemble des dispositions de cette loi relative aux modalités des licenciements, fût-ce pour motif économique pour vérifier si elles n'assuraient pas globalement une protection équivalente à celle du droit français.* » La Cour de cassation, pour rejeter le pourvoi sur ce point, reprit à son compte cette idée puisqu'elle énonça que « *la détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions de cette loi ayant le même objet ou se rapportant à la même cause* »¹⁰²⁸.

En l'espèce, la Haute Juridiction approuva les juges du fond d'avoir appliqué les dispositions de la loi française concernant l'entretien préalable au licenciement et la proposition d'une convention de conversion en cas de licenciement pour motif économique, dans la mesure où il ne saurait y être dérogé par contrat et où le droit choisi par les parties ne prévoyait pas de dispositions équivalentes. En revanche, elle les censura pour ne pas avoir fait intervenir le

¹⁰²⁷ *RCDIP* 2003, p. 446, note F. JAULT ; *JDI* 2004, p. 135, note S. DION ; *D.* 2003, *Jur.* p. 661-665, note J.-G. MAHINGA ; *JCP éd. G* 2003, I, 166, n° 2, obs. S. POILLOT-PERUZZETTO.

¹⁰²⁸ La formule rappelle celle utilisée en droit interne. En effet, en ce qui concerne la mise en oeuvre du principe de « faveur », la Cour de cassation, dans un arrêt rendu en Assemblée plénière le 18 mars 1988, a exclu tout cumul des avantages ou garanties ayant même objet ou même cause (et découlant respectivement d'instruments conventionnels en concours) au profit du salarié, avant de préciser que le plus favorable de ces avantages ou garanties devait seul être accordé. Cette solution selon un critère de faveur, appelée par l'exclusion du cumul, a été clairement généralisée en 1996. La chambre sociale a consacré, dans les visas et les motifs de trois arrêts de cassation rendus cette année-là et sans se référer à un texte légal, « *le principe fondamental en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application* ».

droit français en ses normes prévoyant la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse alors que le droit autrichien n'en prévoyait pas l'équivalent et qu'ils n'avaient pas le même objet ni la même cause que les indemnités de préavis et de licenciement prévues par la loi autrichienne. Pourtant, la cour d'appel, à l'issue d'une comparaison globale, avait estimé que l'indemnité allouée à la salariée en vertu du droit autrichien (indemnité de préavis et indemnité de rupture) était plus favorable que celle à laquelle conduisait la loi française. La Cour de cassation impose donc une méthode de comparaison plus précise, renforçant ainsi sensiblement la protection offerte à la salariée. Ainsi, contrairement à ce que la formule pourrait laisser croire, c'est la méthode analytique qui est retenue, c'est-à-dire celle consistant à procéder à une comparaison point par point. Une telle solution a reçu à juste titre la critique unanime des annotateurs.

β) Approche critique.

387. En l'espèce, la Cour de cassation se borne à constater l'absence d'équivalent des moindres composants du régime français du licenciement pour motif économique. La méthode ainsi préconisée aboutit à faire abstraction du contexte juridique dans lequel les règles s'insèrent. En somme, elle ne respecte pas la logique propre à chacun des systèmes juridiques nationaux. Outre qu'un tel raisonnement témoigne d'un manque d'ouverture à l'égard des autres systèmes, il consacre une figure juridique inédite, à rebours du contrat sans loi.¹⁰²⁹ En effet, le salarié se voit aménager un statut plus favorable que celui offert, en droit interne, par chacun des systèmes juridiques en concours.

La solution donnée en l'espèce par la Cour de cassation, comme le souligne par exemple Mme JAULT, permet à la salariée de tirer « *avantage du caractère international de la situation* ». ¹⁰³⁰ De fait, en l'espèce, celle-ci a obtenu une indemnisation supérieure à celle à laquelle elle aurait pu prétendre en droit français ou en droit autrichien.¹⁰³¹ Un tel résultat semble étranger à l'objectif visé à l'article 6 de la convention de Rome qui est restrictif : il s'agit avant tout de protéger le salarié contre un choix de loi « abusif ». Tel n'était manifestement pas le cas du choix du droit autrichien. Ainsi on peut raisonnablement penser que s'il vise à protéger le salarié, l'objectif de ce texte n'est pas de permettre à celui-ci de tirer tous les bénéfices pouvant potentiellement résulter d'un « dépeçage » du contrat. L'arrêt est

¹⁰²⁹ On sait, en effet, qu'une critique décisive ayant abouti à la condamnation de la thèse dite du « subjectivisme pur » est la possibilité qu'elle offre aux parties de se soustraire à l'application de toute disposition impérative. Dans le cas de l'institutrice salariée, c'est l'inverse qui se produit : elle cumule la protection offerte par plusieurs lois en concours. Le résultat n'en est pas moins condamnable.

¹⁰³⁰ Note préc. note 1027, p. 460.

¹⁰³¹ Ainsi l'employeur paie, en l'espèce, un lourd tribut pour... avoir laissé les salariés choisir entre le droit français et le droit autrichien.

loin de la méthode préconisée par M. COURSIER, pour qui « (...) *Il n'est pas question que le travailleur « puise » dans chacune des deux lois en présence les éléments les plus favorables pour lui.* »¹⁰³²

Cette décision, une des premières rendues par la chambre sociale de la Cour de cassation en application de la convention de Rome, présente donc l'intérêt d'attirer d'emblée l'attention sur les « dérives » possibles de l'autonomie *in favorem*, ce qui invite à préciser la méthode à suivre lors de la combinaison entre la loi du lieu d'exécution et la loi d'autonomie. A ce sujet, la Cour de justice de la Communauté européenne pourrait bien être une source d'inspiration.

γ) La position de la Cour de justice.

388. Dans l'affaire *Mazzoleni*,¹⁰³³ les Hauts Magistrats devaient procéder à une comparaison entre deux lois en matière de salaire minimum, dans le cadre du test de proportionnalité relevant du régime du contrôle des entraves aux échanges. Ils ont jugé qu'aux fins de déterminer si la loi du pays d'origine ne permet pas de préserver l'intérêt légitime en cause, le juge national devait prendre en considération la situation d'ensemble du salarié, c'est-à-dire non seulement la réglementation nationale en matière de salaire minimum, mais encore le poids fiscal, la protection sociale relative à la maladie, la réglementation relative au chômage, aux accidents du travail, à la retraite,... Même si l'examen de la Cour portait sur le test de proportionnalité dans le cadre du contrôle des entraves, - ce qui justifierait *a priori* une approche globale, laquelle est mieux à même de restreindre les distorsions de concurrence -, la solution ne paraît pas pour autant injuste au regard de la protection du salarié.

Pour pouvoir évincer la loi choisie par les parties, la loi du pays du lieu d'exécution habituelle du travail (ou celle du pays de l'établissement de l'employeur) doit non seulement être davantage protectrice que celle-ci, mais également être impérative.

c) La recherche du caractère « impératif » de la norme.

389. Il ressort de la lecture de l'article 6 de la convention de Rome que c'est la loi du lieu d'exécution qui confère l'impérativité à la norme en cause. Il s'agit en somme de procéder à une qualification *lege causae*¹⁰³⁴. Le problème est que cette impérativité pourrait ne pas être toujours facile à déceler et qu'elle est tributaire de la conception que l'Etat du lieu d'exécution se fait de l'impérativité.

¹⁰³² « Conflit de lois et normes impératives locales du travail », *Travail et protection sociale*, mai 2003, *chron.* n° 8, spéc. p. 9.

¹⁰³³ CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C 165/98, *RCDIP* 2001, p. 495, note E. PATAUT. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 423.

¹⁰³⁴ En ce sens, V. not. S. DION, note préc. note 1027, spéc. p. 139 ; P. RODIERE, ouvr. préc. note 985, n° 541.

L'arrêt de la chambre sociale du 12 novembre 2002 présente également l'intérêt d'illustrer les incertitudes entourant le caractère impératif d'une norme. En effet, la Cour de cassation a refusé, en l'espèce, de conférer le caractère impératif aux usages qui étaient invoqués par l'enseignante. Or sur ce point encore, cette solution a été unanimement critiquée à juste titre par les annotateurs. L'arrêt témoigne donc des difficultés rencontrées par l'interprète lorsqu'il s'attache à déterminer l'impérativité (au sens du droit interne) d'une norme. En outre, les usages en cause faisaient partie de la *lex fori*. On peut dès lors aisément imaginer les difficultés auxquelles le juge se trouvera confronté lorsqu'il devra se prononcer sur le caractère impératif d'une norme étrangère.

Dans ces conditions, on ne peut que se réjouir de l'unification progressive du concept de « disposition impérative » à laquelle le législateur communautaire procède. En effet, celui-ci précise souvent, lorsqu'il adopte des mesures en vue de rapprocher les droits nationaux, quelles normes sont impératives (au sens du droit interne, notamment). Ce faisant, il contribue à unifier la notion au sein de l'Union. Mais le problème de la détermination du caractère impératif des dispositions des pays extérieurs à l'Union reste entier.

Hormis le mode d'appréciation de la faveur et de l'impérativité, une autre question revêt une importance toute particulière dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 6 de la convention de Rome : il s'agit de l'office du juge.

2. La question de l'office du juge.

390. La détermination de l'office du juge¹⁰³⁵ revêt, à propos de l'article 6 de la convention de Rome comme de toute règle combinatoire, une importance primordiale puisqu'elle conditionne la mise en œuvre d'un régime protecteur impératif. Sur ce point, on sait que la jurisprudence française est pour le moins « mouvante ». Son évolution générale sur la question de l'office du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit et dans la recherche de la teneur de la loi étrangère sera rapidement retracée¹⁰³⁶ (a). Après quoi, le cas de l'article 6

¹⁰³⁵ Sur ce thème, V. F. JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP* 2005, p. 253.

¹⁰³⁶ On délaissera en revanche une autre question : celle relative à l'office du juge dans le fonctionnement de la règle de conflit. Certes, les enjeux en sont importants. En outre, les facteurs de rattachement retenus à l'article 6 de la convention de Rome pourraient soulever quelques difficultés, par exemple lorsqu'une partie allègue l'existence d'un choix de loi implicite, ou lorsque le lieu d'exécution habituelle du travail est sujet à discussions. Ce point ne sera cependant pas abordé car il déborderait le cadre de cette étude. En effet, cette question ne soulève pas de difficultés particulières dans le cas des règles de conflit à caractère substantiel. V. les développements à ce sujet de F. JAULT-SESEKE, *op. cit.*, spéc. p. 258 et s.

Signalons seulement que dans un arrêt récent touchant au droit de la consommation, la Cour de cassation a choisi - alors que les chefs de cassation ne manquaient pas -, de censurer les juges du fond au visa de l'article 5, paragraphe 3 de la convention de Rome pour avoir admis un choix de loi implicite à propos d'un contrat transfrontière de consommation. Cet arrêt témoigne donc du contrôle certain que la Haute Juridiction entend assurer sur la caractérisation d'un choix de loi. V. V. Cass., 1^{ère}, civ., 12 juillet 2005, *RCDIP* 2006, p. 94, note P.

devra être examiné à la lumière de la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation (b). Enfin, on s'interrogera sur l'incidence éventuelle du droit communautaire sur l'office du juge dans le cadre de la mise en œuvre de ce texte (c).

a) *L'évolution générale de la jurisprudence.*

391. Deux questions essentielles nous intéresseront ici. Il s'agit de l'office du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit (α) et dans la recherche de la teneur du droit étranger (β).

α) La mise en œuvre de la règle de conflit.

392. La jurisprudence relative à l'office du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit est « mouvante ». La Cour de cassation imposait un moment aux juges du fond de relever d'office l'existence d'un conflit de lois et d'y appliquer la règle de conflit correspondante soit lorsque cette dernière figurait dans un instrument international, soit lorsque les parties n'avaient pas la libre disposition de leurs droits¹⁰³⁷. Par la suite, le critère tiré de l'origine conventionnelle de la règle de conflit a été abandonné par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation dans deux arrêts du 26 mai 1999¹⁰³⁸. Il résulte de ces arrêts que le seul critère devant être retenu pour déterminer si le juge est tenu ou non d'appliquer d'office la règle de conflit est celui de la distinction entre les droits disponibles et les droits indisponibles. Ainsi, le juge n'a l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit qu'en matière de droits indisponibles. En revanche, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, la mise en œuvre de la règle de conflit est facultative.

Cette dernière solution semble aujourd'hui quelque peu modifiée, comme une conséquence de la nouvelle position de la Cour de cassation relative à l'office du juge dans la recherche de la teneur du droit étranger reconnu applicable¹⁰³⁹. Il semblerait que désormais, le juge ait l'obligation d'appliquer la règle de conflit « *si l'une des parties au moins, par une invocation circonstanciée de la loi étrangère, lui représente l'intérêt qu'il y aurait pour sa cause à la mise en œuvre de cette loi* »¹⁰⁴⁰.

LAGARDE ; *Droit et Patrimoine*, nov. 2005, p. 113, obs. M.-E. ANCEL ; LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit de la famille*, oct. 2005, *comm.* n° 203.

¹⁰³⁷ V. Cass., Civ., 4 décembre 1990, *Coveco*, *RCDIP* 1991, p. 558, note M.-L. NIBOYET ; *JDI* 1991, p. 371, note D. BUREAU ; Cass., Civ., 10 décembre 1991, *RCDIP* 1992, p. 314, note H. MUIR WATT.

¹⁰³⁸ Arrêts *Société Mutuelle du Mans* et *Belaid*. V. ANCEL (Bertrand) et LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} éd. 2001, Dalloz, n° 77-78 ; *RCDIP* 1999, p. 707, note H. MUIR WATT. Sur l'arrêt *Société Mutuelle du Mans*, V. aussi *Gaz. Pal.* 2000, n° 61-62, p. 39, obs. M.-L. NIBOYET. Sur l'arrêt *Belaid*, V. *Defrénois* 1999, 1261, obs. J. MASSIP ; *JCP éd. G* 1999, II, n° 10192, note F. MÉLIN. *Adde* Cass., civ., 21 janvier 2003, *RCDIP* 2003, p. 462, note B. ANCEL.

¹⁰³⁹ V. en ce sens H. MUIR WATT et B. ANCEL, note sous Cass., 1^{ère}, civ. et Cass., com., 28 juin 2005, *RCDIP* 2005, p. 645, spéc. p. 647/648, n°1 et p. 651/652, n° 8.

¹⁰⁴⁰ *Op. cit.*, spéc. p. 658, n° 1.2., hypothèse ii), premier tiret.

β) La recherche de la teneur de la loi étrangère¹⁰⁴¹.

393. Dans son arrêt *Amerford* du 16 novembre 1993¹⁰⁴², la chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé qu'en matière de droits disponibles, la partie qui prétend que la mise en œuvre de la loi étrangère désignée par la règle de conflit aboutit à un résultat différent de celui obtenu par l'application de la loi française devait apporter la preuve du contenu de la loi étrangère. La première chambre civile, dans l'arrêt *Lavazza*¹⁰⁴³, avait précisé par la suite qu'en matière de droits indisponibles, en revanche, le juge avait non seulement l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit, mais également de rechercher la teneur du droit étranger désigné par celle-ci. Il ressort de ces arrêts que lorsque le juge décide d'appliquer d'office la loi étrangère, il lui incombe d'établir la teneur du droit étranger désigné par la règle de conflit. En revanche, lorsque c'est l'une des parties qui invoque le droit étranger, il incombe à celle-ci d'en établir la teneur.

Appliqué à l'article 6 de la convention de Rome qui intéresse la matière contractuelle, dans laquelle les parties ont la libre disposition de leurs droits¹⁰⁴⁴, un tel système est évidemment défavorable au salarié puisqu'il aboutit à faire peser sur lui la charge de la preuve de la loi étrangère qui lui serait plus avantageuse. C'est en effet le salarié qui, d'un point de vue procédural, revendiquera l'application de la loi étrangère qui lui est plus avantageuse¹⁰⁴⁵. Ainsi, dans l'arrêt *Mjorndal*¹⁰⁴⁶ du 29 mai 1991, la chambre sociale de la Cour de cassation avait estimé que le juge n'avait pas l'obligation de rechercher si la loi du lieu d'exécution était plus favorable au salarié. Toutefois, la convention de Rome n'était alors pas applicable.

Mais ces solutions ne sont plus de droit positif. Des décisions rendues à partir de l'année 2002 semblaient témoigner d'un abandon de la jurisprudence *Amerford*. En effet, la Cour de

¹⁰⁴¹ Sur la question du statut procédural du droit étranger, V. not. FAUVARQUE-CAUSSON (Bénédicte): « Le juge et le droit étranger », *D.* 2000, p. 125 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges en l'honneur de Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 485 ; F. MÉLIN, *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond*, PUAM, 2002.

¹⁰⁴² *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, n° 82, *RCDIP* 1994, p.322, note P. LAGARDE ; *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. DONNIER.

¹⁰⁴³ Cass., 1ère, civ., 24 novembre 1998, *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, n° 83, *RCDIP* 1999, p. 88, note B. ANCEL ; *D.* 1994, p. 337, note M. MENJUCQ.

¹⁰⁴⁴ Plus précisément, si l'on se place du point de vue du salarié, on pourra parler de droit disponible à la cessation de la relation de travail. Tel sera souvent le cas si l'on admet que le litige surgira généralement à la rupture du contrat de travail.

¹⁰⁴⁵ Il est vrai que si l'on raisonne à partir du droit français, il ne devrait pas en résulter d'inconvénients pour le salarié, dans la mesure où celui-ci est particulièrement protecteur. C'est dans les pays dont le droit social est moins protecteur des salariés que la question relative au statut procédural de la loi étrangère présente tout son intérêt. Des développements à ce sujet dépasseraient toutefois le cadre de cette étude.

¹⁰⁴⁶ *RCDIP* 1992, p. 469, note (critique) H. MUIR WATT. Dans le même sens, V. Cass., soc., 19 décembre 1992, *Rev. juris. soc.* 1993, n° 14. Pour la Cour de cassation, « la cour d'appel n'avait pas à rechercher d'office si la loi étrangère du lieu d'exécution applicable à défaut de choix aurait abouti à une indemnisation différente de celle obtenue par application de la loi française ».

cassation y estime « *qu'il incombe au juge français qui déclare une loi étrangère applicable de rechercher par tous moyens, au besoin par lui-même, la solution donnée à la question litigieuse par le droit de l'Etat concerné.* »¹⁰⁴⁷ La formule générale employée par la Haute Juridiction semblait indiquer que cette solution concernait aussi bien l'hypothèse où le juge a appliqué d'office la règle de conflit que celle où l'une des parties a invoqué l'application de la loi étrangère¹⁰⁴⁸. Cette idée est nettement confirmée par deux arrêts récents rendus par la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 juin 2005¹⁰⁴⁹ dont les attendus de principe respectifs sont très clairs : « *il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger* ».

Dans la mesure où l'appréciation des caractères impératif et plus favorable de la loi du pays d'exécution du travail (ou du pays d'établissement de l'employeur) conditionne la mise en œuvre du dispositif protecteur de l'article 6 de la convention de Rome, l'on ne pouvait se satisfaire du critère tiré de la libre disponibilité ou non des droits litigieux dans le cadre de l'office du juge notamment quant à la détermination de la teneur de la loi étrangère. De fait, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 6 de la convention de Rome, semblait déjà anticiper l'évolution qui vient d'être retracée.

b) La position de la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation.

394. L'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 novembre 2002 présente un intérêt certain sur la question de l'office du juge dans la recherche du caractère plus protecteur de la norme. Selon l'Institut culturel autrichien, il appartenait à la salariée, qui invoquait le bénéficiaire de la loi française, d'en prouver les caractères impératif et plus protecteur. La Cour

¹⁰⁴⁷ Cass., 1^{ère}, civ., 13 novembre 2003 (pourvoi n° 01-17180), *D.* 2003, *IR*, p. 2930. V. avant : Cass., 1^{ère}, civ., 18 juin 2002, 18 septembre 2002, 22 octobre 2002, 28 janvier 2003, 3 juin 2003. Sur ces arrêts, V. *JDI* 2003, p. 107, note H. PEROZ ; *RCDIP* 2003, p. 86, note H. MUIR WATT et p. 462, note B. ANCEL ; *Gaz. Pal.* 2003, n° 320-322, p.19, obs. M.-L. NIBOYET. *Adde* M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « La répartition des tâches entre juge et parties dans l'établissement du contenu de la loi étrangère, bilan de la jurisprudence de la Cour de cassation (2002/1^{er} trimestre 2003) », *Gaz. Pal.* 2003, n° 176-177, p. 3 et s. Toutefois, la chambre commerciale de la Cour de cassation ne semblait pas la suivre dans cette voie. V. par ex. Cass., com., 11 mars 2003, *Banque Worms*, *Gaz. Pal.* du 25 juin 2003, n° 176/177, p. 33, arrêt cité par M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, note 30.

¹⁰⁴⁸ V. en ce sens not. H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 303, spéc. p. 313.

¹⁰⁴⁹ *RCDIP* 2005, p. 645, note H. MUIR WATT et B. ANCEL ; *D.* 2005, *Juris.*, p. 2853, note N. BOUCHE et *Pan.*, p. 2755, obs. H. KENFACK. V. not., depuis ces arrêts : Cass., 1^{ère}, civ., 22 novembre 2005 (pourvoi n° 02-20122, *JCP éd. G* 2005, IV, n° 3726) ; 6 décembre 2005 (pourvoi n° 03-12342, *JCP éd. G* 2005, IV, n° 1033). La Haute Juridiction y censure des juges du fond qui avaient débouté des demandeurs pour insuffisance de preuve de la teneur du droit étranger (1^{ère} espèce) et pour simple production de la loi étrangère non assortie d'un certificat de coutume (2^{ème} espèce).

de cassation répond, sur ce point, que la cour d'appel n'a pas inversé la charge de la preuve. C'est dire qu'elle estime que le juge peut (et doit) prendre l'initiative de rechercher la teneur du droit étranger.

Cette solution est en tout cas confortée par les arrêts récents rendus par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation relatifs à l'office du juge quant à la teneur du droit étranger. Ainsi, le juge devrait dans tous les cas, au besoin d'office, dès lors que la loi étrangère est dans le débat, s'enquérir de la teneur de la loi étrangère éventuellement choisie par les parties, et la comparer avec la loi en vigueur au lieu d'exécution du travail¹⁰⁵⁰. Cette solution doit être pleinement approuvée, en particulier appliquée aux articles 5 et 6 de la convention de Rome. En effet, faire peser sur la partie que la règle spéciale vise à protéger la charge de la preuve du caractère plus favorable de la loi dont elle revendique l'application au titre de cette règle altère l'effectivité de celle-ci.

Par ailleurs, ces règles figurent dans la convention de Rome, qui s'inscrit dans le contexte communautaire, même si d'un point de vue institutionnel, elle n'est pas encore rattachée au droit communautaire¹⁰⁵¹. Or un tel contexte suppose « *entre ses parties un esprit de collaboration fondé sur un principe de reconnaissance mutuelle dans leurs législations respectives. Chaque partie a le devoir de traiter la loi de l'autre partie comme la sienne propre, à égalité avec elle ; elle doit donc s'en enquérir (...)* »¹⁰⁵² C'est aborder l'impact du droit communautaire sur l'office du juge dans le cadre de la mise en œuvre de ces textes. Mais celui-ci doit être précisé.

c) *L'apport du droit communautaire.*

395. On peut s'interroger sur l'influence de l'arrêt *Oceano Grupo*¹⁰⁵³ de la Cour de justice au regard de la question de l'office du juge dans la mise en œuvre de la règle de conflit, en

¹⁰⁵⁰ En ce sens, V. F. JAULT, note préc. note 1027, p. 453 ; H. MUIR WATT, note sous l'arrêt *Mjorndal* préc. note 1046, spéc. p. 475. Déjà, en 1985, M. PATOCCHI estimait que le juge devait rechercher la teneur des lois en concours afin de déterminer laquelle était la plus protectrice de la partie faible. Ainsi, le juge devrait rechercher d'office les dispositions impératives de la loi du lieu d'exécution et les comparer avec les dispositions de la loi choisie par les parties. V. thèse préc. note 1019, p. 300, n° 603.

¹⁰⁵¹ Sur les aspects institutionnels du processus de communautarisation en cours du droit international privé, V. *supra*, n° 4 et s. et 95 et s.

¹⁰⁵² V. P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002, p. 525, n° 535. L'auteur estime ainsi que les juridictions doivent rechercher la teneur de la loi étrangère, en particulier dans la mise en œuvre de la convention de Rome (*op. cit.*, spéc. p. 524/525, n° 535.)

¹⁰⁵³ CJCE, 27 juin 2000, *JCP éd. G* 2001, n° 10153, note CARBALLO-FIDALGO et PAISANT ; *RTDciv.* 2000, p. 939, obs. RAYNARD ; *RTDciv.* 2001, p. 878, obs. J. MESTRE. Cette solution a été confirmée par l'arrêt *Cofidis*, CJCE, 21 novembre 2002, *JCP éd. G* 2005, I, 142, n° 1, note X. LAGARDE ; *JCP éd. G* 2003, II, n° 10082, note PAISANT ; *D.* 2002, p. 3339, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2003, p. 486, note C. NOURISSAT.

particulier lorsque cette dernière vise dans une certaine mesure à protéger une partie faible¹⁰⁵⁴, tels les articles 5 et 6 de la convention de Rome. En effet, dans cet arrêt, la Cour a dit pour droit, à propos de la directive « clauses abusives »¹⁰⁵⁵, que la protection instaurée par cette dernière au profit des consommateurs « implique que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'une clause qui lui est soumise lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande introduite devant les juridictions nationales ». Elle souligne en effet que « la protection contre les clauses abusives serait inefficace si les consommateurs se trouvaient dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif des clauses ».

On pouvait s'interroger, à la lecture de cette décision, sur la compatibilité du critère tiré de la libre disponibilité ou non des droits litigieux quant à l'office du juge dans la recherche de la teneur de la loi étrangère, puisque l'on a vu que faire peser sur la partie que la règle entend protéger la charge de la preuve du caractère plus favorable de la loi étrangère altérerait le mécanisme protecteur. L'abandon pur et simple de ce critère, qu'il ait ou non été influencé par le droit communautaire, doit particulièrement être approuvé pour ses répercussions favorables en termes d'effectivité de la protection offerte aux travailleurs par l'article 6 de la convention de Rome. La solution devrait logiquement s'étendre au droit de la consommation.

396. Conclusion de la section I - Si les concepts de loi de police et de disposition impérative protectrice concernent tous deux l'ordre public (*lato sensu*), des différences fondamentales les séparent, tant en termes de contenu que de méthode.

Quant à leur contenu respectif, alors que les lois de police sont plutôt le reflet d'un ordre public de direction, les dispositions impératives protectrices apparaissent comme une projection, en droit international privé, de l'ordre public de protection. L'intensité de l'impérativité des lois de police est plus forte que celle des dispositions impératives protectrices. Alors que les secondes recouvrent des normes impératives au sens du droit interne, les premières expriment une impérativité internationale.

Quant à la méthode respectivement empruntée par ces deux concepts, alors que les lois de police s'appliquent indépendamment du contenu de la loi normalement applicable, les dispositions impératives protectrices n'interviennent, le cas échéant, qu'à l'issue d'une comparaison avec la loi normalement applicable.

¹⁰⁵⁴ V. en ce sens F. JAULT, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP* 2005, p. 253, spéc. p. 276/277, n° 32.

¹⁰⁵⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34. Sur cette directive, V. *infra*, n° 508 et s.

Celle-ci soulève quelques difficultés de mise en œuvre, qui sont inhérentes aux règles de conflit combinatoires. La Cour de justice, avant même d'avoir été investie du pouvoir d'interpréter la convention de Rome, a eu l'occasion, dans le cadre du contrôle qu'elle effectue en matière d'entraves aux échanges, d'opérer une comparaison entre diverses normes appartenant au droit du travail en vue d'apprécier les avantages respectifs qu'elles procuraient aux travailleurs. Sa jurisprudence n'est pas encore fournie, mais il nous semble que l'approche qu'elle retient pour l'instant en ce domaine est équilibrée, ce qui montre que les difficultés suscitées par le dépeçage du contrat dans le cadre de l'article 6 de la convention de Rome sont loin d'être insurmontables et n'ombragent pas les bienfaits des dispositions impératives protectrices. En effet, ces dernières présentent l'avantage décisif de permettre d'endiguer, dans une certaine mesure, les lois de police qui présentent de nombreux inconvénients, notamment celui d'altérer l'harmonie internationale des solutions.

Pourtant, de même que l'on observe une tendance, en droit interne, à l'extension du domaine des lois de police, le droit communautaire illustre lui aussi le phénomène. L'arrêt *Ingmar* en fournit un exemple topique et il servira justement à mettre en évidence l'importance de la distinction entre les lois de police et les dispositions impératives protectrices.

Section II : *L'éclairage de l'arrêt Ingmar.*

397. L'arrêt *Ingmar*¹⁰⁵⁶ s'avère très riche d'enseignements. Il laisse entrevoir quel pourrait être l'apport du droit communautaire à l'élaboration de règles protectrices spéciales; reste que la voie empruntée dans cet arrêt est contestable et invite à réfléchir à une méthode faisant notamment la distinction entre les dispositions internationalement impératives et les dispositions simplement impératives qui peuvent, le cas échéant, être intégrées dans une règle de conflit bilatérale qui en précise le facteur de rattachement. L'examen de l'arrêt *Ingmar* (§ I) permettra d'en mesurer la portée (§ II).

§ I : Examen de l'arrêt Ingmar.

398. La présentation de la solution de l'arrêt *Ingmar* (A) sera suivie d'une analyse de la principale disposition du droit communautaire relative aux agents commerciaux (B) qui est un passage obligé afin de comprendre la motivation adoptée par le juge (C).

¹⁰⁵⁶ CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Rec.*, p. I-9305, concl. Av. Gén. Ph. LEGER du 11 mai 2000, p. I-9307 ; *RCDIP* 2001, p. 107, note L. IDOT ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET ; *Petites Affiches* du 22 juin 2001, n° 124, p. 10, note C. NOURISSAT ; *Cah. dr. entr.* 2001, fasc. 2, p. 12, note J. RAYNARD ; *RTDcom.* 2001, p. 1067, obs. J.-M. JACQUET. *Adde* L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'affaire CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98 », *JCP éd. G* 2001, I, 328.

A. Présentation de la solution de l'arrêt.

399. Dans l'affaire *Ingmar*, une société de droit anglais, *Ingmar*, avait la qualité d'agent commercial d'une société de droit californien. Elle exerçait son activité en Irlande et en Grande-Bretagne. A la rupture du contrat, en 1996, l'agent engagea une action en justice à l'encontre de son commettant afin d'obtenir le paiement d'une commission et la réparation du préjudice causé par cette rupture en se fondant sur les *Commercial Agents Regulations*¹⁰⁵⁷ de 1993 transposant, au Royaume-Uni, la directive du 18 décembre 1986 relative aux agents commerciaux indépendants. L'article 17 de cette directive organise en effet au profit de l'agent un droit à la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant ou à une indemnité.

La *Court of Appeal* amenée à trancher le litige posa à la Cour de justice une question préjudicielle relative à l'interprétation de cet instrument communautaire. Il s'agissait de savoir si les dispositions de la directive garantissant certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, devaient s'appliquer à un agent commercial ayant exercé son activité dans un Etat membre, alors que son commettant était établi dans un pays tiers et que le contrat stipulait l'application de la loi de ce pays. En réponse à cette question, la Cour de justice dit pour droit que les dispositions protectrices en cause garantissant certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, « *doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un Etat membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays.* »¹⁰⁵⁸

Même si l'expression n'apparaît pas dans le raisonnement suivi par la Cour, de nombreux auteurs¹⁰⁵⁹ ont déduit de la périphrase ainsi employée que celle-ci avait entendu ainsi proclamer l'existence d'une loi de police. De fait, dans ses conclusions, l'Avocat général s'est

¹⁰⁵⁷ Sur cette loi, V. ELLINGTON et CARR, « The UK Commercial Agents Regulations 1993 », *RDAL* 1995, p. 54.

¹⁰⁵⁸ Point 26.

¹⁰⁵⁹ En ce sens, V. L. BERNARDEAU, *op. cit.* n° 1056, spéc. n° 7 ; L. IDOT, *op. cit.* n° 1056, spéc. p. 113, n° 3 ; J.-M. JACQUET, note préc., spéc. p. 522-523. *Contra* : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mél. en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois 2005, p. 393, spéc. p. 398/399, n° 13. L'auteur adopte une lecture de l'arrêt en termes d'ordre public international. Plus précisément, « le « lien étroit » requis entre la situation et la Communauté pour que la protection de l'agent s'impose montre (...) que c'est à la version proximate que la Cour semble adhérer ». *Op. cit.*, spéc. p. 399, n° 13. Il nous semble, pour notre part, que l'approche territorialiste et unilatéraliste de la Cour est incompatible avec le concept d'exception d'ordre public international qui intervient postérieurement à la mise en œuvre de la règle de conflit. En l'espèce, la Cour se prononce uniquement sur le domaine d'application spatiale de la directive. Elle ne compare nullement les résultats respectifs auxquels aboutissent la loi choisie par les parties et les dispositions protectrices de la directive, contrairement d'ailleurs à ce que préconisait l'Avocat général. (Sur ce dernier point, V. *infra*, n° 404).

référé expressément à cette notion.¹⁰⁶⁰ L'arrêt devrait alors être considéré comme le premier rendu par la Cour de justice, dans lequel elle se prononce relativement clairement sur le caractère de loi de police à propos d'une disposition de source communautaire (en l'occurrence, la directive sur les agents commerciaux).

Si la méthode employée par le juge est bien connue des internationalistes, la motivation retenue, fondée sur l'interprétation de la norme en cause afin d'en déterminer le domaine d'application spatiale, est tout autant originale que critiquable. Et pour le comprendre, il paraît utile de revenir sur le contexte d'adoption de la directive concernant les agents commerciaux¹⁰⁶¹ puisque, s'agissant de prendre position sur la qualification de loi de police de certaines de ses dispositions, c'est de l'interprétation de celle-ci que s'infère la délimitation de son champ d'application spatial.

B. L'analyse de la directive 86/653/CEE du Conseil sur les agents commerciaux indépendants.

400. Dans cette affaire, un facteur de complexité provient de l'ambivalence des fondements de la directive en cause. En effet, il ressort de la lecture de son deuxième considérant que la mesure d'harmonisation entreprise se justifiait par la diversité des législations nationales en matière de représentation commerciale. Celle-ci « affecterait sensiblement », à l'intérieur de la Communauté, les conditions de concurrence ainsi que l'exercice de la profession d'agent commercial et porterait atteinte au niveau de protection des agents commerciaux dans leurs relations avec leurs commettants. Par ailleurs, cette diversité nuirait au bon fonctionnement du marché intérieur.

On voit donc que deux types de considérations nettement distincts ont motivé l'adoption de la directive : la nécessité de rapprocher les droits des Etats membres dans la mesure où leur diversité affecte les conditions de concurrence et nuit au bon fonctionnement du marché, d'une part ; celle d'assurer un certain niveau de protection au profit de l'agent, d'autre part. La première considération peut être rattachée à l'ordre public de direction, tandis que la seconde relève de l'ordre public de protection.

Cependant, il faut préciser que la directive a été adoptée en 1986. Or, à cette date, on l'a vu, le législateur communautaire, lorsqu'il adoptait des mesures en vue de rapprocher les législations respectives des Etats membres, motivait son intervention par une mise en relation

¹⁰⁶⁰ V. concl. de l'Avocat général Ph. LEGER à propos de l'affaire *Ingmar* préc. note 1056, spéc. n° 89 ; il fait même le lien avec l'article 7.2 de la convention de Rome (*op. cit.*, n° 88).

¹⁰⁶¹ Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants, *JOCE* n° L 382 du 31 décembre 1986, p. 17-21.

directe entre celle-ci et les objectifs de la construction communautaire. C'est donc une considération d'ordre public économique « proprement communautaire » qui a motivé cette directive. Le contexte de cette dernière permet alors de déduire qu'en principe, seules des relations intra-communautaires sont visées au regard de cet ordre public de direction. Rien n'y est précisé concernant le domaine spatial de la directive en ce qui concerne l'ordre public de protection ni à l'égard des Etats tiers.

En effet, puisque, dans un premier temps, on l'a vu¹⁰⁶², c'est en tant que sous-produit d'une autre liberté proprement communautaire qu'est envisagée cette protection, il est impossible de se servir d'un tel fondement, du moins dans une première étape de l'évolution du droit communautaire, pour en déduire une volonté d'assurer un domaine spatial dépassant le cadre de la Communauté. Dès lors que ce type d'intervention est fondé sur des considérations tirées du bon fonctionnement du marché intérieur, il est impossible de s'en servir pour affirmer que le législateur communautaire a entendu étendre la règle en cause à des relations extracommunautaires en recourant à des méthodes dérogatoires de droit international privé en matière d'ordre public.

Lorsque le législateur communautaire a commencé à s'intéresser à d'autres valeurs que celles se rattachant directement à ses objectifs de réalisation d'un marché intérieur, et surtout lorsqu'elles ont trouvé un siège dans le traité CE, il a acquis corrélativement un titre à imposer un domaine spatial déterminé aux normes communautaires. Et à partir du moment où un noyau communautaire de dispositions impératives devient perceptible, la question concernant le domaine spatial d'une norme protectrice à l'égard des Etats tiers peut surgir. On en déduit que s'agissant des relations entre l'ordre juridique communautaire et les Etats tiers, seul l'objectif relevant de l'ordre public de protection peut, le cas échéant, commander un domaine d'application particulier. Le raisonnement suivi par le juge en l'espèce ne suit pas cette logique.

C. Motivation du juge.

401. La lecture de l'arrêt laisse clairement penser que ce sont essentiellement les considérations tirées de l'ordre public de direction qui ont justifié la qualification de loi de police. De façon très discutable¹⁰⁶³, le juge communautaire appuie son raisonnement sur des considérations propres au droit communautaire, inadaptées à la situation litigieuse, où,

¹⁰⁶² V. *supra*, n° 92 (pour le droit du travail) et n°95 (pour le droit de la consommation).

¹⁰⁶³ V. égal. en ce sens la note de L. IDOT préc. note 1056, spéc. p. 116 et s., n° 15 et s.

rappelons-le, le commettant était établi dans l'Etat de Californie¹⁰⁶⁴. En effet, il explique que les dispositions en litige ont « *pour objectif de protéger, à travers la catégorie des agents commerciaux, la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur. L'observation desdites dispositions sur le territoire de la Communauté apparaît, de ce fait, nécessaire pour la réalisation de ces objectifs du traité.* »¹⁰⁶⁵ C'est pour cette raison, selon lui, qu'elles doivent s'appliquer « *dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat.* »¹⁰⁶⁶

La société américaine faisait pourtant remarquer que la directive en cause, dans son deuxième considérant, dispose notamment que la disparité des législations nationales en matière de représentation commerciale est de nature à entraver l'établissement et le fonctionnement de ces contrats passés « *entre un commettant et un agent commercial établis dans des Etats membres différents* »¹⁰⁶⁷. Elle en déduisait qu'elle ne pouvait pas s'appliquer « *à des parties établies en dehors de l'Union européenne* »¹⁰⁶⁸. L'argument était pertinent. En effet, si l'on peut parfaitement concevoir que des considérations tirées du souci d'assurer une concurrence saine ainsi que du bon fonctionnement du marché aient un impact sur le niveau de protection de l'agent dans les relations intracommunautaires, il n'est pas du tout certain qu'il en aille de même lorsque le commettant est établi dans un Etat tiers.

On le voit, le fondement de la solution retenue par les juges est contestable juridiquement, et risquerait de mener à des conséquences tout autant critiquables. En effet, si la solution à laquelle aboutit le juge nous semble devoir être approuvée, il n'empêche que ce raisonnement, transposé ailleurs, manifesterait un certain impérialisme de l'ordre communautaire. D'où la nécessité de mesurer la portée de la décision.

§ II : Mesure de la portée de l'arrêt *Ingmar*.

402. Puisque l'arrêt *Ingmar* laisse entrevoir les dérives auxquelles pourrait aboutir la voie méthodologique empruntée par le juge en vue d'imposer l'application de certaines normes de source communautaire au plan international (A), il faudra chercher à dépasser ces inconvénients et réfléchir à ce que pourrait être la contribution du droit communautaire à une

¹⁰⁶⁴ En ce sens également, V. É. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz actes 2004, p. 117-143, spéc. p. 122.

¹⁰⁶⁵ Point 24.

¹⁰⁶⁶ Point 25.

¹⁰⁶⁷ V. les conclusions de l'Avocat général, points 43 et 44.

¹⁰⁶⁸ Point 17 de l'arrêt.

clarification des règles de droit international privé permettant d'assurer le respect de l'ordre public (B).

A. La mise en évidence des dangers de l'approche communautaire.

403. Une conception élargie du domaine de l'ordre public de direction, combinée avec un défaut de prise en compte, au plan méthodologique, de la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction risquerait d'aboutir à des conséquences néfastes, notamment si l'on transpose un tel raisonnement en droit de la consommation.

On a vu que le juge, dans l'arrêt *Ingmar*, avait essentiellement motivé son recours à la méthode des lois de police en se fondant sur des dispositions liées à des préoccupations tirées de l'ordre public économique de direction. Le danger auquel mène un tel raisonnement est que de nombreuses normes du droit communautaire ne soient considérées comme des lois de police à l'égard des Etats tiers¹⁰⁶⁹, puisque, comme on l'a fait remarquer¹⁰⁷⁰, toutes les mesures entreprises par le législateur en vue de rapprocher les législations nationales visent, plus ou moins directement, à réduire les distorsions de concurrence résultant des disparités entre les législations nationales ; de même, elles contribuent toutes à assurer le bon fonctionnement du marché. Dès lors, ces normes issues du droit dérivé devraient relever, suivant ce raisonnement, de la catégorie des lois de police.

Or, comme on l'a dit, si l'on ne conteste pas la possibilité de qualifier des normes appartenant à l'ordre public de direction en lois de police, en revanche, une telle qualification n'est pas justifiée dans les relations extracommunautaires, dans lesquelles les exigences propres au droit communautaire ne paraissent pas devoir, en principe, s'imposer selon des critères dérogatoires aux règles traditionnelles de conflit de lois ; du moins ces exigences ne s'imposent-elles pas avec la même force dans les relations extracommunautaires que dans les relations intracommunautaires.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁹ Expriment cette crainte, V. not. E. PATAUT, note sous l'arrêt *Mazzoleni*, CJCE, 15 mars 2001, *RCDIP* 2001, p. 496 et s., spéc. p. 509.

¹⁰⁷⁰ V. L. IDOT, *op. cit.* note 1056, spéc. p. 117, n° 18; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 8^{ème} éd., 2004, Montchrestien, p. 91/92, n°126-1.

¹⁰⁷¹ En fait, cette qualification dépendrait des cas d'espèce. Car il est évident que la catégorie des « relations extracommunautaires » regroupe une large variété de situations concrètes entre lesquelles une gradation est possible, selon l'étroitesse des liens qu'elles entretiennent avec l'Union. Ainsi, des situations juridiques pourraient être faiblement rattachées à l'Union, tandis que d'autres, au contraire, seraient essentiellement rattachées à l'Union, et uniquement de façon peu significative avec un Etat tiers. Sans qu'il soit possible de généraliser, nous pensons que c'est uniquement dans ce dernier cas qu'une intervention des lois de police sur le fondement des règles « proprement communautaires » (*i. e.* essentiellement les règles tirées du bon fonctionnement du marché intérieur) est envisageable. Hormis ce cas, il faudrait vraiment faire preuve de circonspection dans l'utilisation de la méthode des lois de police sur ce fondement. Ainsi, dans l'affaire *Ingmar*, on ne peut pas considérer que la situation n'entretenait que de faibles liens avec un Etat tiers (le commettant était établi en Californie). Dès lors, la prise en considération de l'ordre public proprement communautaire ne trouve pas sa place dans le raisonnement.

Et les conséquences d'un tel raisonnement se trouvent décuplées lorsque le législateur communautaire, comme le pensent certains auteurs, s'est appuyé sur un fondement contestable. Les bases juridiques ayant servi de fondement à son adoption sont les articles 57, paragraphe 2 (actuel article 47 CE)¹⁰⁷² et l'article 100 (actuel article 94 CE)¹⁰⁷³ du traité CE. Or Mme IDOT fait remarquer notamment que l'ex-article 100 aurait été en l'occurrence étendu de façon inhabituelle¹⁰⁷⁴ au contenu même du contrat d'agence commerciale, alors que la pratique montre que son domaine d'application concerne plus généralement les conditions d'accès et d'exercice d'une activité professionnelle. Au demeurant, sa combinaison avec l'article 57, paragraphe 2, est en ce sens. Cependant, la directive en cause avait été adoptée à une époque où l'article 100 A n'existait pas encore (c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique). Aussi, si l'on constate qu'effectivement, les directives consuméristes plus récentes sont basées notamment sur l'article 100 A (ou 95 pour celles adoptées depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam), les plus anciennes le sont, à l'instar de la directive sur les agents commerciaux, sur l'ancien article 100.¹⁰⁷⁵

404. Puisque le juge s'est basé sur l'ordre public de direction pour fonder la qualification de loi de police à propos de la directive sur les agents commerciaux, il semble ne pas avoir envisagé l'hypothèse où la loi choisie par les parties aurait été plus favorable à l'agent. Ce faisant, il met en évidence l'un des risques auxquels aboutit un tel raisonnement. On sait en effet que la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction semble appeler, sur le plan des méthodes du droit international privé, des régimes différents, même si une doctrine majoritaire a tendance à obscurcir cette différence par un recours abusif au concept de loi de police.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷² Lequel prévoit la possibilité, pour le Conseil, d'adopter des directives « *visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci* » en vue d'en faciliter l'accès.

¹⁰⁷³ Qui, on le rappelle, prévoit que le Conseil, statuant à l'unanimité, peut adopter des directives en vue de rapprocher les dispositions nationales des Etats membres « *qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.* »

¹⁰⁷⁴ *Op. cit.* note 1056, spéc. p. 116, n° 16.

¹⁰⁷⁵ V. not. la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation (*JOCE* n° L 42 du 12 février 1987, p. 48-53) qui elle aussi est basée sur l'article 100 TCE.

¹⁰⁷⁶ On sait en effet qu'il existe principalement deux conceptions en matière de lois de police, qui se distinguent à deux égards. D'abord, quant à leur contenu : une première approche, restrictive, conduit à n'y inclure que les règles dotées d'une particulière impérativité et qui visent à assurer l'intérêt de la collectivité dans son ensemble (V. par ex. JUNKER, « *Empfiehl es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren?* », *IPRax* 2000, p. 65-73, spéc. p. 71 et 73; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 4^{ème} éd. 2001, p. 479); une autre, beaucoup plus large, y ajoute les dispositions protectrices visant à préserver des intérêts privés (V. par ex. J.-B. RACINE, note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 oct. 1999, *JDI* 2000, p. 328, spéc. p. 333 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 1987, Masson, spéc. n° 653 ; M.-L. NIBOYET, *Juriscl. droit inter.*, fasc. 552-40, 1998, spéc. n° 46 ; A. NUYS, « *L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit*

L'approche qui en est retenue par l'Avocat général paraît d'ailleurs bien être celle, large et critiquable, qui y inclut les dispositions reposant sur un mécanisme *in favorem*. En effet, dans ses conclusions, l'Avocat général explique que si les dispositions litigieuses de la directive ne peuvent être écartées au détriment de l'agent commercial, « *(e)n revanche, toute autre disposition étrangère à la directive pourrait prévaloir sur cette dernière s'il était démontré qu'elle profite à l'agent commercial.* »¹⁰⁷⁷ Il a même l'occasion de préciser sa position sur ce point puisque la société américaine intimée arguait que la tâche consistant à apprécier les avantages respectifs de différentes lois était particulièrement difficile et que le procédé serait générateur d'insécurité juridique. Ce à quoi l'Avocat général rétorque qu'une telle exigence résulte de la directive elle-même, qui vise notamment à préserver l'équilibre des intérêts de l'agent commercial par rapport à ceux de son commettant. Il évoque par ailleurs la possibilité de recourir à une expertise en vue d'apprécier les mérites respectifs des lois en concours.¹⁰⁷⁸ Cette approche n'est pas surprenante puisque l'Avocat général, contrairement au juge, a intégré dans son raisonnement des considérations tirées de la nécessité d'assurer la protection de l'agent commercial. Il analyse en effet la directive de 1986 non seulement sous l'angle du bon fonctionnement du marché intérieur auquel elle est censée contribuer, mais également sous celui de la protection qu'elle confère à l'agent commercial. Et ce dernier objectif est même dissocié des autres objectifs de la directive, en ce sens que l'Avocat admet qu'il s'agit là d'un objectif « *à part entière* »¹⁰⁷⁹, et qu'ainsi les « *mesures d'ordre social telles que celles figurant dans la directive doivent être interprétées de manière autonome, sans tenir compte du fait qu'elles font partie d'une réglementation communautaire visant aussi à atteindre l'objectif de libre circulation des personnes et des services.* »¹⁰⁸⁰

belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245) ; ensuite, quant à la méthode : alors que selon la conception restrictive (quant au contenu) des lois de police, finalement, celles-ci se confondent avec les lois d'application immédiate, les partisans de la conception large distinguent nettement les lois de police des lois d'application immédiate puisqu'ils admettent qu'une catégorie de lois de police ne joue qu'*in favorem* (V. par ex. A. NUYTS, *op. cit.*)

On rappelle que la seconde conception, outre qu'elle vient obscurcir une notion déjà en soi très complexe, présente notamment un autre inconvénient majeur. C'est qu'il n'est pas sûr que la correspondance soit toujours assurée entre les dispositions impératives visant à assurer la protection d'intérêts purement privés et la méthode consistant à n'appliquer une règle impérative que dans un sens favorable à la partie dont les intérêts sont en cause. Cette remarque conduit d'ailleurs inéluctablement à dénoncer un troisième (et non dernier) inconvénient des lois de police : dès lors que l'on s'écarte d'une conception restrictive, on perd définitivement tout repère en la matière, chacun défendant sa propre conception des lois de police. V. égal. nos développements *supra*, chap. prélim., n° 37 et s.

¹⁰⁷⁷ Point 75. V. égal. point 78. De fait, l'article 19 de la directive en cause interdit aux parties de « *déroger aux dispositions des articles 17 et 18 au détriment de l'agent commercial* ». (C'est nous qui soulignons).

¹⁰⁷⁸ Concl. préc. note 1056, note 26.

¹⁰⁷⁹ Concl. préc. note 1056, n° 52.

¹⁰⁸⁰ *Op. cit.*, n° 53, note 19.

La conception retenue par l'Avocat général contraste avec la formule employée par le juge. Ce dernier est en effet davantage réservé quant au jeu éventuel de dispositions plus protectrices de la loi étrangère, puisqu'il énonce sans nuance que les dispositions en cause doivent s'appliquer « *quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat.* »¹⁰⁸¹

405. L'argumentation relative à l'ordre public de protection, qui n'a pas été reprise par le juge, nous semblait pourtant essentielle en vue de l'élaboration d'un raisonnement satisfaisant. En outre, elle aurait conduit le juge à retenir une méthode plus appropriée. Car nonobstant les bases juridiques de la directive, rien n'empêche le droit communautaire, rétrospectivement, de vouloir étendre une protection accordée par lui à l'occasion de directives visant à harmoniser les droits des Etats membres, à l'égard des Etats tiers. Mais alors, seules des considérations tirées de l'ordre public de protection peuvent justifier l'extension de la norme communautaire à une situation juridique impliquant un Etat tiers. Or on a vu que s'agissant d'assurer la protection d'une partie en position d'infériorité face à son cocontractant, la méthode des lois de police était particulièrement inadaptée¹⁰⁸². Il faut plutôt se tourner vers des méthodes adaptées à une approche finaliste de l'ordre public. Les mécanismes mettant en évidence la recherche d'un résultat substantiel sont ici visés.

L'intérêt de procéder à la distinction entre ces deux méthodes ne relève pas d'un débat purement académique. En effet, si l'on se place sur le terrain de l'ordre public de protection, l'impérialisme communautaire dont le risque a été dénoncé *supra* n'est plus à redouter ; la catégorie de ces dispositions impératives devrait normalement être restreinte, et la loi étrangère ne devrait pas être systématiquement évincée. De son côté, l'agent commercial pourra bénéficier de dispositions éventuellement plus favorables par le choix d'une loi étrangère. Et ce n'est que si cette dernière ne lui assure pas une protection suffisante qu'elle sera écartée¹⁰⁸³. Or on sait qu'une loi de police digne de cette qualification ne le permet pas.

¹⁰⁸¹ Point 25 de l'arrêt.

¹⁰⁸² V. *supra*, n° 48.

¹⁰⁸³ M. NUYTS, dans un article rédigé avant l'arrêt *Ingmar*, estimait que la directive 86/653/CEE sur les agents commerciaux indépendants instaurait un seuil de protection minimale devant s'imposer dans l'espace communautaire. Selon l'auteur, elle entre donc dans la catégorie de ce qu'il nomme les « lois de police protectrices ». Il s'ensuit que si la loi d'un Etat extérieur à la Communauté choisie par les parties n'assure pas une protection équivalente à celle de la directive, elle doit être écartée. V. « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245, spéc. p. 259, n° 34. L'auteur rapporte d'ailleurs que dans le cadre de la transposition de la directive 86/653/CEE, certains législateurs nationaux ont prévu de n'écarter la loi contractuelle que si son application s'avère moins favorable à l'agent. V. : pour le Portugal, l'article 38 du décret-loi n° 178/86 du 3 juillet 1986 qui subordonne l'application de la loi étrangère à son caractère plus protecteur pour l'agent occupé principalement au Portugal ; pour le Danemark, l'article 1.2 de la loi n° 272 du 2 mai 1990, selon lequel les dispositions légales applicables à défaut de choix ne peuvent être écartées au détriment de l'agent en vertu d'une

La transposition du raisonnement tenu par le juge dans l'arrêt *Ingmar* en droit de la consommation est dès lors à redouter... Cependant, une lecture optimiste de cet arrêt conduit à mettre en évidence quel pourrait être l'apport du droit communautaire au droit international privé dans le domaine de l'ordre public.

B. La mise en évidence de l'apport du droit communautaire.

406. A plus ou moins brève échéance, l'arrêt *Ingmar* laisse apparaître deux contributions du droit communautaire en vue d'un perfectionnement des méthodes du droit international privé dans le domaine de l'ordre public. Il s'agit d'une part de l'enseignement que peuvent fournir les bases juridiques sur lesquelles le législateur communautaire doit s'appuyer lorsqu'il entreprend une mesure visant à rapprocher les droits nationaux (1). Il pourrait par ailleurs contribuer à préciser le lien étroit justifiant le déclenchement d'un dispositif protecteur (2).

1. L'enseignement des bases juridiques des directives.

407. On a vu, à l'occasion de l'arrêt *Ingmar*, que la directive en cause dans cette affaire revêtait une importance toute particulière dans le raisonnement du juge. Il en va de même dans l'arrêt *British American Tobacco*¹⁰⁸⁴ du 10 décembre 2002, qui concernait notamment l'interprétation de l'article 7¹⁰⁸⁵ de la directive 2001/37/CE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac. Il s'agissait plus précisément de savoir si cet article devait s'appliquer uniquement aux produits du tabac commercialisés dans la Communauté ou également aux produits du tabac qui y sont emballés et destinés à être exportés vers des pays tiers. En réponse à cette question, la Cour de justice considère que l'article 7 s'applique uniquement aux produits du tabac commercialisés dans la Communauté. Autrement dit, l'internationaliste ne pourrait voir dans ce texte une loi de police. La solution était prévisible et doit être pleinement approuvée. Ici encore, un examen de la directive en cause permettra de le comprendre.

Celle-ci était en effet motivée par des considérations de réduction des distorsions de concurrence entre les Etats membres de l'Union. Selon son considérant 19, la diversité des mentions légales devant être apposées sur les paquets de cigarettes entre les différents Etats membres est néfaste à la libre circulation des produits du tabac, et partant, nuit au bon

clause de choix de loi ; l'article 3 de la loi suédoise n° 351 du 2 mai 1991 prévoit une règle similaire. V. *op. cit.*, spéc. p. 64, note 134.

¹⁰⁸⁴ Aff. C-491/01, *Rec.* p. I-11453, *RCDIP* 2003, p. 536, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER et J.-S. BERGÉ.

¹⁰⁸⁵ Ce texte prévoit l'interdiction d'utiliser, sur l'emballage des produits du tabac, des textes, dénominations, marques et signes figuratifs ou autres indiquant qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que les autres.

fonctionnement du marché intérieur. Il s'agissait également, comme le relève d'ailleurs la Cour, de garantir un niveau élevé de protection de la santé. Mais cette dernière motivation doit être primée par la précédente dans l'entreprise de recherche du domaine spatial de la directive. En effet, si cet objectif est visé par l'article 152.1, alinéa 1 du traité¹⁰⁸⁶, l'article 152.4 lettre c) prévoit que le Conseil, pour satisfaire cet objectif de protection de la santé humaine, peut adopter des actions d'encouragement, « à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres ». Il en résulte, comme le soulignent les annotateurs¹⁰⁸⁷, que l'objectif de santé publique ne peut primer, au regard de la mesure de rapprochement prise, celui visant à l'élimination des entraves à la concurrence. Or, ce dernier objectif ne peut pas permettre de conférer l'impérativité internationale aux normes harmonisées. L'analyse est juste.

L'arrêt *Ingmar* met en évidence une autre contribution du droit communautaire à un perfectionnement des méthodes du droit international privé des contrats.

2. Vers une précision du lien étroit ?

408. Contrairement par exemple au droit du travail, en matière d'agence commerciale, au moment de l'élaboration de la convention de Rome, les Etats membres ne s'accordaient pas sur le principe consistant à octroyer une protection particulière à l'agent commercial, et encore moins sur ses modalités de mise en œuvre. Ainsi, contrairement au droit du travail, aucune règle spécifique protectrice n'a été prévue dans la convention de Rome. Et la convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation du 14 mars 1978, en vigueur dans certains Etats membres de l'Union dont la France, ne comporte pas de règles destinées à assurer directement la protection des agents. Y figurent toutefois un article 16, dont la formulation est proche de l'article 7 de la convention de Rome¹⁰⁸⁸, et un article 17 qui reprend, pour sa part, la formule usuelle dans les conventions internationales réservant le jeu de l'ordre public.

Autant dire que la protection de l'agent commercial, si elle tend largement à s'accroître dans les divers droits substantiels internes¹⁰⁸⁹, notamment en raison de la directive communautaire

¹⁰⁸⁶ Selon ce texte, « Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté. »

¹⁰⁸⁷ *Op. cit.* note 1084, p. 542.

¹⁰⁸⁸ Selon ce texte, « Lors de l'application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit. » Sur cette convention, V. P. LAGARDE, « La convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, *RCDIP* 1978, p. 31.

¹⁰⁸⁹ V. par exemple, en Belgique, la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale (*Moniteur belge* du 2 juin 1995) transposant la directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants (*JOCE* n° L 382 du

du 18 décembre 1986 sur les agents commerciaux indépendants, est loin d'être assurée au plan international. *A fortiori*, il n'existe pas de règle de conflit uniforme entre les Etats membres réservant un « traitement de faveur », sur le terrain du conflit de lois, à l'agent commercial.

S'il n'existe pas de telles règles spéciales, de nombreux Etats ont cherché à assurer, au plan international, chacun de leur côté, une certaine protection à des professionnels jugés en situation d'infériorité par rapport à leur cocontractant¹⁰⁹⁰, et notamment aux agents commerciaux¹⁰⁹¹. Il en résulte que le domaine d'application spatiale des législations nationales organisant un statut particulier au profit des agents varie selon les Etats.

31/12/1986, p. 17) ; en France, V. le décret du 23 décembre 1958, modifié par la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants (et son décret d'application du 10 juin 1992). Sur la directive et sa transposition en droit français, V. not. J.-M. LELOUP, *JCP éd. G* 1987, I, 3308 et « La directive européenne sur les agents commerciaux », *JCP éd. E* 1987, II, 15024 ; V. WAGNER, « Agent commercial : le pari communautaire (l'indemnité de cessation du contrat après la directive du 18 décembre 1986) », *Contrats, Conc., Cons.* 1998, *chron.*, 9 (pour la directive) ; J.-M. LELOUP, *JCP éd. G* 1992, I, 3557 et « La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun », *JCP éd. E* 1992, I, 105 (pour la loi).

¹⁰⁹⁰ On pense par exemple aux franchisés, aux concessionnaires. V. not., en ce qui concerne ces derniers, en Belgique, la loi du 27 juillet 1961 « relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée » (*Moniteur belge* du 5 octobre 1961), modifiée par la loi du 13 avril 1971 (*Moniteur belge* du 21 avril 1971). Sur le domaine d'application spatiale de cette loi, V. not. R. PRIoux, « L'incidence des lois de police sur les contrats économiques internationaux », *Rev. dr. ULB*, 1994-2, p. 129 ; A. NUYTS, *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 9, n° 5. Pour une analyse, au regard du droit international privé, des principales lois belges concernant la distribution commerciale, ainsi que l'influence du droit communautaire sur leur mise en œuvre, V., du même auteur, « L'application des lois de police dans l'espace. (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 et s. ; 245 et s.

¹⁰⁹¹ Ainsi, la loi belge précitée du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale s'applique à « toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique » (art. 27) ; les *Commercial Agents (Council Directive) Regulations* britanniques de 1993 et entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1994 (adoptées en vue de la transposition de la directive communautaire précitée concernant les agents commerciaux indépendants) régissent en principe « les relations entre les agents commerciaux et leurs commettant et [s'appliquent en principe] aux activités des agents commerciaux en Grande-Bretagne » (art. 1, par. 2).

En France, faute de précision relative au domaine d'application spatiale dans la législation relative au contrat d'agence commerciale, la question a été quelque peu controversée, de savoir si les dispositions protectrices de l'agent commercial prévues par le décret du 23 décembre 1958 devaient s'analyser comme des lois de police. (V. à ce sujet M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de distribution*, Paris, LGDJ, 1999, spéc. n° 786.) Pour l'affirmative, V. not. les positions de J. STOUFFLET et J.-M. LELOUP, présentées par V. DELAPORTE dans sa note sous Cass., 1^{ère} civ., 24 janvier 1978, *RCDIP* 1978, p. 689. Mais ultérieurement, la négative semble l'avoir très majoritairement remporté en doctrine : V. not. V. DELAPORTE préc. ; H. BATIFFOL, note sous Cass., com., 25 mars 1980, *Mercator Press*, *RCDIP* 1980, p. 576, spéc. p. 583 ; P. LAGARDE, note sous Cass., com., 9 octobre 1990, *RCDIP* 1991, p. 545, spéc. p. 550. Et la jurisprudence avait répondu également par la négative : V. CA, Limoges, 10 novembre 1970, *RCDIP* 1971, p. 703, note M. SIMON-DEPITRE et les deux arrêts de la Cour de cass. préc. Toutefois, le débat a été un peu relancé depuis l'entrée en vigueur de la loi précitée du 25 juin 1991, un courant doctrinal considérant que la loi de 1991 n'est pas une loi de police (V. not. : MM. COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., n° 675 ; P. MAYER, *Répert. internat. Dalloz*, 1998, v. « Lois de police », spéc. p.4, n° 21), un autre se prononçant pour cette qualification à propos de nombreuses dispositions de cette loi (V. not. : Cl. FERRY, « Contrat international d'agent commercial et lois de police », *JDI* 1993, p. 299, spéc. p. 301-302 ; du même auteur, « Convention de Rome, du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation et la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants », *JCP*

409. Dès lors, l'apport du droit communautaire pourrait être d'unifier les facteurs de rattachement retenus pour l'heure à l'échelon national. En somme, il devrait pouvoir contribuer à l'élaboration de règles de conflit communes aux Etats membres en ce domaine. A l'instar des articles 5 et 6 de la convention de Rome qui posent des « règles impératives protectrices », il pourrait préciser le lien de proximité justifiant l'application de la norme protectrice de source communautaire. Ainsi, dans l'affaire *Ingmar*, s'agissant de la protection de l'agent commercial, ce lien exigé avec le territoire communautaire afin de déclencher le mécanisme protecteur est le lieu d'exécution de la prestation.

C'est dans cette perspective que s'inscrit la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »). En effet, elle contient un article spécifique consacré à la détermination de la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et également une disposition propre aux rapports entre le représenté et le tiers.¹⁰⁹² L'article 7 de la proposition de règlement se distingue toutefois nettement des règles particulières édictées en matières de contrats de travail et de contrats de consommation. En effet, dans le cadre de ce texte, il ne s'agit pas en particulier de protéger le représentant en empêchant une clause d'*electio juris* de le priver d'une certaine protection. C'est bien davantage le souci de sécurité juridique qui explique la solution retenue.

Il y a là un argument montrant que l'élaboration de règles de conflit bilatérales sert ses objectifs, en particulier la sécurité juridique. Les considérants¹⁰⁹³ de la proposition montrent

éd. E 1993, I, 233, n° 15 : l'auteur y admet que l'article 16 de la convention de La Haye (préc., sur les lois de police) inclut les dispositions protectrices de l'agent commercial ; Ch. DILOY, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, LGDJ 2000, n° 329.) Cette dernière position a été clairement démentie par la chambre commerciale de la Cour de cass. : Cass., com., 28 novembre 2000, *SA Allium c/ Sté Alfin incorporated et a.*, *JCP éd. G* 2001, II, 10527, note L. BERNARDEAU ; *JCP éd. E*, 2001, p. 997, note L. BERNARDEAU ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET ; *D. Aff.* 2001, *Act. jurispr.*, p. 305, note E. CHEVRIER. Mais à son tour, cette position est démentie par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Ingmar* du 9 novembre 2000.

¹⁰⁹² Selon l'article 7 de la proposition de règlement intitulé « *Contrats conclus par un intermédiaire* », « 1. A défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat entre le représenté et l'intermédiaire est régi par la loi du pays dans lequel l'intermédiaire a sa résidence habituelle, à moins que l'intermédiaire exerce ou doive exercer à titre principal son activité dans le pays dans lequel le représenté a sa résidence habituelle, auquel cas la loi de ce pays s'applique.

2. Le rapport entre le représenté et le tiers dérivant du fait que l'intermédiaire a agi dans l'exercice de ses pouvoirs, au-delà de ses pouvoirs ou sans pouvoirs, est régi par la loi de la résidence habituelle de l'intermédiaire au moment où il a agi. Toutefois, la loi applicable est celle du pays dans lequel l'intermédiaire a agi si, soit le représenté au nom duquel l'intermédiaire a agi, soit le tiers ont leur résidence habituelle dans ce pays ou si l'intermédiaire y a agi en bourse ou pris part à une vente aux enchères.

3. Nonobstant le paragraphe 2, lorsque la loi applicable au rapport couvert par ledit paragraphe a fait l'objet, de la part du représenté ou du tiers, d'une désignation écrite acceptée expressément par l'autre partie, la loi ainsi désignée est applicable à ces questions.

4. La loi désignée au paragraphe 2 régit également le rapport entre l'intermédiaire et le tiers dérivant du fait que l'intermédiaire a agi dans l'exercice de ses pouvoirs, au-delà de ses pouvoirs ou sans pouvoirs. »

¹⁰⁹³ V. par ex. le considérant (4) selon lequel « (l) le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin d'éviter les distorsions de concurrence entre justiciables communautaires et de favoriser la prévisibilité du résultat des

bien que le législateur communautaire a saisi toute l'utilité qu'il pouvait tirer de règles de conflit bilatérales unifiées entre les Etats membres. De fait, on mesure bien l'avantage, tant au regard de l'harmonie des solutions que de la sécurité juridique, que présente cette règle par rapport à la solution de l'arrêt *Ingmar* qui retient le concept vague de « lien étroit »¹⁰⁹⁴. Se trouve également confortée l'idée selon laquelle le droit communautaire s'accommoderait parfaitement de règles de rattachement rigides et n'exigerait pas uniquement le recours à des notions souples dont la mise en œuvre dépend de l'appréciation du juge¹⁰⁹⁵.

410. Conclusion de la section II - L'arrêt *Ingmar* est riche d'enseignements concernant le thème de l'ordre public en droit international privé des contrats. Certes, la première réaction qu'il suscite de notre part est une critique, dans la mesure où la Cour de justice a eu vraisemblablement recours à la technique des lois de police dans un domaine dans lequel cette méthode nous semble inappropriée. Si la technique utilisée nous semble critiquable, il faut cependant reconnaître que l'arrêt *Ingmar* met en évidence quel pourrait être l'apport du droit communautaire dans la clarification des concepts du droit international privé en matière d'ordre public.

Les bases juridiques des directives fournissent en effet des indications permettant d'apprécier l'intensité des liens de l'instrument en cause avec les objectifs du droit communautaire liés à la réalisation du marché intérieur qui se rapprochent d'un ordre public de direction, d'un côté, et avec d'autres objectifs se rapprochant davantage d'un ordre public de protection (telle la protection d'une partie réputée en position d'infériorité face à son cocontractant), de l'autre. Or dans la mesure où les premiers ne peuvent concerner que les relations entre Etats membres, il paraît difficilement concevable qu'une disposition communautaire relevant de cette catégorie s'applique suivant la méthode des lois de police à l'égard des Etats tiers. Dès lors, contrairement à ce qu'affirme la Cour, il nous semble que s'agissant d'une relation contractuelle entre un agent exerçant son activité sur le territoire communautaire et un commettant installé sur le territoire d'un Etat tiers, seules les motivations liées à l'objectif de

litiges, la sécurité juridique et la reconnaissance mutuelle des décisions, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les Etats membres désignent la même loi nationale quel que soit le tribunal saisi (...) » De même, le considérant (8) précise qu' «(a)fin de contribuer à l'objectif général de l'instrument qu'est la sécurité juridique dans l'espace de justice européen, les règles de conflit doivent présenter un haut degré de prévisibilité (...) »

¹⁰⁹⁴ De même, dans la directive du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, ce lien étroit, au demeurant discutable, est concrétisé par la situation de l'immeuble sur le territoire d'un Etat membre. V. à ce sujet les développements *infra*, n° 549 et s.

¹⁰⁹⁵ Sur ce point, V. *infra*, n° 544 et s.

protection de l'agent commercial pouvaient justifier une réaction de l'ordre public. Or ce type de considération appelle une méthode distincte de celle des lois de police.

A cet égard, l'arrêt présente le mérite de mettre en évidence, indépendamment de la considération tenant à la protection de l'agent, l'intérêt, en termes de sécurité juridique, de l'élaboration de règles de conflit bilatérales spécifiques dans le domaine des contrats d'agence commerciale.

Pour l'instant, la distinction entre lois de police et dispositions impératives protectrices a été analysée essentiellement sous l'angle du droit international privé. On a vu tout l'intérêt que présentait une clarification des domaines respectifs de ces deux méthodes. Reste à voir quel est le positionnement du droit communautaire à l'égard de ces deux concepts et quel éclairage il leur apporte.

Chapitre II : L'éclairage des tests communautaires en matière d'entraves.

411. Le contrôle assuré par la Cour de Luxembourg en matière d'entraves sur les législations nationales est une pièce maîtresse de l'édifice communautaire puisqu'il contribue, à l'instar des mesures de rapprochement des droits nationaux, à atteindre les objectifs de l'Union.

Il laisse apparaître que le concept d'entrave conduit la Cour à condamner spécialement l'impérativité de certaines normes nationales. C'est ce que celle-ci laisse implicitement entendre dans l'arrêt *Alsthom Atlantique*¹⁰⁹⁶. Elle y a en effet jugé que la réglementation du code civil français relative à la garantie des vices cachés, qui s'avère plus sévère pour le vendeur que la législation d'autres Etats membres, ne porte pas atteinte au régime de libre circulation et de non-discrimination, aux motifs qu'elle « *s'applique indistinctement à toutes les relations commerciales régies par le droit français* » et que « *les parties à un contrat de vente international sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français* ». Ce dernier motif met en évidence que l'entrave causée par une norme nationale est liée à son caractère contraignant. Le droit communautaire s'intéresse donc par excellence aux lois de police puisqu'elles « forcent » la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Celui-ci n'a pas pour objet de sanctionner la législation nationale pour elle-même. C'est en tant qu'elle entend s'imposer impérativement à une situation donnée que la règle peut générer une entrave. C'est dire que c'est son caractère « internationalement impératif » qui est décisif pour la condamner. C'est pourquoi M. PATAUT peut très justement écrire que « *les lois de police sont incontestablement à l'avant pont des rencontres entre droit communautaire et droit international privé* »¹⁰⁹⁷.

De même, l'arrêt *Inspire Art*¹⁰⁹⁸ illustre bien l'idée selon laquelle c'est l'impérativité de la loi de police qui fait l'objet de la condamnation par le juge communautaire. L'affaire concernait

¹⁰⁹⁶ CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom Atlantique SA c. Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, aff. C-338/89, *Rec.*, p. I-107. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 174.

¹⁰⁹⁷ « Lois de police et ordre juridique communautaire » in (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz actes, 2004, p. 117-143, spéc. p. 117. Expriment la même idée, V. not. A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace », *RCDIP* 1999, p. 31-74 et 245-265, spéc. p. 247/248, n° 28 ; H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, p. 303, spéc. p. 320. Adde M. FALLON pour qui « *la plupart des entraves aux échanges sont (...) des dispositions qui, en droit national, reçoivent la qualification d'ordre public ou de lois de police selon le droit international privé de certains Etats membres* ». V. note sous l'arrêt *Arblade* (CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453), spéc. p. 729. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 419 et s.

¹⁰⁹⁸ CJCE, 30 septembre 2003, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam c. Inspire Art Ltd*, aff. C-167/01, *RCDIP* 2004, p. 151, note H. MUIR WATT ; *JCP* 2004, II, n° 10002, note M. LUBY ; *D.* 2004, p. 491, note E. PATAUT ; *JCP éd. G* 2004, II, n° 10002, note M. LUBY ; *Bull. Joly* 2002, § 272, p. 1296, note M.

une société constituée au Royaume-Uni et dont le capital était détenu par des personnes installées aux Pays-Bas. Celles-ci refusèrent de se soumettre à une disposition du droit néerlandais qualifiée de « loi de police » visant particulièrement les sociétés constituées à l'étranger qui n'ont en réalité aucun lien réel avec leur pays d'immatriculation et qui exercent la totalité de leurs activités aux Pays-Bas. La réglementation néerlandaise en cause exige ainsi de ce type de sociétés, notamment, de se faire enregistrer comme des sociétés « de pure forme », d'en faire mention dans la vie des affaires et de disposer obligatoirement d'un capital minimal déterminé. La juridiction néerlandaise appelée à résoudre le contentieux résultant du refus de soumission, par une société enregistrée en Grande-Bretagne, à cette obligation d'inscription, demanda à la Cour de justice de préciser la portée des dispositions du traité CE relatives à la liberté d'établissement. Celle-ci estima que la règle néerlandaise en cause heurtait les articles 43 et 48 TCE¹⁰⁹⁹. Comme le fait remarquer M. PATAUT à propos de l'arrêt *Inspire Art*, c'est « (...) la singularité de l'application impérative qui est ici en cause. En elle-même, la règle nationale n'est pas nécessairement contraire aux objectifs du traité. »¹¹⁰⁰ De fait, en l'espèce, la loi en cause était indistinctement applicable. L'auteur poursuit : « (c)'est donc bien l'impérativité de son application qui rend cette règle critiquable. C'est bien parce que, au nom d'un intérêt général que l'Etat membre entend assurer, la règle en cause va s'imposer à la situation que la contrariété au droit communautaire se

MENJUCQ. V. également, sur le thème des rapports entre droit international des sociétés et droit communautaire, les arrêts CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.*, I-1459 ; *JDI* 2000, p. 482, note LUBY ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *Rev. des soc.* 1999, p. 386, note G. PARLEANI ; *Europe* 1999, comm. n° 183, obs. L. IDOT ; *Bull. Joly* 1999, p. 705, n° 157, note J.-Ph. DOM. V. également, à propos de cet arrêt : J.-B. BLAISE, « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXème siècle*, *Mél. Philippe Kahn*, Litec 2001, p. 585. CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/00, *Rec.*, I-9919, *RCDIP* 2003, p. 508, note P. LAGARDE ; *JCP* 2003, II, n° 10032, note MENJUCQ ; *Europe* 2003, comm. n° 19, obs. L. IDOT ; *RTDE* 2003, p. 489, chron. C. PRIETO ; *Gaz. Pal.* 2003, p. 27, note M.-L. NIBOYET ; *JDI* 2003, p. 608, obs. M. LUBY ; *Rev. des soc.* 2003, p. 314, note J.-Ph. DOM ; *Bull. Joly* 2003, p. 452, n°91, note M. LUBY. Sur cette affaire, V. également notamment : T. BALLARINO, « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement », *RCDIP* 2003, p. 373 ; L. BERNARDEAU, « Droit d'établissement et transfert du siège des sociétés », *Europe* 2003, p. 38, n° 31. Pour une analyse de la loi néerlandaise en cause dans l'affaire *Inspire Art*, V. MENJUCQ, « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 831, spéc. n° 20.

¹⁰⁹⁹ La portée de cette décision est considérable. Concrètement, elle conduit sans doute à terme à la généralisation du critère de l'incorporation. Ainsi, suite à l'arrêt *Überseering*, le *Bundesgerichtshof*, dans une décision du 13 mars 2003 (*N.J.W.* 2003, p. 1461), affirme que les sociétés sont régies par la loi du pays conformément à laquelle elles ont été constituées. La situation n'est pas sans évoquer le phénomène de compétition législative qui s'est développé aux Etats-Unis dans le domaine des *corporate charters*. (Sur ce thème, V. not. H. MUIR WATT, note préc. sous l'arrêt *Inspire Art*, *RCDIP* 2004, p. 151). Cette jurisprudence suscite des craintes de déréglementation (*race to the bottom*), les Etats membres pouvant être incités, pour attirer les sociétés sur leur territoire, à assouplir toujours plus leurs exigences en matière de constitution de sociétés, au détriment notamment des créanciers. Une intervention du législateur communautaire en vue d'harmoniser ces règles en posant un socle minimum de garanties au profit des tiers paraît dès lors souhaitable.

¹¹⁰⁰ V. art. préc. note 1097, spéc. p. 124.

dévoile. »¹¹⁰¹ Du reste, les nombreuses décisions rendues dans les domaines du détachement des travailleurs au sein de l'Union et du droit de la consommation montrent bien, même implicitement¹¹⁰², que c'est l'impérativité de la loi nationale qui fait difficulté au regard des exigences communautaires. Cependant, souvent, les motifs invoqués par les Etats membres en vue d'assurer le respect de ces normes relèveront des raisons impérieuses d'intérêt général permettant de justifier une entrave. Il leur restera toutefois à franchir en particulier le test de proportionnalité. L'évolution de la jurisprudence montre que plus s'étend la liste des raisons impérieuses d'intérêt général, plus le test de proportionnalité tend à prendre une place décisive dans le cadre du contrôle opéré par la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges. C'est donc désormais le caractère disproportionné de la mesure nationale qui sera décisif pour la condamner.

412. On comprend dès lors que la mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité soit riche d'enseignements quant à l'appréhension, par le droit communautaire, des concepts du droit international privé concernant l'ordre public. Il conduit en effet à affiner l'analyse des normes nationales sous examen en vue de faire le départ entre celles qui, franchissant les tests communautaires avec succès, sont considérées comme compatibles avec les exigences communautaires, et les autres. Or il semble que si les lois de police *stricto sensu* paraissent généralement condamnées par le droit communautaire, tel n'est pas le cas des dispositions impératives protectrices.

Le droit du travail intracommunautaire a fait l'objet d'une directive qui se situe en quelque sorte dans le prolongement de la jurisprudence. L'initiative devant être saluée, on peut se demander dans quelle mesure le schéma ne pourrait pas permettre d'éclairer l'appréhension, par le droit communautaire, du droit des rapports transfrontières de consommation au sein de l'Union. En effet, cette dernière matière présente un certain nombre de zones d'ombre. L'étude de l'apport du droit communautaire au droit du travail international (section I) précèdera donc la recherche de son impact en droit de la consommation transfrontière (section II).

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² En ce sens que la Cour de justice, en particulier avant l'arrêt *Arblade* (CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 419 et s.), ne relevait pas l'application impérative de la norme dont la compatibilité avec les exigences communautaires était discutée, mais examinait la teneur substantielle de celle-ci.

Section I : *L'apport du droit communautaire au droit international du travail.*

413. La jurisprudence se rapportant à la question de la loi applicable aux travailleurs détachés au sein de l'Union illustre parfaitement la problématique consistant à rechercher un équilibre global entre divers intérêts antagonistes. En effet, le droit du travail est à la croisée des sphères économique et sociale. Le contexte communautaire ajoute à l'enchevêtrement des enjeux de la matière. En effet, l'aspect social se confond dans une certaine mesure avec l'objectif général de réalisation du marché intérieur, en ce sens qu'assurer un certain niveau de protection aux salariés contribue à assainir les conditions de concurrence au sein de l'Union.

La Cour de justice effectue de longue date un arbitrage entre le souci d'assurer une protection au salarié et celui d'assurer la liberté de circulation des services et des travailleurs. L'évolution de la jurisprudence témoigne de la recherche d'un équilibre entre les exigences du marché intérieur qui conduisent à empêcher l'Etat membre du détachement d'opposer tout obstacle à l'exercice de leur liberté de prestation de services par les entreprises établies dans les Etats qui procèdent au détachement, d'un côté, et à garantir aux salariés, à la fois dans un souci de protection à leur égard et dans celui d'assurer les conditions d'une concurrence saine au sein de l'Union, l'application des dispositions plus favorables de la loi du pays d'accueil. L'abondante jurisprudence en matière de détachement a incité le législateur à intervenir en vue de clarifier les domaines respectifs de la loi du pays d'origine et de celle du pays de détachement des salariés. Il a alors adopté la directive concernant les salariés détachés à titre temporaire au sein de l'Union.

Le processus ayant mené à l'adoption de cette directive est significatif de l'approche générale du droit communautaire. Dans un premier temps, il a appréhendé la matière selon un raisonnement purement communautaire. Puis, au fil du temps, les questions de droit international privé ont été prises en compte. Dans la mesure où l'objectif d'assurer une protection minimale au salarié est associé à une délimitation territoriale de cette protection, cela permet du même coup d'assurer une concurrence saine au sein de l'Union. En effet, le risque est que les employeurs installés dans un Etat déterminé ne subissent une trop forte concurrence de la part d'opérateurs établis dans un autre Etat membre dans lequel la législation ne serait pas aussi protectrice des salariés, et notamment engendrerait de moindres frais à la charge de cet opérateur étranger. Le contexte s'est révélé alors propice à une clarification de la question de la détermination de la loi applicable aux salariés détachés. Certes, la solution apportée par le droit communautaire à cette question est imparfaite, mais il n'en reste pas moins que la directive fournit des indications précieuses permettant de situer le

droit communautaire au regard des concepts d'ordre public (§ II). Elle présente par ailleurs le mérite de se situer dans la droite lignée de la jurisprudence qui a précédé son élaboration, s'inscrivant ainsi dans une « évolution naturelle », respectueuse de la sécurité juridique (§ I).

§ I : L'évolution prétorienne relative aux travailleurs détachés à titre temporaire au sein de l'Union.

414. Afin de comprendre la jurisprudence relative aux travailleurs détachés au sein de l'Union dans le cadre d'une prestation de services (B), un rappel du contexte juridique en la matière s'impose (A). Pourront ensuite en être tirés des enseignements (C).

A. La toile de fond.

415. Pour bien cerner le contexte juridique en matière de détachement, il convient de se placer sous l'angle communautaire (1) et sous celui du droit international privé (2).

1. Rappel du contexte communautaire.

416. L'hypothèse qui nous retiendra particulièrement est celle des travailleurs détachés par leur employeur (un prestataire de services) dans un autre Etat membre dans le cadre d'une prestation de services. L'article 49, alinéa 1^{er} du traité interdit aux Etats membres toutes les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. L'article 50, alinéa 3 du traité confère au fournisseur de services le droit d'exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants. Ces deux dispositions ont un effet direct et peuvent être invoquées devant les juridictions nationales depuis la fin de la période transitoire¹¹⁰³.

Concrètement, il en résulte que même en l'absence d'harmonisation communautaire, non seulement un Etat membre ne peut appliquer à un prestataire de services établi sur le territoire d'un autre Etat membre des mesures discriminatoires, mais il ne peut non plus lui appliquer des mesures indistinctement applicables qui seraient de nature à prohiber ou gêner les activités du fournisseur de services établi dans un autre État membre où il fournit légalement des services analogues¹¹⁰⁴. La Cour a ajouté que dans l'optique d'un marché unique, et pour permettre de réaliser les objectifs de celui-ci, la libre prestation des services s'opposait également à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre les

¹¹⁰³ CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, *Rec.*, p. 1299, spéc. points 24 et 27.

¹¹⁰⁴ CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, *Rec.*, p. I-4221 (spéc. point 12) et CJCE, 5 juin 1997, *SETTG*, aff. C-398/95, *Rec.*, p. I-3091 (spéc. point 16).

prestations de services entre États membres plus difficiles que les prestations de services purement internes à un État membre¹¹⁰⁵. Cependant, elle a rapidement admis, notamment dans l'hypothèse du détachement temporaire de travailleurs au sein de l'Union, que le pays d'accueil impose impérativement le respect de certaines dispositions nationales d'application territoriale, dès lors qu'elles répondent à l'objectif d'assurer la protection des salariés. Celui-ci a été érigé en raison impérieuse d'intérêt général.

Ces points étant acquis, le contentieux s'est développé à propos du type de dispositions nationales en vigueur dans le pays d'accueil que ce dernier était autorisé à invoquer au titre d'une raison impérieuse d'intérêt général. A chaque fois que la Cour a été interrogée sur la compatibilité d'une mesure nationale au regard des articles 49, alinéa 1 et 50, alinéa 3 TCE, elle a appliqué à la norme en cause les tests présentés plus haut. Mais avant d'aborder leur mise en œuvre par la Cour de justice, un rappel des données du droit international privé n'est pas inutile.

2. Les données du droit international privé.

417. Rappelons qu'en principe, selon l'article 6 de la convention de Rome, en matière de contrats de travail, à défaut de choix, c'est la loi du lieu d'exécution habituelle du travail qui s'applique. En cas de détachement temporaire du salarié, la compétence de cette loi n'est pas remise en cause¹¹⁰⁶. La règle prévue à l'article 6 est une disposition impérative protectrice. Elle concerne les règles impératives (au sens du droit interne) en vigueur dans le pays d'exécution habituelle de son travail par le salarié. Celles-ci forment un minimum garanti au salarié, les parties pouvant valablement stipuler l'application d'une loi plus protectrice de ses intérêts. Ce texte ne préjuge pas de la mise en œuvre d'éventuelles lois de police d'application territoriale en vigueur dans le pays de détachement temporaire du salarié. Ces normes, à propos desquelles l'approche normative de l'ordre public est bien adaptée, appréhendent le salarié dans sa dimension collective et relèvent de l'article 7 de la convention de Rome¹¹⁰⁷.

Le développement du droit communautaire dans le domaine du droit du travail transfrontière a fait apparaître une contradiction entre les exigences communautaires et l'article 6 de la convention de Rome. Certains États membres sur le territoire desquels des salariés en

¹¹⁰⁵ CJCE, 5 octobre 1994, *Commission c/ France*, aff. C-381/93, *Rec.* p. I-5145, spéc. point 17.

¹¹⁰⁶ La solution est reprise dans la proposition de règlement « Rome I » qui précise que « (l)e lieu d'accomplissement habituel du travail n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays. L'accomplissement du travail dans un autre pays est considéré comme temporaire lorsque le travailleur est censé reprendre son travail dans le pays d'origine après l'accomplissement de sa tâche à l'étranger. La conclusion d'un nouveau contrat de travail avec l'employeur originaire ou avec un employeur appartenant au même groupe de sociétés que l'employeur originaire, n'exclut pas que le travailleur accomplisse son travail dans un autre pays de façon temporaire (...) »

¹¹⁰⁷ Sur l'articulation entre les articles 6 et 7 de la convention de Rome, V. *supra*, n° 372 et s.

provenance d'un autre Etat membre étaient détachés à titre temporaire ont entendu imposer à leur employeur le respect de normes locales (aussi bien des dispositions impératives protectrices que des lois de police) au titre de l'intérêt général. Or, selon l'article 6 de la convention de Rome, la loi applicable - soit la loi du lieu d'exécution habituelle du travail par le salarié, soit celle qui aurait valablement été choisie par les parties -, ne voit pas sa compétence remise en cause en cas de détachement temporaire du salarié. A l'occasion d'un abondant contentieux, la Cour de justice a eu l'occasion d'arbitrer entre l'application de la norme du pays d'origine du salarié et celle du pays vers lequel celui-ci était détaché à titre temporaire.

B. Panorama de la jurisprudence en matière de détachement.

418. Le point de départ de la jurisprudence relative au détachement des travailleurs salariés au sein de l'Union est certainement la décision *Seco, Desquenne et Giral*¹¹⁰⁸. Le juge communautaire y énonça que le droit communautaire ne s'opposait pas à ce qu'un Etat membre applique sa réglementation aux salariés effectuant temporairement une prestation sur son territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur.¹¹⁰⁹ Certes, il ne s'y oppose pas mais cette possibilité est très étroitement encadrée par le juge communautaire : en

¹¹⁰⁸ CJCE, 3 février 1982, aff. 62/81 et 63/81, *Rec.*, p. 223 ; *RTDE* 1982, *chron.* DRUESNE, p. 196. Dans l'affaire *Seco, Desquenne et Giral*, des entreprises établies en France s'étaient transportées au Luxembourg avec leurs travailleurs, ressortissants de pays tiers, afin d'y réaliser des travaux de construction et d'entretien de l'infrastructure du réseau des chemins de fer. Pendant toute la durée des travaux, ces ouvriers étaient restés obligatoirement affiliés au régime de la sécurité sociale française. La législation imposait aux entreprises effectuant temporairement des travaux sur le territoire du Grand-Duché au moyen de leurs propres ouvriers de payer pour ceux-ci la quotité patronale des cotisations au régime de l'assurance vieillesse et invalidité. Or les entreprises françaises étaient déjà tenues de payer des cotisations comparables au titre de la législation française pour les mêmes ouvriers et pour les mêmes périodes d'activité ; par ailleurs, les cotisations exigées par le Luxembourg n'ouvraient aucun droit, au profit des ouvriers, à percevoir un avantage social quelconque. L'organisme de la sécurité sociale luxembourgeoise soutenait que l'obligation imposée aux entreprises était justifiée parce qu'elle avait pour objet de compenser les avantages économiques que les entreprises étrangères pouvaient tirer du non-respect de la législation nationale en matière de salaire minimum. En effet, il était argué que bien que la loi luxembourgeoise imposant le versement d'un salaire minimal concernait également les entreprises venant travailler au Luxembourg avec leur main-d'œuvre, cette législation était difficile à faire respecter dans le cas d'un détachement de travailleurs pour une période relativement brève. C'est donc pour éviter qu'une telle situation produise une distorsion de concurrence au détriment des entreprises établies au Luxembourg qui fournissent les mêmes services que les fournisseurs de services établis dans un autre Etat membre ne devaient pas être exonérés du paiement des cotisations en cause. La Cour admet que l'Etat d'accueil puisse imposer le respect de sa législation nationale en matière de salaires minimaux aux prestataires établis dans un autre pays membre. Cependant, elle estime que le versement des cotisations exigé par la législation luxembourgeoise heurte les dispositions du droit communautaire relatives à la libre circulation des services dans la mesure où l'employeur est déjà tenu, dans son pays d'établissement, au versement de cotisations similaires pour les mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes d'activité (point 9) ; par ailleurs, la Cour précise qu'une telle mesure générale ne peut être justifiée par les difficultés de faire respecter la réglementation nationale imposant le paiement d'un salaire minimum, dans la mesure où elle est inapte à faire respecter la réglementation en cause et ne profite pas aux travailleurs détachés.

¹¹⁰⁹ V. point 14 de l'arrêt préc. note précédente.

effet, les règles nationales en cause ne sont pas affranchies de la batterie de tests de compatibilité au regard des exigences communautaires, et notamment de celui de proportionnalité. Au fil des affaires dont elle a été saisie, la Cour a précisé sa position concernant les places respectives de la loi du pays d'origine et de celle du détachement. Les décisions les plus récentes sont sans doute les plus révélatrices de l'éclairage communautaire concernant l'arbitrage à effectuer entre ces deux lois selon les matières en cause. Elles permettent ainsi de préciser le positionnement du droit communautaire au regard des distinctions entre ordre public de protection/de direction, d'une part et ordre public normatif/finaliste, d'autre part (1) ; la jurisprudence fournit également des renseignements sur les modalités de comparaison entre les législations respectivement en vigueur dans le pays de détachement et dans celui d'établissement de l'employeur (2).

1. Positionnement de l'approche communautaire au regard des distinctions entre ordre public normatif / finaliste et ordre public de protection / de direction.

419. La Cour de justice a très tôt admis que l'Etat membre du détachement puisse imposer le respect de sa législation en matière de salaire minimal¹¹¹⁰. Hormis la question du salaire minimal, elle a dû se prononcer sur l'applicabilité d'un certain nombre de réglementations du pays d'accueil visant plus ou moins directement à assurer une certaine protection aux salariés détachés. L'arrêt *Arblade*¹¹¹¹ est particulièrement intéressant à cet égard en raison de la variété des normes soumises au contrôle communautaire. Il permet donc de comparer les modalités de mise en œuvre des tests communautaires selon les normes en cause.

Dans cette affaire, la Cour de justice avait été saisie de deux questions préjudicielles concernant l'interprétation des articles 49 et 50 du traité CE. Ces questions avaient été posées dans le cadre de procédures pénales intentées par des salariés exécutant notamment leur travail en Belgique contre des employeurs établis en France. Il leur était reproché de ne pas avoir respecté plusieurs obligations sociales prévues par la législation belge et sanctionnées

¹¹¹⁰ V. not. l'arrêt *Seco* préc. note 1108 ; *adde* CJCE, 27 mars 1990, *Société Rush Portuguesa Lda et Office national d'immigration*, aff. C-113/89, *Rec.*, p. I-1417 ; *RTDE* 1990, p. 632, note P. RODIERE ; *JDI* 1991, p. 471, note M.-C. BOUTARD-LABARDE.

¹¹¹¹ CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, p. I-8453, *RCDIP* 2000, p. 710, note M. FALLON ; *JDI* 2000, p. 493, obs. M. LUBY. V. not. auparavant, pour une affaire présentant des similitudes avec l'arrêt *Arblade*, l'arrêt *Guiot* du 28 mars 1996 (aff. C 272/84, *Rec.*, I-1915, *Jus-Letter* 17-96, p. 1.) Dans cet arrêt, la Cour de justice a considéré que des cotisations patronales imposées dans le secteur de la construction en Belgique, au titre du « timbre-intempéries » et du timbre « fidélité » étaient bien justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général (en l'occurrence, la protection des travailleurs), mais qu'il était nécessaire, pour apprécier l'obligation d'une entreprise luxembourgeoise de payer ces cotisations, lors d'un chantier réalisé en Belgique, de savoir si une cotisation comparable, correspondant à une protection comparable des travailleurs, n'était pas déjà acquittée par l'entreprise dans son Etat d'établissement, pour la même période et pour les mêmes travailleurs.

par des lois de police et de sûreté.¹¹¹² Les juridictions belges saisies ont décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de justice des questions concernant la portée de l'interdiction des restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté. Il s'agissait de savoir si les articles 59 et 60 du traité s'opposaient à ce que l'Etat sur le territoire duquel une entreprise établie dans un autre Etat membre détache du personnel en vue d'y exécuter temporairement des travaux, oblige celle-ci, y compris par des lois de police et de sûreté, à se plier à certaines exigences de la législation en vigueur au lieu de détachement, étant précisé que cette entreprise est déjà soumise à des obligations sinon identiques, du moins comparables en raison de leur finalité, du chef des mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes d'activité, dans l'Etat où elle est établie.

La Cour rappela sa jurisprudence bien établie selon laquelle il faut examiner si la réglementation litigieuse comporte des effets restrictifs sur la libre prestation de services et si tel est le cas, si elle peut néanmoins être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. En ce cas, il faut encore vérifier que l'intérêt en cause n'est pas déjà sauvegardé par les règles de l'Etat d'établissement du prestataire de services et que le même résultat ne peut être obtenu par des règles moins contraignantes. En outre, la réglementation du lieu de détachement doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Mettant en œuvre, en l'espèce, la méthode indiquée, la Cour rappelle que selon sa jurisprudence, la protection des travailleurs constitue bien une raison impérieuse d'intérêt général.

420. Les différentes dispositions du droit belge en cause font ensuite l'objet d'un contrôle de proportionnalité. On s'aperçoit alors que ses modalités varient quelque peu en intensité selon les normes. Certaines font l'objet d'un contrôle serré, le juge communautaire mettant en

¹¹¹² Plus précisément, la législation belge met à la charge de l'employeur des obligations relatives à l'établissement, la tenue et la conservation de documents sociaux et de travail, au versement d'une rémunération minimale dans le secteur de la construction ; est prévu par ailleurs un régime de « timbres-intempéries » ainsi que de « timbres-fidélité ». Toutes ces obligations pesant sur l'employeur relèvent de la catégorie des lois de police. De même, les moyens de surveillance du respect de ces obligations sont qualifiés également par le législateur belge de « loi de police ». Au titre des régimes de « timbres-intempéries » et « timbres-fidélité », l'employeur est tenu de verser, selon la législation belge, des cotisations. A cet égard, il doit remettre à chaque travailleur une « fiche individuelle » devant comporter un certain nombre d'informations. Elle doit être validée par le fonds de sécurité d'existence des ouvriers de la construction qui ne le fait que si l'employeur a payé, notamment, toutes les cotisations nécessaires pour les « timbres-intempéries » et les « timbres-fidélité » ainsi qu'une certaine somme d'argent pour chaque fiche présentée. Par ailleurs, l'employeur doit tenir un « registre du personnel » pour tous ses travailleurs, comportant un certain nombre de mentions obligatoires. En outre, l'employeur qui occupe des travailleurs en plusieurs lieux de travail doit tenir un « registre spécial du personnel » en chacun de ces lieux, sauf au lieu où il tient le « registre du personnel ». L'employeur doit aussi établir, pour chaque travailleur, un « compte individuel » devant contenant diverses informations obligatoires concernant en particulier la rémunération du travailleur. Le registre du personnel et les comptes individuels doivent être tenus en certains lieux. L'employeur a en outre l'obligation de conserver pendant 5 ans les documents sociaux comprenant le registre du personnel et les comptes individuels.

œuvre les tests d'interchangeabilité et d'équivalence. Tel est le cas des normes locales relatives à la cotisation aux régimes de « timbres-intempéries » et de « timbres-fidélité », à l'établissement de fiches individuelles ainsi qu'à l'obligation de tenir des documents sociaux et de travail ainsi que les modalités de tenue et de conservation de ces documents. Toutes ces normes ont pour point commun de relever d'une approche normative de l'ordre public ; en somme, elles paraissent bien, selon les catégories des divers Etats membre, entrer dans celle des lois de police (selon la qualification retenue par le législateur belge) *stricto sensu*, ou encore dans celle des normes de droit public.

Ainsi, en ce qui concerne la cotisation aux régimes de « timbres-intempéries » et de « timbres-fidélité » ainsi que l'établissement de fiches individuelles, la Cour fait remarquer que les intéressés étaient déjà soumis à des obligations, sinon identiques, du moins comparables en raison de leur finalité, du chef des mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes, dans l'Etat membre où ils sont établis. Or, soumettre l'employeur à de nouvelles contraintes similaires dans le pays de détachement consacrerait une atteinte à la libre prestation de services de l'employeur. Ainsi l'Etat d'accueil ne peut utilement invoquer une raison d'intérêt général liée à la protection sociale *« lorsque les travailleurs de l'employeur en question qui exécutent temporairement des travaux dans l'Etat membre d'accueil jouissent de la même protection, ou d'une protection essentiellement comparable, en vertu des obligations auxquelles l'employeur est déjà soumis dans son Etat membre d'établissement. »*¹¹¹³ La Cour ajoute que *« (c) n'est que dans le cas où les cotisations patronales au fonds de l'Etat membre d'accueil assureraient aux travailleurs un avantage susceptible de leur donner une réelle protection additionnelle dont ils ne bénéficieraient pas autrement que leur versement pourrait être justifié (...) »*¹¹¹⁴ Cette précision permet de comprendre que la Cour adopte une conception finaliste de l'ordre public, en ce sens qu'elle serait prête à admettre l'application de la norme en vigueur dans le pays de détachement uniquement dans la mesure où elle améliorerait la situation du travailleur.

La Cour adopte le même raisonnement en ce qui concerne l'obligation de tenir des documents sociaux et de travail ainsi que les modalités de tenue et de conservation de ces documents. De telles obligations auraient pu être imposées par le pays de détachement au titre de l'intérêt général. Mais dans la mesure où l'employeur est déjà soumis à des obligations comparables à propos des salariés en cause dans l'Etat membre où il est établi, elles ne satisfont pas le critère de nécessité requis dans le cadre du contrôle de proportionnalité.

¹¹¹³ Point 51.

¹¹¹⁴ Point 54.

En ce qui concerne les modalités de la tenue et la conservation des documents sociaux, le raisonnement suivi par la Cour est le même qu'en ce qui concerne les autres points. Elle estime que les obligations, d'une part, de conserver des documents sociaux sur le territoire de l'Etat membre d'accueil pour une durée de cinq ans et, d'autre part, de les conserver au domicile d'une personne physique, ne sauraient être justifiées. Des mesures moins restrictives peuvent en effet, selon elle, permettre d'assurer le contrôle que les mesures ont pour objectif d'imposer.

421. En revanche, la norme imposant l'obligation de verser un salaire minimum aux salariés fait l'objet d'un contrôle moins serré. En particulier, elle n'est pas soumise au test d'équivalence. Cette disposition nous semble relever d'une conception finaliste de l'ordre public et devoir être rattachée aux dispositions impératives protectrices et non aux lois de police. D'autres arrêts viennent confirmer l'idée selon laquelle les normes locales admises à s'appliquer au salarié détaché relèvent d'une conception finaliste de l'ordre public. Ils permettent bien de rendre compte du positionnement du droit communautaire par rapport aux distinctions entre ordre public normatif / finaliste et ordre public de protection / de direction dans la mesure où les normes soumises à l'examen du juge poursuivaient des objectifs relevant simultanément de plusieurs conceptions de l'ordre public.

Ainsi, dans les affaires *Finalarte*¹¹¹⁵ et *Portugaia*¹¹¹⁶, était en cause une réglementation allemande relative aux congés payés dans le secteur de la construction, imposant aux prestataires étrangers des frais et charges notamment économiques particuliers. Il ressort de l'exposé des motifs de cette réglementation qu'elle a pour objectif de protéger le marché national de l'emploi, en particulier contre le « dumping social » dû à l'afflux de main-d'oeuvre travaillant à bon marché, de réduire le chômage et de permettre aux entreprises allemandes de s'adapter au marché intérieur.

Or pour la Cour de justice, de tels motifs de nature économique ne peuvent justifier une entrave à la liberté de prestation de services¹¹¹⁷. Toutefois, elle ne s'en tient pas aux motifs affichés du législateur¹¹¹⁸ et adopte une analyse concrète de la norme en cause. Ainsi, c'est

¹¹¹⁵ CJCE, 25 oct. 2001, aff. jointes C49/98, 50/98 à 68/98, *Rec.* 2001, I-7831; *RTDE* 2002, p. 542, obs. P. RODIERE; *JDI* 2002, p. 584, obs. M. LUBY ; *D.* 2003, chron. de jurisp. du Centre du droit de l'entreprise de l'Université Robert Schumann de Strasbourg, p. 3028.

¹¹¹⁶ CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-164/99, *Rec.* 2002, I-787; *D.* 2003, p. 3303, note C. MINET; *JDI* 2003, p. 613, obs. M. LUBY.

¹¹¹⁷ Dans l'arrêt *Arblade* notamment, la Cour avait par ailleurs précisé que des considérations d'ordre purement administratif ne pouvaient justifier une entrave aux échanges (point 37).

¹¹¹⁸ A cet égard, la Cour précise, dans l'arrêt *Finalarte* préc. que « *s'il est vrai que l'intention du législateur telle qu'elle se manifeste lors des débats politiques qui précèdent l'adoption d'une loi ou dans l'exposé de ses motifs peut constituer un indice quant au but poursuivi par ladite loi, cette intention ne peut être déterminante* » (point 40). La formule est reprise dans l'arrêt *Portugaia* préc., point 27.

seulement « (...) si, considérée objectivement, la réglementation en cause au principal promeut la protection des travailleurs détachés »¹¹¹⁹ qu'il est possible de l'invoquer au titre de l'intérêt général. Dès lors, poursuit le juge, « (...) il importe de vérifier que ladite réglementation comporte, pour les travailleurs concernés, un avantage réel qui contribue, de manière significative, à leur protection sociale. Dans ce contexte, l'intention déclarée du législateur peut conduire à un examen plus circonstancié des avantages prétendument conférés aux travailleurs par les mesures qu'il a prises. »¹¹²⁰

Le raisonnement mené par la Cour à propos de normes poursuivant à la fois un objectif de protection des salariés et un objectif purement économique, la conduisant à n'admettre l'application de la loi locale que si elle procure une protection additionnelle, se retrouve dans les récents arrêts *Commission contre Luxembourg*¹¹²¹ et *Wolff et Müller*¹¹²². Dans cette dernière affaire, une entreprise allemande bénéficiaire d'un marché de construction avait sous-traité à une entreprise portugaise une partie des travaux. Celle-ci avait notamment détaché un travailleur portugais sur le chantier. Les dispositions combinées de divers textes allemands conduisaient d'une part, à imposer le paiement du salaire minimal allemand aux travailleurs détachés et obligeaient, d'autre part, l'entreprise qui fait appel aux services d'un sous-traitant à répondre du paiement des salaires des travailleurs du sous-traitant en qualité de caution. Le travailleur, invoquant le bénéfice de ces dispositions, a introduit en Allemagne une action en paiement dirigée à la fois contre son employeur direct et contre la caution allemande. Dans la mesure où la loi n'a pas pour objectif prioritaire la protection des salariés, le tribunal saisi douta de sa compatibilité avec le principe de libre prestation de services.

¹¹¹⁹ Arrêt *Finalarte* préc. note 1115, point 41. Une formule similaire est adoptée dans l'arrêt *Portugaia* préc. note 1116, point 28.

¹¹²⁰ Arrêt *Finalarte*, point 42 ; arrêt *Portugaia*, point 29.

¹¹²¹ CJCE, 21 octobre 2004 *Commission c. Luxembourg*, (aff. C-445/03, *Rec.*, p. I-10191) qui se situe dans la continuité de la jurisprudence communautaire sur la question du détachement temporaire des salariés au sein de l'Union. Était en cause en l'espèce la législation luxembourgeoise qui imposait, au moment des faits, aux prestataires de services établis dans un État membre le respect de certaines conditions pour détacher des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services au Luxembourg. Étaient ainsi exigés le versement d'une garantie bancaire et l'obtention d'une autorisation, dont la délivrance était soumise à des considérations liées au marché de l'emploi, à l'existence d'un contrat à durée indéterminée et d'un emploi antérieur auprès du même prestataire de services depuis au moins six mois. La Cour rappelle que si la protection des travailleurs peut être invoquée par les États membres au titre d'une raison impérieuse d'intérêt général permettant de justifier une entrave, elle estime en revanche que la lourdeur des obligations imposées par le Luxembourg constitue une atteinte disproportionnée aux exigences de la libre prestation de services par rapport à l'objectif avoué de protection du travailleur. Par conséquent, en l'espèce, l'entrave est bien caractérisée. V. auparavant, pour une condamnation de la législation française requérant l'obtention, par un employeur (établi en Belgique), d'une autorisation de travail auprès d'un organisme national d'immigration en vue de détacher en France des travailleurs marocains régulièrement employés en Belgique : CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst*, aff. C-43/93, *Rec.*, p. I-3803. Sur ce dernier arrêt, V. not. F. CASTILLO DE LA TORRE, « La libre circulation des services et des ressortissants des pays tiers : quelques réflexions au sujet de l'arrêt *Vander Elst* », *RMUE* 1995, p. 131.

¹¹²² CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-60/03, *Rec.*, p. I-9553, *RCDIP* 2005, p. 344, note É. PATAUT, *Europe*, déc. 2004, *comm.* n° 406, p. 19, obs. L. IDOT.

En effet, si l'obligation légale mise à la charge de l'entreprise principale permet de protéger les salariés en ajoutant un débiteur de l'obligation de paiement des salaires, il ressort des motifs de la loi allemande qu'elle vise prioritairement à protéger les entreprises allemandes en rendant plus difficile l'octroi de marchés de construction à des entreprises étrangères établies dans des pays où le salaire minimal est inférieur. Reprenant le raisonnement qu'elle avait adopté dans les arrêts *Finalarte* et *Portugaia*, la Cour fait abstraction des motifs sous-tendant le dispositif légal et recherche si elle procure effectivement un avantage aux salariés¹¹²³.

En vertu du test de proportionnalité, c'est en effet uniquement dans la mesure où la norme invoquée au titre de l'intérêt général assure effectivement une protection accrue qu'elle sera autorisée à s'appliquer. On le voit, l'arbitrage communautaire oblige à affiner l'analyse de la norme nationale selon une approche finaliste. A cette occasion, le juge est amené à porter une appréciation critique sur la législation en cause, en particulier sur ses objectifs et l'adéquation des moyens employés pour y parvenir. Chaque Etat membre souhaitant recourir à cette notion doit donc apporter un certain nombre de justifications objectives (au regard du but poursuivi) permettant de fonder l'application concrète de la règle en cause. Comme l'écrit Mme IDOT, le contrôle opéré par le droit communautaire au nom des principes fondamentaux qu'il véhicule encadre « *finale*ment de manière satisfaisante l'action publique »¹¹²⁴.

Le droit communautaire, sans s'en rendre compte, met en œuvre, lors de l'arbitrage qu'il effectue, la distinction - fondamentale selon nous - entre approche normative et approche finaliste. Il ressort de cette jurisprudence que le droit communautaire s'en tient à une approche très restrictive des lois de police.¹¹²⁵ Il empêche les Etats de se prévaloir de normes répondant à une conception normative de l'ordre public.

2. Précisions sur les modalités de comparaison entre les législations en concours.

422. Dans le cadre du contrôle de proportionnalité, le juge communautaire se place donc dans une perspective finaliste, en ce sens qu'il invite les juges nationaux à vérifier que la norme invoquée au titre de l'intérêt général procure une réelle protection supplémentaire à l'intéressé. Reste à voir comment, concrètement, s'apprécie son caractère plus favorable. A cet égard, la Cour de Luxembourg a donné des précisions, à propos de la rémunération

¹¹²³ Point 37.

¹¹²⁴ « Rapport introductif », in Bergé et Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, éd. Bruylant 2003, p. 17-38, spéc n° 37 p. 32. V. également M. FALLON pour qui « *Puisque la règle de droit nationale est vue sous le prisme de l'interdiction d'entraves aux échanges, le législateur national se voit dans l'obligation d'énoncer les objectifs qu'il poursuit : c'est le sens que l'on peut donner à la notion de raison d'intérêt général.* » V. « Libertés communautaires et règles de conflit de lois » in A. FUCHS, H. MUIR WATT, E. PATAUT (dir.) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 31-80, spéc. p. 64, n° 32.

¹¹²⁵ V. en ce sens également M. FALLON, note sous l'arrêt *Arblade* préc. note 1111, spéc. p. 731.

minimale, concernant le mode général de comparaison entre la réglementation en vigueur dans le pays d'établissement de l'employeur et celle du pays de détachement du salarié (a). Elle a également fourni des indications plus « techniques » concernant les éléments de rémunération devant être pris en compte en vue de vérifier si la rémunération versée par l'employeur au salarié conformément à la réglementation en vigueur dans son pays d'établissement respecte le taux de salaire minimal imposé par la législation du pays de détachement (b).

a) Le mode d'appréciation de la faveur : l'apport de l'arrêt Mazzoleni.

423. En vue d'apprécier les avantages respectifs procurés aux salariés par les législations nationales en concours, le juge communautaire a tendance à privilégier une approche globale et non « point par point ». Ainsi, s'agissant de la question du salaire minimal, dans l'arrêt *Mazzoleni*¹¹²⁶, la Cour rappelle que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que le pays de détachement du travailleur impose à l'employeur le paiement du salaire minimal prévu par la législation locale, mais que l'application de celle-ci doit être nécessaire et proportionnée par rapport à l'objectif de protection des travailleurs¹¹²⁷.

Puis, par un affinement de l'analyse, la Cour précise qu'il est possible de tenir compte de la situation d'ensemble du salarié lorsqu'elle ajoute que l'objectif poursuivi par le pays d'accueil visant à assurer la même protection sociale aux travailleurs détachés et aux nationaux « *peut être considéré comme étant réalisé si tous les travailleurs concernés bénéficient d'une situation équivalente dans son ensemble au regard des rémunérations, de la fiscalité et des charges sociales dans l'Etat membre d'accueil et dans l'Etat membre d'établissement.* »¹¹²⁸

Certains auteurs ont pu regretter les conséquences d'une telle approche globale dans la mise en œuvre du principe d'équivalence. Ainsi, Mme GANNAGE estime que « *l'orientation ainsi retenue pourrait conduire à infléchir la mise en œuvre du principe de faveur, dans la mesure où la loi restrictive des libertés de circulation peut être écartée lorsqu'elle est globalement équivalente à la loi d'origine, alors même que sur le point litigieux, elle est plus favorable à la partie faible au contrat.* »¹¹²⁹ L'affirmation nous paraît exacte, sauf à préciser que la jurisprudence communautaire aboutit globalement à une solution plus favorable au

¹¹²⁶ Aff. C-165/98, *Rec.* 2001, I-2189, *RCDIP* 2001, p. 495, note E. PATAUT ; *Rev. juris. soc.* 2001, p. 487, *chron.* J.-Ph. LHERNOULD ; L. IDOT, *Europe*, mai 2001, *comm.* n° 174, p. 22/23.

¹¹²⁷ Points 29 et 30.

¹¹²⁸ Point 35. La Cour adopte également la même méthode lorsqu'elle compare les avantages respectifs des systèmes nationaux de cotisations ; elle vérifie alors si le salarié bénéficie, dans son pays d'origine, d'une protection « essentiellement comparable » à celle procurée par la loi du pays d'accueil. V. par ex. l'arrêt *Arblade* préc., spéc. point 51 ; l'arrêt *Guiot* préc., spéc. point 17.

¹¹²⁹ « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mélanges J. CALAIS-AULOY, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 421-445, spéc. p. 440.

salarié détaché que l'article 6 de la convention de Rome. En effet, ce texte ne permettrait normalement pas à celui-ci de bénéficier, le cas échéant, de la législation plus protectrice en vigueur dans le pays du détachement, à moins que la loi de ce pays ait été choisie par les parties pour régir le contrat. Il faut par ailleurs se souvenir des effets néfastes que peut générer la méthode consistant à comparer « point par point » les législations en concours : c'est alors le salarié qui tire un profit injustifié de la conclusion d'un contrat international¹¹³⁰. La juste mesure n'est décidément pas simple à trouver... Surtout, il nous semble que les spécificités de l'affaire *Mazzoleni* expliquent pour partie le mode de comparaison souple retenu par la Cour. En effet, en l'espèce, contrairement aux situations qui sont habituellement soumises à son examen¹¹³¹, une entreprise française de gardiennage établie près de la frontière belge employait des salariés dont certains étaient détachés « à temps partiel » sur le territoire belge, de sorte qu'ils pouvaient être amenés à y effectuer dans la journée, dans la semaine ou dans le mois une partie de leur service et exécuter, pour le temps restant, leur travail en France. Or la Cour n'est pas indifférente aux circonstances propres à l'espèce puisqu'après avoir rappelé que la réglementation nationale imposant le versement d'un salaire minimal répondait bien à l'objectif légitime de protection des salariés, elle précise néanmoins qu'« *il importe que les autorités nationales de l'État membre d'accueil, avant de l'appliquer à un prestataire de services établi dans une région limitrophe d'un autre État membre, s'interrogent pour savoir si l'application de cette réglementation est nécessaire et proportionnée aux fins de la protection des travailleurs concernés* »¹¹³². Et il faut bien reconnaître que l'hypothèse en cause appelle certainement une adaptation des critères habituellement retenus en vue de caractériser une entrave, et en particulier un certain infléchissement de ces critères. En effet, il nous semble que dans l'affaire *Mazzoleni*, dans la mesure où l'employeur a recours à des salariés qui exécutent les mêmes prestations, mais en des lieux différents (certains uniquement en France, d'autres partiellement en France et partiellement en Belgique), il est particulièrement exposé à subir une gêne dans l'exercice de son activité par rapport aux prestataires opérant sur le territoire d'un seul Etat membre. Aussi la charge consistant notamment à procéder à des distinctions parmi ses salariés selon le temps de travail accompli sur le territoire voisin semble disproportionnée au regard de l'objectif de protection des

¹¹³⁰ V. l'arrêt préc. Cass., soc., 12 novembre 2002 (*RCDIP* 2003, p. 446, note F. JAULT ; *JDI* 2004, p. 135, note S. DION ; *D.* 2003, *Jur.* p. 661-665, note J.-G. MAHINGA ; *Dr. soc.* 2003, p. 341, note M.-A. MOREAU). Sur cette décision, V. les développements *supra*, n° 385 et s.

¹¹³¹ Ce que relève d'ailleurs la Cour : V. point 31 de l'arrêt *Mazzoleni* préc. note 1126.

¹¹³² Point 34 ; c'est nous qui soulignons.

salariés¹¹³³. C'est pourquoi, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, la Cour invite en l'espèce la juridiction nationale de renvoi à prendre en compte la durée des prestations de services, leur prévisibilité ainsi que les déplacements réels, effectifs des salariés sur le territoire de l'Etat voisin¹¹³⁴. Et c'est aussi sans doute la situation particulière de l'employeur en l'espèce qui explique le mode de comparaison global retenu par la Cour.

Ainsi cette dernière adopte, il nous semble, une approche pragmatique lorsqu'elle est confrontée à la problématique de la comparaison entre plusieurs lois nationales. C'est suivant cette même approche qu'elle a fourni des précisions sur le mode de calcul du taux de salaire minimal.

b) De quelques précisions sur le mode de calcul du taux de salaire minimal.

424. Récemment, la Cour de Luxembourg, dans un arrêt du 14 avril 2005¹¹³⁵, a précisé la méthode à appliquer pour comparer le taux de salaire minimal dû en vertu des dispositions en vigueur dans le pays du détachement et la rémunération versée effectivement par les employeurs établis dans d'autres États membres à leurs travailleurs détachés.

Dans cette affaire ayant débouché sur le prononcé d'une condamnation en manquement à l'encontre de l'Allemagne, était en cause la législation de ce pays qui prévoyait, au moment où la procédure avait été amorcée, que les majorations pour les heures supplémentaires, pour le travail de nuit et pour le travail le dimanche ou les jours fériés ainsi que les primes de déplacement et de pénibilité versés par l'employeur, à l'exception de la prime générale accordée aux travailleurs du secteur de la construction, n'étaient pas considérées comme des éléments faisant partie du salaire minimal. Cette réglementation aboutissait, concrètement, à refuser de reconnaître, en tant qu'éléments faisant partie du salaire minimal, la totalité des majorations et des suppléments versés par des employeurs établis dans d'autres États membres à leurs salariés détachés en Allemagne, ce qui revenait à les soumettre, le cas échéant, à

¹¹³³ La Cour relève ainsi en l'espèce que « l'application des règles nationales de l'État membre d'accueil relatives aux salaires minimaux aux prestataires de services établis dans une région d'un autre État membre frontalière de l'État membre d'accueil peut entraîner, d'une part, des charges administratives supplémentaires disproportionnées comportant, le cas échéant, le calcul, heure par heure, de la rémunération appropriée de chaque salarié selon qu'il a ou non, au cours de son travail, franchi la frontière d'un autre État membre et, d'autre part, le paiement de différents niveaux de salaires aux salariés, tous rattachés à la même base d'opérations, qui effectuent un travail identique. Cette dernière conséquence pourrait, à son tour, entraîner des tensions entre les salariés et même menacer la cohérence des conventions collectives de travail qui s'appliquent dans l'État membre d'établissement ». V. point 36.

¹¹³⁴ Point 38.

¹¹³⁵ *Commission c/ Allemagne*, aff. C-341/02, *Rec.*, p. I-2733; *RTDcom* 2005, p. 436-438, obs. G. JAZOTTES; J.-Ph. LHERNOULD, « Application de la rémunération minimale de l'Etat d'accueil au salarié détaché dans le cadre d'une prestation de services », *Rev. jurisp. soc.* 2005, p. 506-509; MEYER Francis: « Droit communautaire du travail », *D.* 2005, *Pan.*, p. 2783-2789; L. IDOT, « De la manière de calculer le salaire minimal des travailleurs détachés », *Europe* juin 2005, *comm.* n° 205, p.21; *JDI* 2006, p. 690, obs. M. LUBY.

l'obligation de payer un complément à ceux-ci, selon les critères allemands de détermination des éléments du salaire minimal.

La Cour, amenée à préciser dans quelle mesure le pays du détachement des salariés pouvait imposer sa structure de rémunération à un employeur établi dans un autre Etat membre et détachant du personnel sur son territoire, établit à cet égard une distinction¹¹³⁶ selon que les majorations et suppléments modifient¹¹³⁷ ou non le rapport entre la prestation du travailleur, d'une part, et la contrepartie que celui-ci perçoit, d'autre part. Lorsque ces majorations et suppléments qui modifient le rapport entre la prestation du travailleur, d'une part, et la contrepartie que celui-ci perçoit, d'autre part, ne sont pas définis en tant qu'éléments faisant partie du salaire minimal par la législation ou la pratique nationale de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché, ils ne peuvent être considérés comme des éléments devant être pris en compte dans le calcul du salaire minimal devant être versé aux travailleurs détachés sur le territoire allemand au sens de la directive de 1996¹¹³⁸. En revanche, tous les autres majorations et suppléments que le droit du pays du détachement exclut du système de détermination du taux de salaire minimal doivent le cas échéant (si la législation du pays d'établissement de l'employeur le prévoit) être pris en compte dans la détermination du salaire minimal.

La Cour de justice nous semble adopter dans cette décision une solution raisonnable par comparaison avec la méthode préconisée par la Commission et celle initialement retenue par la législation allemande. La première suggérait en effet une solution radicale consistant à intégrer tous les suppléments et majorations dans la détermination du niveau du salaire. Un tel système était pour le moins défavorable aux salariés et très contestable d'un point de vue juridique et économique. En effet, comme l'explique le gouvernement allemand¹¹³⁹, les primes de qualité ainsi que celles pour travaux salissants, pénibles ou dangereux ont une valeur économique supérieure à celle des heures de travail habituelles. Le travailleur serait privé de la contre-valeur économique des prestations particulièrement difficiles qu'il aurait accomplies si ces primes faisaient partie des éléments permettant de déterminer le montant du salaire minimal. Ce qui reviendrait finalement purement et simplement à disqualifier ces primes...

¹¹³⁶ Elle semble s'être inspirée de l'initiative du législateur allemand lui-même qui, au cours de la procédure engagée contre l'Etat allemand et conscient de la contrariété de la législation allemande à la directive « détachement », a modifié celle-ci en opérant cette distinction reprise par la Cour. Ce qui n'empêchera cependant pas l'Allemagne d'être condamnée, dans la mesure où ce changement est survenu hors délai.

¹¹³⁷ Sont visées à ce titre notamment les primes de qualité et les primes pour des travaux salissants, pénibles ou dangereux.

¹¹³⁸ Point 39 de l'arrêt *Commission contre Allemagne* préc. note 1135.

¹¹³⁹ V. point 22 de l'arrêt préc.

Quant au système allemand originaire, en ce qu'il refusait de prendre en compte la plupart des majorations et suppléments versés par l'employeur à ses salariés conformément à la réglementation en vigueur dans son pays d'établissement lors de la détermination du montant du salaire versé, il comportait incontestablement le risque d'imposer aux employeurs établis dans d'autres Etats membres et détachant du personnel en Allemagne le versement de salaires supérieurs à ceux devant être payés par les employeurs établis sur le territoire allemand. Si le souci de lutter contre le phénomène de *dumping social* paraît complètement justifié, il ne faudrait pas que les moyens mis en œuvre à cette fin ruinent l'effectivité des libertés communautaires. Il convient de parvenir à un équilibre entre deux impératifs, ce à quoi contribue la Cour de justice. C'est du reste l'enseignement qui se dégage de la jurisprudence communautaire.

C. L'enseignement de la jurisprudence.

425. Ici encore, il convient de se placer dans la perspective du droit communautaire (1) puis dans celle du droit international privé (2).

1. En droit communautaire : sur le principe de reconnaissance mutuelle.

426. La typologie des règles ayant fait l'objet du contrôle communautaire dans le cadre du détachement temporaire de salariés au sein de l'Union contribue à esquisser des critères permettant de faire le départ entre les règles soumises au principe d'origine et celles qui lui échappent. Ainsi M. PATAUT établit la *summa divisio* suivante : la réglementation applicable au prestataire de services serait en général celle du pays d'origine du prestataire, tandis que la réglementation de droit privé applicable aux salariés serait généralement celle en vigueur au lieu de détachement¹¹⁴⁰. Cette division recoupe en fait la distinction entre les règles relevant d'une approche normative (qui concernent l'employeur) et celles relevant d'une approche finaliste de l'ordre public (qui concernent les rapports de droit privé entre l'employeur et le salarié).

De fait, il ressort des décisions qui précèdent que les normes conditionnant l'accès des travailleurs au travail (du type autorisations de travail) sont proscrites. Ainsi, dans les arrêts *Rush Portuguesa*, *Vander Elst* et *Commission contre Luxembourg*, la Cour condamne les autorisations requises de l'employeur par l'Etat d'accueil afin de permettre à celui-ci de détacher des travailleurs de pays tiers sur son territoire.

¹¹⁴⁰ V. note sous l'arrêt *Wolff et Müller* préc. note 1122, spéc. p. 350.

De même, est proscrite l'application de règles en vigueur dans le pays du détachement qui auraient pour effet de faire peser une double charge sur les employeurs. Ainsi en va-t-il des exigences tenant à la conservation de documents sociaux (arrêt *Arblade*), au versement de cotisations répondant à des objectifs similaires déjà acquittées par l'employeur dans son pays d'origine du chef des mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes (arrêts *Seco*, *Guiot*, *Arblade* et *Finalarte*). Toutes ces règles concernent les prestataires de services et relèvent, selon les qualifications nationales, soit de la catégorie des lois de police *stricto sensu*, soit de la catégorie des normes de droit public.

En revanche, les règles de droit privé en vigueur dans le pays de détachement et qui intéressent la relation juridique entre l'employeur et ses salariés peuvent s'appliquer dès lors qu'elles sont plus favorables que la loi d'origine et sous réserve de passer avec succès les tests d'aptitude et d'interchangeabilité. Sur ce point, la jurisprudence fournit de nombreux exemples s'agissant de l'exigence tenant au versement d'un salaire minimal à travers les arrêts *Arblade*, *Portugaia*, *Mazzoleni* et *Wolff et Müller* ; et un exemple concernant les congés payés dans l'arrêt *Finalarte*. Un autre enseignement de la jurisprudence relative aux travailleurs détachés concerne plus spécifiquement le droit international privé.

2. En droit international privé.

427. L'enseignement à tirer de la jurisprudence communautaire est que, par-delà la qualification de la disposition en cause, la loi invoquée par l'Etat d'accueil au titre de l'intérêt général ne pourra s'appliquer que dans la mesure où elle procurera une protection réellement accrue au salarié. Cela revient, du point de vue communautaire, à rejeter l'approche normative au profit de l'approche finaliste de l'ordre public. C'est ainsi qu'il condamne les dispositions nationales dont l'objectif essentiel relève d'une conception normative de l'ordre public, telle la protection du marché local de l'emploi, par exemple. En revanche, il n'est pas interdit aux Etats membres de revendiquer l'application d'une norme plus favorable, notamment, à la partie qu'elle est destinée à protéger. Le droit communautaire, par le contrôle qu'il effectue sur les droits nationaux, particulièrement par le recours à la théorie de l'intérêt général ainsi qu'au test de proportionnalité, dispose d'instruments au service de l'éradication des lois de police *stricto sensu* (du moins leur cantonnement).

Enfin, l'apport de la jurisprudence communautaire en matière de droit du travail transfrontière peut se résumer en deux points : en ce qui concerne les lois de police *stricto sensu*, le droit communautaire invite à leur cantonnement. En ce qui concerne les dispositions impératives protectrices, la Cour de justice « corrige » le facteur de rattachement retenu à

l'article 6 de la convention de Rome qui ne permet pas au salarié de bénéficier de la loi plus protectrice en vigueur dans le pays dans lequel celui-ci est temporairement détaché.

La directive relative au détachement des travailleurs salariés au sein de l'Union reproduit exactement le schéma dessiné par la jurisprudence : la distinction entre ordre public normatif et ordre public finaliste est formellement ignorée, tout en apparaissant en filigrane dans le dispositif mis en place par le législateur communautaire. Elle fournit par ailleurs des renseignements supplémentaires concernant les rapports entre droit communautaire d'un côté et dispositions impératives protectrices et lois de police de l'autre.

§ II : L'apport de la directive sur le détachement des travailleurs transfrontières.

428. On a vu que la jurisprudence concernant la détermination de la loi applicable aux contrats de travail des salariés détachés au sein de l'Union autorisait, à certaines conditions, l'application de normes impératives protectrices du pays d'accueil. Désormais, la directive impose l'application de certaines normes répondant à cet objectif. Après avoir présenté les bases juridiques de la directive (A), on verra quelles solutions elle retient (B) avant d'en évaluer l'apport (C).

A. Présentation des bases juridiques de la directive.

429. La directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services¹¹⁴¹ peut servir de base intéressante de réflexion dans le processus de combinaison des règles impératives de droit international privé avec les règles impératives de droit substantiel. Le législateur communautaire est intervenu selon une logique qui lui est propre. En procédant à un arbitrage entre les normes en concours, dans un souci de sécurité juridique, il tente d'atteindre un équilibre entre d'une part, le souci d'assurer l'effectivité de la libre circulation des services au sein de l'Union et, d'autre part, celui de protéger les salariés tout en posant les bases d'une concurrence saine. La directive est ainsi présentée par Mme MOREAU comme étant « *le fruit d'une volonté claire des acteurs communautaires de trouver un mode d'articulation acceptable entre des impératifs dictés d'une part, par la liberté de prestation de services et la liberté de circulation des travailleurs dans l'Union européenne, et d'autre part, l'organisation d'une concurrence, au sein du marché intérieur, qui ne soit pas fondée*

¹¹⁴¹ JOCE n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1-6. V. « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *JDI* 1996, p. 889-908.

essentiellement sur l'exploitation des travailleurs. »¹¹⁴² Les considérants ainsi que les bases juridiques de la directive se font le reflet de cette pluralité d'objectifs.

D'un côté, les bases juridiques ayant servi à l'adoption de la directive sont liées à l'objectif de réalisation du marché intérieur : il s'agit des articles 57, par. 2 et 66. Le premier considérant rappelle l'un des objectifs essentiels du traité, à savoir « *l'abolition, entre les Etats membres, des obstacles à la libre circulation des personnes et des services* »¹¹⁴³.

Par ailleurs, certains considérants témoignent de l'objectif tendant à assurer les conditions d'une concurrence saine entre les Etats membres. Ainsi, le 3^{ème} considérant part du constat que la réalisation du marché intérieur incite un nombre croissant d'entreprises à détacher des travailleurs en vue d'effectuer, à titre temporaire, un travail sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel ils accomplissent habituellement leur travail. C'est pourquoi, selon le 5^{ème} considérant, « *une telle promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs.* »

Enfin, le 12^{ème} considérant rappelle la solution dégagée par la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent le champ d'application de leur législation ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux à toute personne effectuant un travail salarié, y compris temporaire, sur leur territoire, même si l'employeur est établi dans un autre Etat membre* ».

Mais par-delà la pluralité d'objectifs poursuivis par la directive, sa dimension économique semble l'emporter sur sa dimension sociale.¹¹⁴⁴ Et plus fondamentalement, la directive semble se rattacher au principe d'égalité de traitement dont on sait qu'il constitue la clé de voûte de la structure¹¹⁴⁵.

¹¹⁴² *Op. cit.*, spéc. p. 889.

¹¹⁴³ Dans sa Communication sur « La mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les Etats membres », la Commission a rappelé que la directive visait « (...) à *supprimer les obstacles et incertitudes susceptibles d'entraver la mise en œuvre de la prestation de services, en augmentant la sécurité juridique et en permettant l'identification des conditions de travail applicables aux travailleurs qui exécutent, à titre temporaire, un travail dans un Etat membre autre que l'Etat dont la loi régit la relation de travail. Elle est le résultat de la recherche d'un équilibre entre les libertés économiques consacrées par le traité CE et le droit des travailleurs salariés pendant la période de détachement.* » V. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, COM (2003) 458 final, spéc. p. 3, point 1.

¹¹⁴⁴ V. en ce sens, M.-A. MOREAU, *op. cit.* note 1141, spéc. p. 890.

¹¹⁴⁵ *Op. cit.*, spéc. p. 905. De même, l'« ancêtre » de la directive « détachement », à savoir la proposition de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail du 23 mars 1972 (*JOCE* 18 mai 1972, n° C 49/26, mod. le 28 avril 1976, Doc COM V 622/75) visait à assurer un traitement égal aux salariés nationaux et aux salariés détachés. A cette fin, le texte imposait impérativement l'application de la loi du pays de détachement du travailleur à propos de certaines questions énumérées dans le texte. Sur cette proposition de règlement, V. P. RODIERE, « Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (mars 1972), contribution à l'étude de la nature des rattachements internationaux en droit du travail », *RTDE* 1973, p. 1-28.

B. Présentation des solutions de la directive concernant l'ordre public (*lato sensu*).

430. La prise en compte, par le législateur communautaire, du droit international privé, ressort de la lecture des considérants 7 à 11 qui rappellent les solutions de la convention de Rome ayant une incidence sur le traitement international du salarié. Il est alors aussi bien fait référence notamment aux lois de police ¹¹⁴⁶ qu'aux « dispositions impératives protectrices » ¹¹⁴⁷. Ce constat invite à s'interroger tant sur la nature des dispositions visées par la liste énumérée par la directive (1) que sur celle des dispositions visées par la réserve d'ordre public (2).

1. Nature des règles visées dans la liste prévue par la directive.

431. Selon l'article 3.1 de la directive, « *Les Etats membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises (visées par la directive) garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant (certaines matières énumérées par la directive) dans l'Etat membre sur le territoire duquel le travail est exécuté (...)* ».

Ces matières sont : « *a) les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ; b) la durée minimale des congés annuels payés ; c) les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires (...); d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ; e) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail ; f) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes ; g) l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non discrimination (...)* »

Sont ensuite prévues, aux paragraphes suivants, diverses exceptions, visant notamment le cas du salarié détaché pour une très courte période (et encore, l'hypothèse est relativement minutieusement décrite). En outre, les Etats se voient offrir la faculté de prévoir certaines dérogations dans des cas précis. L'article 3.7 précise par ailleurs qu'en tout état de cause, l'ensemble du système mis en place par la directive permettant de déterminer les matières soumises à l'application territoriale de la loi du pays de détachement, ne fait « *pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs.* »

¹¹⁴⁶ Considérant 10.

¹¹⁴⁷ Considérant 9.

Certains auteurs se sont penchés sur la question de la nature des règles visées à l'article 3.1 (a). La réponse qu'ils y apportent généralement ne nous satisfait pas. L'analyse de ces normes devra alors être menée plus avant (b).

a) Position de la doctrine.

432. Pour de nombreux auteurs, les matières énumérées à l'article 3.1 correspondent au « noyau dur » des dispositions impératives : il s'agit de lois de police¹¹⁴⁸. L'intérêt du procédé est de faire l'économie de la délicate analyse devant être menée par le juge, lui permettant de prendre position sur la qualification d'une norme en loi de police. Ce faisant, il contribue à assurer la sécurité juridique. Cependant, ces auteurs émettent quelques réserves à ce sujet. Ainsi, Mme MOREAU dénonce une « policisation » un peu rapide de domaines pour lesquels la qualification « loi de police » ne paraît pas adaptée. Ce qui fait dire à l'auteur que « *la directive modifie indirectement la construction propre aux lois de police retenue par la Convention de Rome* »¹¹⁴⁹. De son côté, M. RODIERE précise que « *(l) a notion de loi ou de règles de police qui transparait derrière l'application impérative de la protection minimale du pays d'accueil (...) doit être comprise dans un contexte particulier, celui de lois destinées à la protection d'une catégorie particulière de personnes.* » Il admet alors que « *(l) a notion de loi de police prend de ce fait une tournure inusuelle* », avant de préciser toutefois : « *(à) moins que l'on ne juge inapproprié de se référer, dans de pareilles conditions, à la notion de loi de police.* »¹¹⁵⁰ M. FALLON, quant à lui, voit dans cette directive un « *complément de [l'article 6 de la convention de Rome], par une tentative de délimitation de la notion de « dispositions impératives » de protection du travailleur.* »¹¹⁵¹ Les incertitudes ainsi mises en évidence concernant la nature des normes concernées par les matières énumérées dans la directive invitent à examiner plus avant le dispositif mis en place par le législateur communautaire en vue de l'élucider.

b) L'affinement de l'analyse.

433. Si l'on s'attache à la lettre du texte, on constate que les normes énumérées dans la liste sont introduites par la périphrase utilisée dans la convention de Rome à propos des lois de

¹¹⁴⁸ V. notamment M.-A. MOREAU, *op. cit.* n° 1141, spéc. p. 901; P. RODIERE, pour qui « *(l) e noyau dur de dispositions hautement impératives dont chaque Etat membre doit assurer le respect dans toute relation de travail s'exécutant sur son territoire correspond d'une façon peu douteuse aux lois de police que vise l'article 7 de la convention* ». V. *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002, p. 548, n° 558, note 124.

¹¹⁴⁹ *Op. cit.* note 1141, spéc. p. 900.

¹¹⁵⁰ V. sa chron. « *Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle* », *RTDE* 2003, p. 529, spéc. p.545.

¹¹⁵¹ Note sous l'arrêt *Arblade* préc. note 1111, spéc. p. 731. L'article 6 de la convention de Rome, rappelons-le, prévoit que « *(...) dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix (...)* ».

police. L'article 3, par. 1 de la directive débute en effet ainsi : « *Les Etats membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, (...)* », ce qui rappelle la formule de l'article 7.¹¹⁵² Cependant, à y regarder de près, l'expression « loi de police » n'est pas expressément employée dans le corps de la directive. Et certains indices permettent de comprendre que les « dispositions impératives protectrices » y sont visées. Ainsi, selon le considérant 17, « *les règles impératives de protection minimale en vigueur dans le pays d'accueil ne doivent pas empêcher l'application des conditions de travail et d'emploi plus favorables aux travailleurs.* » La formule ressemble à celle employée à l'article 6 de la convention de Rome.

Pourtant, la Commission se prononce sans équivoque en faveur de la qualification de « lois de police » à propos des matières énumérées par la directive.¹¹⁵³ Mais, précisant ensuite que ces règles constituent un « *noyau dur de protection minimale pour les travailleurs détachés* »¹¹⁵⁴, on comprend qu'elle ne fait pas le départ entre les lois de police et les « dispositions impératives protectrices »¹¹⁵⁵. Ce qui montre que pour elle, peu importe en réalité la qualification de ces règles, dans la mesure où le législateur communautaire a été amené à s'intéresser à la question de la loi applicable en matière de détachement des salariés au sein de l'Union pour des considérations propres au droit communautaire. En effet, selon la Commission, outre qu'elle permet d'assurer la sécurité juridique, cette clarification sert le « *principe de l'égalité de traitement entre prestataires nationaux et non nationaux de service (article 49 du Traité CE) et entre travailleurs nationaux et non nationaux* »¹¹⁵⁶. Il n'y a à cela rien de surprenant : on sait en effet que le droit communautaire raisonne en fonction de ses exigences propres. Il faut y voir une manifestation de son approche téléologique, selon laquelle son intervention est guidée par ses objectifs. Ainsi, s'agissant d'apprécier la légitimité d'une entrave, la distinction entre « lois de police » et « dispositions impératives protectrices » est sans conséquences juridiques de son point de vue. Ce qui compte, c'est d'aboutir à un équilibre entre les libertés communautaires et la protection des salariés, tout en assurant les conditions d'une concurrence saine entre les employeurs, dans la mesure où les prestataires établis sur le territoire d'un Etat membre dans lequel notamment le coût de la

¹¹⁵² Lequel, rappelons-le, réserve l'application des règles qui régissent impérativement la situation « *quelle que soit la loi applicable au contrat* ».

¹¹⁵³ Comm. préc. note 1143, point 2.3.1.1, p. 6.

¹¹⁵⁴ *Op. cit.*

¹¹⁵⁵ L'on ne saurait lui reprocher de maîtriser une distinction à propos de laquelle les internationalistes ne s'entendent pas... Le législateur communautaire a d'ailleurs le mérite, dans cette directive, d'avoir parfaitement fait le lien avec la convention de Rome.

¹¹⁵⁶ *Op. cit.*

main d'œuvre est élevé, risquent de subir une concurrence farouche de la part de prestataires établis dans un Etat dans lequel ce coût est plus faible.

Dès lors, seule l'analyse de l'approche retenue par le législateur communautaire en matière d'ordre public, abstraction étant faite des expressions utilisées par le législateur communautaire, permettra de déterminer quelle méthode du droit international privé semble la mieux à même de traduire les objectifs poursuivis par le législateur communautaire à travers cette directive.

434. Il nous semble que celui-ci retient une approche finaliste de l'ordre public. Plus précisément, il ressort clairement de l'article 3.7 qu'il poursuit un objectif de protection des travailleurs. De fait, les normes visées par l'article 3.1 nous semblent relever de la méthode des dispositions impératives protectrices et non de celle des lois de police, à une exception près, à savoir les normes relatives à la santé, la sécurité et l'hygiène au travail. En ce qui concerne ces dernières, il nous semble que bien que le système de la directive permette au salarié de bénéficier des normes plus protectrices en vigueur dans le pays d'origine ou qui relèvent de la loi choisie par les parties, elles seront toujours d'application territoriale. On imagine mal, en effet, un salarié « exportant » avec lui les normes en la matière plus protectrices en vigueur dans son pays d'origine, tandis que les autres travailleurs obéiraient aux règles locales. Hormis ces normes, les autres nous semblent relever d'une approche finaliste de l'ordre public, l'objectif y étant d'assurer la protection des travailleurs. C'est pourquoi, en ce qui les concerne, la méthode des dispositions impératives protectrices ou encore l'exception d'ordre public international y semblent plus appropriées que la méthode des lois de police.

435. La répartition des matières entre les deux méthodes est tributaire de la configuration de la norme. En particulier, si celle-ci est libellée sous la forme d'une interdiction, l'exception d'ordre public international nous semble appropriée. Ainsi en va-t-il des matières touchant à l'égalité entre les travailleurs et aux autres discriminations¹¹⁵⁷.

436. Toutes les autres normes visées par les matières énumérées dans la directive nous semblent pouvoir relever de la méthode des dispositions impératives protectrices. En effet, le mécanisme mis en place par la directive est similaire à celui prévu par l'article 6 de la convention de Rome. Dans les deux cas, il s'agit d'assurer au salarié l'application d'un socle protecteur prévu par la législation du pays désigné par un facteur de rattachement déterminé

¹¹⁵⁷ V. en ce sens, semble-t-il, M.-A. MOREAU, art. préc. note 1141, spéc. p. 902. M. RODIERE estime, quant à lui, que « (l')égalité entre hommes et femmes et la non discrimination sont à mettre à part. La directive ne vise pas seulement un objet de réglementation, elle manifeste ici directement une exigence relative au contenu des règles. » V. ouvr. préc. note 1148, spéc. p. 551, n° 560.

(le pays de détachement selon la directive ; le pays d'exécution habituelle de son travail par le salarié selon l'article 6 de la convention de Rome), tout en admettant qu'il puisse bénéficier de l'application de normes plus protectrices. On voit donc que la seule différence entre les deux textes tient au facteur de rattachement. C'est pourquoi on peut considérer que la directive vient corriger l'article 6 de la convention de Rome, en imposant l'application de certaines normes en vigueur au lieu du détachement de la prestation de services, alors que l'on sait que ce texte préserve la compétence de principe de la loi du pays d'exécution habituelle du travail. Il nous semble donc que les matières visées par la directive concernent pour la plupart des normes appréhendant le salarié sous l'angle individuel et relèvent d'une approche finaliste de l'ordre public, l'objectif poursuivi par le législateur étant que les salariés détachés bénéficient de la même protection que les travailleurs locaux, tout en leur permettant de bénéficier d'une protection supplémentaire.

C'est du reste le constat qui avait été fait lors de l'étude de la jurisprudence en matière de détachement temporaire des travailleurs au sein de l'Union. Or l'on sait que la directive se situe dans le prolongement de cette jurisprudence¹¹⁵⁸. Cette dernière offrait, avant même l'expiration du délai prévu pour procéder à la transposition de la directive, plusieurs illustrations de la mise en œuvre du mécanisme mis en place par celle-ci à propos de la question des salaires : elle a constamment admis, depuis l'arrêt *Seco*, que les salariés bénéficient des rémunérations plus avantageuses prévues par le pays d'accueil¹¹⁵⁹. L'arrêt *Finalarte* offre quant à lui une illustration de la mise en œuvre de la directive à propos d'une disposition du pays d'accueil garantissant aux travailleurs détachés des droits à des congés

¹¹⁵⁸ V. notamment le considérant 12 de la directive qui reprend la formule prétorienne selon laquelle « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres étendent le champ d'application de leur législation ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux à toute personne effectuant un travail salarié, y compris temporaire, sur leur territoire, même si l'employeur est établi dans un autre État membre* ». V. également la communication de la Commission préc. note 1143, spéc. point 2.3.1.3.

¹¹⁵⁹ V. not. les arrêts *Rush Portuguesa*, *Arblade*, *Mazzoleni* (si le mode de comparaison – global – entre la loi du pays d'accueil et celle du pays d'origine en matière de salaire minimum vient quelque peu tempérer le principe, il ne le remet nullement en cause), *Portugaia* préc. Dans ce dernier arrêt, la Cour déclare toutefois que constitue une restriction (en l'espèce injustifiée) à la libre prestation de services la possibilité offerte aux employeurs du pays de détachement de conclure un accord collectif d'entreprise leur permettant de verser un salaire inférieur au salaire minimale fixée dans une convention collective, alors que les employeurs établis dans un autre État membre n'ont pas une telle faculté. La situation faisant apparaître une discrimination, la Cour semble exiger, de la part de l'État d'accueil, une raison expresse d'intérêt général (prévue par le traité) en vue de justifier celle-ci (V. points 34 et 35). Par ailleurs, dans l'arrêt *Wolff et Müller*, la Cour précise qu'il en va de même en ce qui concerne les mesures prévues dans le pays de détachement destinées à renforcer les modalités procédurales permettant à un travailleur détaché de faire valoir utilement son droit au salaire minimal. (Point 36). En effet, la directive « détachement » prévoit, dans son article 5, que les États doivent prendre des mesures adéquates pour permettre le respect des dispositions de celle-ci. Parmi ces mesures peuvent figurer, pour la Cour, des garanties de paiement de salaires telles que l'obligation de caution qui est celle de la loi allemande. L'un des apports de l'arrêt *Wolff et Müller* est de préciser que l'État d'accueil dispose « *d'une large marge d'appréciation quant à la définition de la forme et des modalités des procédures adéquates* » en vue de permettre aux salariés détachés d'obtenir le paiement du salaire minimum garanti par cet État. V. point 30.

payés¹¹⁶⁰. La Cour de justice admet que la réglementation locale en matière de congés payés s'applique sous réserve de passer avec succès le contrôle de proportionnalité (qui inclut les tests d'efficacité – ou d'interchangeabilité – et d'équivalence) qu'il appartiendra à la juridiction nationale d'effectuer. Cependant, les indications données par la Cour sur les modalités de mise en œuvre du contrôle de proportionnalité témoignent d'une volonté de cantonner strictement l'application de la norme locale¹¹⁶¹. A notre connaissance, hormis la durée des congés payés et le montant du salaire minimal, la Cour de justice n'a pas été saisie de question préjudicielle concernant des normes relevant des autres matières énumérées dans la directive.

S'agissant des autres questions qui lui ont été soumises (et qui relevaient de matières non énumérées dans la liste), elle n'a jamais autorisé l'Etat d'accueil à imposer le respect de sa législation nationale à un employeur établi dans un autre Etat membre et qui détachait du personnel sur son territoire. Or ces règles relevaient d'une conception normative de l'ordre public voire du droit public. C'est dire que la méthode des dispositions impératives protectrices n'y a guère sa place. Ainsi en va-t-il des règles imposant aux employeurs certaines cotisations ou certaines autorisations administratives. Elles sont d'application territoriale aussi bien dans le pays d'origine que dans celui d'accueil. Ce dernier doit alors reconnaître le respect, par l'employeur, d'exigences similaires dans son pays d'origine.

A travers la liste établie à l'article 3.1, la directive permet donc de clarifier l'état de la jurisprudence antérieure. Celle-ci apporte par ailleurs des précisions concernant l'application des normes relevant de domaines autres que ceux énumérés dans la liste.

2. Nature de la réserve de l'ordre public.

437. Une autre disposition de la directive se réfère au concept d'ordre public (au sens large). En effet, l'article 3 paragraphe 10, premier tiret de la directive précise que cette dernière « *ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres Etats, d'une façon égale [notamment] des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles [énumérées au titre des dispositions d'application territoriale], dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public* ». On peut légitimement s'interroger sur la nature des dispositions visées par le texte. En vue de la déterminer, l'analyse doit être menée dans un premier temps sous l'angle

¹¹⁶⁰ La directive prévoit en effet l'application de la réglementation en vigueur dans le pays de détachement en matière de « durée minimale des congés annuels payés » (article 3.1, lettre b).

¹¹⁶¹ V. points 44 à 52 les précisions relatives à ce contrôle données par la Cour en l'espèce.

du droit communautaire (a) afin de comprendre quelles méthodes du droit international privé peuvent exprimer au mieux les exigences communautaires (b).

a) *L'analyse sous l'angle du droit communautaire.*

438. Dans une déclaration conjointe, le Conseil et la Commission ont considéré « *que les mots « dispositions d'ordre public » devaient être considérés comme couvrant celles des dispositions obligatoires à l'égard desquelles on ne peut pas déroger et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public. Ces dispositions peuvent inclure, en particulier, l'interdiction du travail forcé ou l'implication d'autorités publiques dans la surveillance du respect de la législation concernant les conditions de travail.* » Le concept d' « exigences de l'intérêt public » doit sans doute être rapproché des concepts de « raisons expresses d'intérêt général » ou encore d' « exigence impérative d'intérêt général ».

De fait, la Commission, dans sa communication du 25 juillet 2003¹¹⁶², précise que dans le cadre de la mise en œuvre de cette réserve, doivent être gardés à l'esprit les objectifs du traité et en particulier l'article 49. Elle rappelle la jurisprudence ancienne de la Cour de justice¹¹⁶³, selon laquelle la notion peut varier selon les pays et les époques et doit être interprétée strictement¹¹⁶⁴, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté. Par ailleurs, la Commission rappelle que le recours à « *l'ordre public doit être justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, supposer l'existence d'une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société et être conforme aux principes généraux du droit, notamment des droits fondamentaux et le principe général de la liberté d'expression.* »¹¹⁶⁵ Cet alignement du régime de la réserve prévue dans la directive avec celui admis dans le contexte des « raisons expresses d'intérêt général » témoigne d'une conception très stricte de la réserve. En effet, la jurisprudence à laquelle il est fait référence concerne les raisons expresses d'intérêt général prévues par le traité et qui forment une catégorie fermée par comparaison avec les exigences impérieuses d'intérêt général dégagées par la jurisprudence.

D'autres précisions fournies par la Commission nous conduisent à comparer la réserve avec les méthodes du droit international privé en matière d'ordre public.

¹¹⁶² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au comité économique et social et au comité des régions sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les Etats membres, COM (2003) 458 final, spéc. p. 4.1.2.2, p. 13.

¹¹⁶³ V. not. CJCE, 27 oct. 1977, *Regina c. Pierre Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.* 1977, p. 1999, point 13.

¹¹⁶⁴ V. not. CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *Rec.* 1991, p. I-2925.

¹¹⁶⁵ Communication préc. note 1162, spéc. point 4.1.2.2, p. 14.

b) *L'analyse sous l'angle du droit international privé.*

439. La Commission fournit des indications concernant le contenu de cette réserve permettant à l'internationaliste de comprendre la nature de la réserve d'ordre public. Ainsi, elle précise que selon le groupe d'experts ayant préparé la transposition de la directive, la notion de « disposition d'ordre public » visée par ce texte « *couvre les dispositions concernant les droits et les libertés fondamentales consacrés par le législateur de l'Etat membre concerné et/ou par le droit international et notamment la liberté syndicale et le droit de négociation collective, l'interdiction du travail forcé, le principe de non discrimination et l'élimination du travail des enfants lorsqu'il constitue une forme d'exploitation, la protection des données et le droit au respect de la vie privée.* »¹¹⁶⁶

La Commission semble aussi vouloir éclairer cette interprétation restrictive du concept de « dispositions d'ordre public » en recourant à la distinction entre l'ordre public au sens du droit interne, d'une part, et l'ordre public au sens du droit international privé et les lois de police, d'autre part. Seul le second pourrait se prêter, le cas échéant, à la qualification de « disposition d'ordre public » au sens de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret. Ainsi, les Etats membres d'accueil ne peuvent imposer l'application de leurs règles nationales de droit du travail qui revêtent la qualification d'ordre public au sens du droit interne.

La Commission s'appuie également sur la convention de Rome en vue de préciser l'interprétation restrictive des « dispositions d'ordre public » visées dans la directive, en particulier son article 10 concernant le domaine de la loi du contrat, qui englobe les conséquences de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Ainsi, la détermination des règles applicables au licenciement se fera conformément aux règles générales de la convention. S'agissant d'un contrat de travail, l'article 6 aboutira le plus souvent à désigner la loi du lieu d'établissement de l'employeur (si toutefois il coïncide avec le lieu d'exécution habituelle de sa prestation par le salarié), même en cas de détachement temporaire du travailleur. Dans un tel cas, selon la Commission, il serait impossible, pour les Etats du lieu de détachement, de revendiquer l'application de leurs lois nationales en matière de licenciement en recourant au concept de « dispositions d'ordre public ». ¹¹⁶⁷

440. Ces rapprochements entre droit communautaire et droit international privé opérés par la Commission en matière d'ordre public illustrent bien, ici encore, l'approche téléologique du droit communautaire qui raisonne en fonction de ses propres considérations. S'il n'est pas sûr

¹¹⁶⁶ Comm. préc. note 1162, point 4.1.2.2, p. 14/15.

¹¹⁶⁷ *Op. cit.*, point 4.1.2.2, p. 14.

que ces références au droit international privé contribuent à éclairer le concept d'ordre public, elles permettent de comprendre que la Commission souhaite restreindre la possibilité, pour les Etats de détachement, d'imposer l'application de leurs lois nationales. C'est là un point précieux qui met en lumière une autre différence entre le mécanisme instauré par la directive et l'article 6 de la convention de Rome. En effet, tandis que ce dernier texte se réfère au concept de « dispositions impératives » (au sens du droit interne) sans opérer de distinctions entre celles-ci, dès lors qu'elles visent à protéger le salarié, la directive restreint le domaine des normes impératives en vigueur dans le pays du détachement devant être appliquées au salarié. Il nous semble donc (du moins à la lumière des explications fournies par la Commission) que la directive ferme toute possibilité, pour l'Etat d'accueil, d'imposer à l'employeur faisant usage de sa liberté de prestations de services, le respect de normes impératives (au sens du droit interne) relevant de matières autres que celles énumérées dans la directive.

441. Dès lors, d'autres méthodes que celle des dispositions impératives protectrices doivent être envisagées au titre de la clause de réserve prévue dans la directive. Les exemples donnés par la Commission concernent des principes (fondamentaux) plutôt que des règles d'ordre public. C'est pourquoi il nous semble que l'article 3, paragraphe 10, premier tiret recouvre notamment des normes relevant du mécanisme de l'exception d'ordre public international. En outre, sur le fond, ce mécanisme reflète une conception stricte de l'ordre public, qui est précisément celle retenue par la Commission.

442. Par ailleurs, cette dernière admet très certainement le jeu des lois de police *stricto sensu*. Tandis que la liste énumérée à l'article 3.1 envisage le salarié sous l'angle individuel, il nous semble que, de son côté, l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, permet de donner effet à des normes gouvernant le statut collectif des salariés. On retrouve en quelque sorte la dichotomie figurant dans la convention de Rome entre les dispositions impératives protectrices (article 6) qui concernent le statut individuel des travailleurs et l'article 7 qui permet l'intervention de normes gouvernant le statut collectif du salarié. On songe notamment aux règles relatives à la représentation du personnel au sein de l'entreprise. L'application de ces règles est admise en droit international privé¹¹⁶⁸ (*via* le mécanisme des lois de police) et paraît conforme au droit communautaire. En effet, le principe d'égalité de traitement des travailleurs au sein de l'Union conduit à considérer que tous les salariés doivent pouvoir bénéficier du même

¹¹⁶⁸ Pour s'en tenir au droit international privé français, V. not. la célèbre décision du Conseil d'Etat, Ass., du 29 juin 1973, *Compagnie des wagons-lits*, sur laquelle V. *supra*, n° 44. V. également récemment Cass., soc., 14 janvier 2004, *Bull. civ.* V, n° 17, p. 15.

traitement sur le territoire du pays d'accueil, sans considération de leur pays de provenance. En outre, la directive concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs¹¹⁶⁹, qui a les caractéristiques d'une loi de police, témoigne de l'importance que revêt, en droit communautaire, la représentation collective des salariés.

En résumé, il nous semble que les Etats membres ne peuvent pas étendre le domaine des dispositions impératives protectrices à des matières autres que celles énumérées à l'article 3, paragraphe 1^{er} de la directive. En revanche, ils peuvent recourir au concept de loi de police *stricto sensu* et peuvent également imposer le respect de principes fondamentaux par le canal de l'exception d'ordre public international.

C. Bilan sur l'apport de la directive.

443. Sur le fond, la directive n'innove pas et ne fait que rendre compte de la jurisprudence élaborée à partir de la « théorie des raisons impérieuses d'intérêt général », sauf à rendre désormais obligatoire (et non plus seulement possible) l'application de normes en vigueur dans le pays du détachement. Ce faisant, elle contribue à assurer la sécurité juridique. L'idée de procéder à une clarification des raisons impérieuses d'intérêt général doit donc être pleinement approuvée. Cependant, son apport doit être relativisé sous l'angle du droit communautaire (1) et précisé sous celui du droit international privé (2).

1. L'angle du droit communautaire.

444. La subsistance du test de proportionnalité (a) ainsi que l'harmonisation croissante (b) contribuent à tempérer l'apport de la directive « détachement ».

a) La subsistance du test de proportionnalité.

445. Du point de vue du droit communautaire, l'entreprise présente ses limites. En effet, les normes locales protectrices concernées par la directive ne sont pas affranchies du test de proportionnalité. On aurait en effet pu envisager, comme ambition, pour la directive, que celle-ci permette de faire l'impasse sur les tests de l'intérêt général et de proportionnalité, en imposant l'application de la norme appartenant à l'une des matières visées par la directive, sans qu'il soit nécessaire de procéder à son examen approfondi. Son apport aurait alors été d'assurer une sécurité juridique optimale, qui fait actuellement défaut dans le système prétorien de contrôle des entraves aux échanges. Mais rien ne permet de penser que tel est le

¹¹⁶⁹ Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994, *JOCE* n° L 254 du 30 septembre 1994, p. 64. Sur cette directive, V. *supra*, n° 405 et s.

résultat auquel elle conduit. C'est dire que l'application, par le pays d'accueil, des règles relevant des matières énumérées à l'article 3.1 de la directive, ne l'affranchit pas du respect du droit primaire, et en particulier des grandes libertés.¹¹⁷⁰

De fait, dans ses conclusions à propos de l'affaire *Mazzoleni*, l'Avocat général ALBER, dont le raisonnement s'insérait indiscutablement dans le contexte de la directive, même si cette dernière n'était pas applicable au litige, soumet la législation du pays de détachement au test de proportionnalité.¹¹⁷¹ Mais surtout, dans l'arrêt *Wolff et Müller*, qui est le premier rendu en application de la directive « détachement », la Cour procède à un contrôle strict de proportionnalité de l'application impérative de la loi de l'État d'accueil. Est ainsi confortée, si besoin en était, l'idée selon laquelle la directive détachement ne permet pas de faire l'impasse sur les tests communautaires en vue du respect du droit primaire. L'harmonisation croissante des droits nationaux semble bien restreindre encore l'apport de la directive.

b) L'incidence de l'harmonisation.

446. La liste des matières soumises à l'application impérative concerne, pour la plupart, des domaines qui ont fait l'objet d'une harmonisation.¹¹⁷² La question se pose de savoir si les

¹¹⁷⁰ V. en ce sens not. É. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire » préc. note 1097, spéc. p. 128/129. *Contra* : P. LAGARDE, « Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? » in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mél. Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 571, spéc. p. 586.

¹¹⁷¹ V. point 35 de ses conclusions.

¹¹⁷² V. not., pour s'en tenir aux principales directives: directive 93/104 du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (modifiée par la directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive (*JOCE* n° L 195 du 1^{er} août 2000, p. 41) ; directive 94/33 du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail (*JOCE* n° L 216 du 20 août 1994, p. 12) ; directive 92/85 du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées, ou allaitantes au travail (*JOCE* n° L 348 du 28 novembre 1992, p. 1). Plusieurs directives ont été adoptées depuis 1975 en vue d'assurer l'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment en matière de rémunération : directive 75/117/CEE du 10 février 1975 (*JOCE* n° L 45 du 19 février 1975), de conditions de travail : directive 76/207/CEE du 9 février 1976 (*JOCE* n° L 39 du 14 février 1976), de sécurité sociale : directive 79/7 du 19 décembre 1978 (*JOCE* n° L 6 du 10 janvier 1979, p. 24) ; v. aussi la directive 97/80/CE du Conseil relative à la charge de la preuve dans le cas de discrimination fondée sur le sexe (*JOCE* n° L 14 du 20 janvier 1998, p. 6) ; directive 91/553 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail (*JOCE* n° L 288 du 18 oct. 1991, p. 32) ; directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*JOCE* n° L 180 du 19 juillet 2000, p. 22) ; directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*JOCE* n° L 303 du 2 déc. 2000, p. 16). Il faut ajouter à cette liste les nombreuses directives concernant la sécurité et la santé des travailleurs sur leur lieu de travail adoptées en application de la directive 89/391/CEE du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (*JOCE* n° L 183 du 29 juin 1989, p. 1). v. pat ex. la directive 90/270/CEE du 29 mai 1990 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives au travail sur des équipements à écran de visualisation (*JOCE* n° L 156 du 21 juin 1990, p. 14 ; rectific. *JOCE* n° L 171 du 4 juillet 1990, p. 29), directive 2002/44/CE du 25 juin 2002 du Parlement européen et du Conseil concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à l'exposition des travailleurs aux risques dus aux agents physiques (vibrations) (*JOCE* n° L 177 du 6 juillet 2002, p. 13).

normes du pays de détachement relevant des matières visées par la directive conservent leur vocation à s'appliquer lorsque le législateur communautaire a adopté une mesure visant à harmoniser, sur le point litigieux, le droit substantiel.

En effet, certains auteurs estiment que l'harmonisation aurait pour effet de permettre plus facilement de tenir la norme du pays d'accueil pour perturbatrice de la libre prestation de services. « *Dans un domaine ayant fait l'objet d'une harmonisation, il devient en effet aisé pour l'entrepreneur à qui l'on prétend imposer une règle locale, de prouver que les règles qui lui sont applicables sont en substance égales à celles qui lui sont imposées. Dans une telle situation, l'application, par l'Etat d'accueil, de sa propre loi de police, devient très délicate, quand bien même elle serait explicitement rendue possible par la directive « détachement » de 1996.* »¹¹⁷³ De fait, l'équivalence des législations nationales fonde le jeu de la reconnaissance mutuelle¹¹⁷⁴ qui oblige l'Etat d'accueil à se contenter de l'application de la norme similaire de l'Etat d'origine du salarié.

447. En réalité, pour être précis, semble se dessiner en jurisprudence une distinction selon les mesures d'harmonisation entreprises au niveau communautaire. En effet, un certain nombre de directives permettent expressément aux Etats membres d'octroyer une protection renforcée (par rapport à celle mise en place dans l'instrument) aux travailleurs. En présence d'une telle directive, la Cour semble admettre relativement largement que l'Etat de détachement impose le respect du volant plus favorable prévu le cas échéant par la législation locale. Le traitement différencié lors de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, selon que la question a ou non fait l'objet d'une mesure d'harmonisation permettant expressément aux législateurs nationaux d'adopter une protection renforcée ressort très nettement de l'arrêt *Finalarte*. On se souvient que dans cette affaire, était discutée l'application de la législation du pays du détachement en matière de droit aux congés payés, imposant notamment une cotisation à une caisse de congés payés pour le financement des droits aux congés des travailleurs du bâtiment. Sur le principe de l'obligation de cotisation, la norme locale fait l'objet d'un contrôle de proportionnalité très serré. Par contraste, en ce qui concerne la durée des congés payés, à propos de laquelle existe une directive communautaire¹¹⁷⁵ posant un plancher en la matière,

¹¹⁷³ É. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire » préc. note 1097, spéc. p. 129.

¹¹⁷⁴ Sur ce concept, V. les développements *supra*, n° 200 et s.

¹¹⁷⁵ V. la directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (*JOCE* n° L 307 du 13 déc. 1993, p. 18). Selon son article 15 intitulé « Dispositions plus favorables », « *(l)a présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des Etats membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ou de favoriser ou de permettre l'application de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.* »

l'examen de la Cour est lapidaire : elle se contente en effet de relever que la directive admet que les Etats membres puissent aller au-delà du minimum qu'elle prévoit en matière de durée des congés payés pour admettre que les dispositions du traité en matière de libre prestation de services ne s'opposent pas en principe à ce que l'Etat d'accueil étende le niveau de protection prévue par la législation nationale aux travailleurs détachés¹¹⁷⁶.

448. La possibilité laissée à l'Etat d'accueil d'accorder une protection supplémentaire aux salariés n'existe pas uniquement lorsque le législateur a expressément prévu une telle possibilité dans la mesure d'harmonisation en cause. En effet, l'article 137, paragraphe 2 TCE prévoit que les dispositions que ce texte permet d'adopter dans le cadre de la politique sociale communautaire « *ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le (...) traité* ». Par ailleurs, la Cour a précisé, dans son arrêt *Società italiana petroli SpA*¹¹⁷⁷, que dans le cadre de l'adoption, par le législateur communautaire, d'une directive sur le fondement de l'article 118 A TCE (devenu article 137), le principe de proportionnalité n'avait pas vocation à intervenir en vue de contrôler la conformité, au regard du traité CE, d'une mesure nationale assurant une protection renforcée au salarié par rapport à la directive¹¹⁷⁸, dès lors que celle-ci est non discriminatoire et ne constitue pas une gêne à l'exercice des libertés fondamentales¹¹⁷⁹. Certes, l'affaire ne concernait pas l'hypothèse d'un détachement transfrontière et paraissait bien être purement interne. Il n'en reste pas moins qu'elle permet raisonnablement de penser que la Cour est plus encline à admettre l'application des dispositions du pays d'accueil qui accordent aux salariés un surplus de protection lorsque celles-ci s'inscrivent dans le cadre d'une directive adoptée sur le fondement de l'article 137 TCE.

Cependant, si l'article 137.1 recouvre un vaste domaine d'intervention potentielle du législateur communautaire, telles « *l'amélioration (...) du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs* » (a), « *les conditions de travail* » (b), celui-ci n'a adopté qu'un nombre relativement limité de directives sur le fondement de ce texte. Pour s'en tenir aux directives concernées par la liste énumérée à l'article 3.1 de la directive « détachement », ont été adoptées sur le fondement de l'article 137.1, la directive-cadre 89/391 du Conseil du 12 juin 1989 sur l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail (et donc le train de directives pris en application de celle-ci), la directive 92/85 du 19 octobre 1992 sur la protection des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes et la directive précitée sur

¹¹⁷⁶ Points 57 et 58.

¹¹⁷⁷ CJCE, 17 décembre 1998, aff. C-2/97, *Rec.*, p. I-8597.

¹¹⁷⁸ V. point 40 de l'arrêt de l'arrêt préc.

¹¹⁷⁹ V. point 38 de l'arrêt.

certain aspects de l'aménagement du temps de travail. Dans les domaines respectifs couverts par ces directives, il faut considérer que les législateurs nationaux ont eu la faculté de renforcer la protection qu'elles visaient à conférer aux travailleurs. Partant, le contrôle communautaire en matière d'entraves, à l'instar de ce que l'on a observé dans l'arrêt *Finalarte*, devrait être plus souple en ces domaines, en ce sens que la norme davantage protectrice du pays d'accueil (par rapport à la loi en vigueur au lieu d'établissement de l'employeur) devrait relativement facilement pouvoir s'imposer face à cette dernière. La situation nous paraît en revanche bien différente en présence d'une mesure d'harmonisation ne permettant pas expressément aux législateurs nationaux d'accorder un surplus de protection aux salariés. Dans ce cas, l'équivalence entre les lois en concours (celle du pays de détachement et celle du pays d'origine) paraît devoir être admise plus facilement qu'à défaut de mesure d'harmonisation. Il s'ensuit que le pays de détachement devrait plus difficilement pouvoir imposer le respect de ses normes à propos d'un travailleur détaché sur son territoire.

449. D'autres dispositions ne concernant pas directement l'harmonisation du droit substantiel pourraient bien accentuer la tendance en faveur de l'application de la loi du pays d'origine de l'opérateur qui détache du personnel sur le territoire d'un autre Etat membre. Ainsi, l'arrêt *Arblade* laisse entrevoir les conséquences de l'article 4 de la directive « détachement »¹¹⁸⁰ sur la possibilité, pour les Etats de détachement, de revendiquer l'application de règles concernant la tenue de documents sociaux. En effet, selon la Cour, « *(l)a protection efficace des travailleurs (...) peut exiger de tenir certains documents sociaux à disposition [des] autorités de cet Etat chargées d'effectuer les contrôles, faute, notamment, d'un système organisé de coopération ou d'échange d'informations entre Etats membres, tel que prévu à l'article 4 de la directive 96/71.* »¹¹⁸¹ En effet, à défaut d'un tel système, cette obligation relative à la tenue de certains documents sociaux peut être considérée comme étant la seule mesure appropriée au regard de l'objectif poursuivi par la réglementation.¹¹⁸² En ce qui concerne les modalités de tenue des documents sociaux en question, par un *obiter dictum*, la Cour précise qu'« *il convient de souligner que le système organisé de coopération ou d'échange d'informations entre Etats membres prévu à l'article 4 de la directive 96/71 rendra prochainement superflue la conservation des documents dans l'Etat membre d'accueil après*

¹¹⁸⁰ Ce texte, intitulé « Coopération en matière d'information », impose notamment la mise en place, par les Etats membres, de « bureaux de liaison ». L'objectif y est d'assurer la diffusion et la communication, entre les organes compétents des Etats membres, des informations relatives à la mise à disposition transnationale de travailleurs.

¹¹⁸¹ Point 61. C'est nous qui soulignons.

¹¹⁸² Point 62.

que l'employeur aura cessé d'y employer des travailleurs. »¹¹⁸³ Ces précisions laissent présager que les exigences du pays d'accueil en matière de tenue de documents sociaux n'auront bientôt définitivement plus aucune chance de pouvoir être appliquées¹¹⁸⁴.

Relativement modeste sous l'angle communautaire, peut-être l'apport essentiel de la directive doit-il être recherché du côté du droit international privé.

2. L'angle du droit international privé.

450. Un aperçu rapide de la jurisprudence et de la directive relatives au détachement des travailleurs conduit à s'interroger sur la pertinence de la distinction des concepts touchant à l'ordre public en droit international privé. En effet, l'appréhension du concept d'ordre public par le législateur communautaire telle qu'elle transparait dans cette directive et dans la jurisprudence conduit à se demander si finalement, la distinction entre dispositions impératives protectrices et lois de police conserve une pertinence en droit international privé communautaire. En effet, du point de vue communautaire, il s'agira dans tous les cas de vérifier que la disposition en cause, qu'il s'agisse d'une loi de police ou d'une disposition impérative protectrice, respecte notamment le test de proportionnalité.

De fait, même si l'on estime que la distinction entre lois de police et « dispositions impératives protectrices » est primordiale, concrètement, dans les relations intracommunautaires, force est de reconnaître que les lois de police y subissent une profonde transformation. Ainsi, sous l'angle de leur application, M. PATAUT fait remarquer à juste titre que « *la technique des lois de police dans sa version européenne se distingue très mal de celle des règles de conflit protectrices.* » Il s'interroge par ailleurs sur le point de savoir « *si, dans le cadre des relations juridiques entre les pays membres, la notion de loi de police aura*

¹¹⁸³ Point 79. Comme le souligne la Commission, « (c)ette jurisprudence invite tout d'abord les Etats membres à prendre toutes les mesures nécessaires en vue de mettre en place un système organisé et effectif de coopération dans le cadre de la transposition de la directive qui, selon la Cour de justice, doit remplacer certaines exigences en matière de tenue et de conservation des documents sociaux sur le lieu de travail. En effet, après la mise en œuvre de la directive 96/71, les arguments tirés des différences de forme ou de contenu des documents entre ceux du pays d'accueil et ceux du pays d'établissement ne sauraient plus être acceptés pour justifier certaines obligations imposées dans ce domaine aux entreprises établies dans un autre Etat membre. Dans l'appréciation de la justification de ces mesures, il faut s'attendre à ce que la Cour tienne pleinement compte de la coopération prévue à l'article 4 de la directive 96/71, qui devrait permettre aux Etats membres d'obtenir tous les renseignements nécessaires dans le cadre du détachement transnational. » V. comm. préc. note 1162, point 4.2.1, p. 17.

¹¹⁸⁴ Du reste, si la proposition initiale de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur présentée par la Commission le 13 janvier 2004 (COM (2004) 2 final) prévoyait des « dérogations générales au principe du pays d'origine » (article 17), parmi lesquelles figuraient les « matières couvertes par la directive 96/71/CE » (art. 17, 5°), cette exclusion avait elle-même ses limites, prévues à l'article 24. Notamment, il y était prévu que l'Etat membre de détachement ne pouvait imposer au prestataire « *l'obligation de tenir et de conserver des documents sociaux sur son territoire ou dans les conditions applicables sur son territoire.* » (Article 24, par. 1, d). Sur cette proposition de directive, V. *supra*, n° 242.

encore sa place d'ici quelques années. »¹¹⁸⁵ La remarque est parfaitement juste, sauf à préciser que, selon nous, les règles de conflit protectrices ont une chance de conserver une place, même très réduite, dans la mesure où le législateur communautaire autorise parfois les Etats membres à prévoir une protection supplémentaire en faveur de certaines catégories de personnes. Dans ce cas, sous réserve du respect des exigences communautaires, en particulier le test de proportionnalité, ces normes conservent un titre d'application. En revanche, dans les situations intracommunautaires, le recours aux lois de police (au sens strict) va certainement se raréfier. D'une certaine manière, l'approche du droit communautaire conduit à faire le tri entre « vraies » et « fausses » lois de police. La distinction entre dispositions impératives protectrices et lois de police est indifférente pour le droit communautaire lorsqu'il s'agit de procéder au contrôle des entraves aux échanges. Mais il n'en reste pas moins que son approche le conduit à rejeter plus systématiquement les lois de police *stricto sensu*. Il y a là un paradoxe amusant : tout en ignorant la distinction, le droit communautaire en met en évidence tout l'intérêt.

451. Dans ce contexte, l'on ne s'étonnera pas que la directive ne contribue pas, - mais après tout, là n'était pas son objet -, à clarifier le concept d'ordre public pour lui-même. L'internationaliste est berné par une illusion de clarification du concept de loi de police. En réalité, à l'instar d'un courant internationaliste majoritaire, le droit communautaire entretient une certaine confusion entre les concepts de lois de police et de dispositions impératives protectrices. On ne saurait le lui reprocher, d'autant plus que l'analyse de la directive, menée en fonction des objectifs propres du droit communautaire, permet d'éclairer le choix de la méthode de droit international privé appropriée à chaque norme concernée par les articles 3.1 et 3.10, premier tiret de la directive. Les auteurs ont généralement trop rapidement, selon nous, répertorié les normes visées par l'article 3.1 parmi les lois de police, ce qui a eu pour effet d'occulter le véritable apport de cette directive. Car son apport majeur n'est pas de préciser une fois pour toutes quelle loi (entre celle du pays d'origine et celle du pays de détachement) est applicable à une situation de détachement intracommunautaire, ce qui contribue certainement à la sécurité juridique. On a vu en effet que quand bien même la loi du pays de détachement relèverait d'une matière visée par la directive, elle devra franchir avec succès en particulier le test de proportionnalité.

¹¹⁸⁵ Note sous l'arrêt *Mazzoleni* préc. note 1126, spéc. p. 511.

452. En réalité, son apport essentiel réside dans la mise en évidence d'une catégorie de normes intéressant l'ordre public qui doivent être distinguées des lois de police et des dispositions impératives protectrices au sens de l'article 6 de la convention de Rome.

En effet, les normes énumérées à l'article 3.1 de la directive n'envisagent pas les travailleurs sous l'angle collectif ; par ailleurs, elles visent à atteindre un résultat déterminé (en l'occurrence, assurer la protection des travailleurs). Elles ne relèvent donc pas, selon nous, de la catégorie des lois de police.

Relevant d'une conception finaliste de l'ordre public, ces normes doivent s'analyser, à l'instar de l'article 6, comme des dispositions impératives protectrices. Mais dans la mesure où le facteur de rattachement retenu dans la directive diffère de celui de l'article 6, on peut estimer d'une certaine manière qu'elle vient corriger ce dernier texte. Tirant d'ailleurs les conséquences de la primauté du droit communautaire sur la convention de Rome, le groupe européen de droit international privé propose d'ajouter un paragraphe 3 à l'actuel article 6 réservant le jeu de la directive « détachement »¹¹⁸⁶. La proposition de règlement « Rome I », sans surprise, reprend l'idée¹¹⁸⁷.

Puisqu'elles forment une catégorie nouvelle, les normes relevant des matières visées par l'article 3.1 de la directive doivent le cas échéant se combiner avec des dispositions relevant de l'article 6 de la convention de Rome et d'autres de l'article 7. Car si elle « corrige » l'article 6, la directive ne le remet pas totalement en cause. Ce constat se déduit du caractère « fermé » de la liste énumérée à l'article 3.1, lequel se déduit lui-même des précisions apportées par la Commission dans sa communication. Un exemple permettra de s'en persuader: elle considère que les lois relatives au licenciement en vigueur dans le pays de détachement du travailleur ne peuvent être admises à s'appliquer à titre de loi de police sur le fondement de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret de la directive. Etant donné que cette matière ne relève pas de l'article 3.1, on en déduit que la loi applicable au licenciement d'un travailleur détaché sera déterminée conformément à l'article 6. Le raisonnement devrait être transposé aux autres normes non concernées par la liste et qui ne relèvent pas de la catégorie des lois de police, étant rappelé que la Commission retient une conception stricte en la matière. On peut penser par exemple à la réglementation entourant les conditions et les effets de la suspension du contrat de travail.

¹¹⁸⁶ V. le compte-rendu de la session de Lund du groupe européen de droit international privé et ses commentaires sur ce texte par P. LAGARDE, *RCDIP* 2001, p. 774.

¹¹⁸⁷ L'article 22, intitulé « *Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire* », dispose en effet que « (1) *e présent règlement n'affecte pas l'application ou l'adoption d'actes émanant des institutions des Communautés européennes qui (...) dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles* » (a). Il renvoie à une annexe où figure la directive « détachement ».

L'émergence de cette troisième catégorie de normes touchant à l'ordre public correspond à la recherche d'un équilibre entre divers impératifs au sein du marché intérieur. La relative complexité du système ne doit dès lors pas surprendre : la recherche d'un tel équilibre est une tâche en soi très délicate ; le système mis en œuvre pour l'atteindre ne peut qu'être le reflet de cette complexité.

453. En dépit des quelques imperfections, notamment d'ordre conceptuel, que comporte la directive sur le détachement des salariés au sein de l'Union, l'initiative prise par le législateur communautaire doit être saluée. En effet, se situant dans la continuité de la jurisprudence concernant le contrôle des entraves aux échanges, elle tend à concrétiser le concept d'intérêt général dont on a vu qu'il jouait un rôle décisif dans le contexte qui nous intéresse, dans la mesure où il contribue à assurer un équilibre entre une conception purement libérale du modèle communautaire et la volonté de préserver des valeurs non exclusivement liées à la réalisation du marché intérieur.

Ce faisant, la directive - certes, à condition de faire abstraction de l'impression de confusion qui se dégage de sa lettre même et d'approfondir l'analyse - clarifie les rapports entre les mécanismes des lois de police et des dispositions impératives protectrices d'un côté, et les libertés communautaires de l'autre. Par comparaison, le droit des rapports transfrontières au sein de l'Union comporte davantage d'incertitudes sur cette question.

Section II : *Recherches sur l'impact du droit communautaire en droit des rapports transfrontières de consommation au sein de l'Union.*

454. D'emblée, il faut souligner la différence notable, tenant à leur contexte juridique respectif, qui sépare la problématique des contrats transfrontières de consommation de celle des contrats de travail impliquant un détachement du salarié au sein de l'Union. C'est qu'en droit de la consommation règne tout particulièrement une confusion entre les concepts de lois de police et de dispositions impératives protectrices. Elle est due notamment au caractère restrictif des termes actuels de l'article 5 de la convention de Rome¹¹⁸⁸. Ce texte, qui vise à assurer une protection minimale au consommateur déterminée par référence à la loi de son pays de résidence habituelle, déroge à la loi désignée en vertu de l'article 4.2 de la convention de Rome, et partant, au principe de la loi du pays d'origine.

¹¹⁸⁸ Sur cette question, V. les développements *infra*, n° 597.

455. La question des rapports entre le droit de la consommation transfrontière au sein de la Communauté et les exigences communautaires en matière de libre circulation soulève la question de savoir si une entrave peut être caractérisée par le seul fait qu'un opérateur soit confronté à une diversité de lois en fonction du lieu de résidence habituelle de ses clients respectifs, ce qui générerait pour lui des coûts que n'ont pas à supporter les opérateurs déployant leur activité dans un cadre purement national. Autrement dit, la diversité législative en elle-même peut-elle générer une entrave ?

D'un point de vue économique, l'entrave, en matière contractuelle, s'entend d'un coût supplémentaire devant être supporté par l'opérateur en raison de la nécessité d'adapter les contrats qu'il propose à la législation de chacun des Etats dans lesquels il entend s'implanter¹¹⁸⁹. L'analyse économique enseigne que les opérateurs peuvent vouloir soumettre l'ensemble de leurs contrats à une même législation en vue de réaliser des économies d'échelle.¹¹⁹⁰ Pourtant, il n'est pas certain que les professionnels ne tirent pas un avantage à soumettre les contrats qu'ils concluent à la loi du pays de résidence habituelle de leurs cocontractants (consommateurs) dans la mesure où ces derniers pourraient davantage être incités à recourir à un prestataire acceptant d'appliquer « leur loi ». En outre, on peut estimer que les coûts supportés par les prestataires (surtout les entreprises de grande dimension) en raison de la diversité des lois applicables aux contrats qu'ils proposent seront relativement rapidement amortis¹¹⁹¹.

Une réponse générale à la question formulée ci-dessus paraît dès lors impossible, eu égard à la variété des situations concrètes. En effet, il paraît nécessaire de procéder à de nombreuses distinctions, auxquelles le droit communautaire n'est pas insensible, notamment entre les grandes entreprises et les petites et moyennes entreprises. S'agissant des premières, les coûts engendrés par la diversité législative paraissent devoir relativement rapidement être amortis. En outre, elles opèreront souvent par l'intermédiaire d'une filiale qui, *ab initio*, aura été soumise à la loi du pays d'accueil. En revanche, s'agissant des secondes, il paraît *a priori* davantage concevable que la diversité en elle-même soit constitutive d'une entrave. L'enjeu

¹¹⁸⁹ V. WAGNER (Gerhard) : « The economics of harmonization : the case of contract », *Common Market Law Review*, 2002, p. 995-1024.

¹¹⁹⁰ Sur ce point, V. not. H. COLLINS, « Transaction Costs and Subsidiarity in European Contract Law », in *An Academic Green Paper in European Contract Law*, éd. GRUNDMANN et STUYCK, Private Law in European Context Series, Kluwer Internat'l, 2002 (cité par H. MUIR WATT : « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Mél. J. BEGUIN*, Litec 2005, p. 545, spéc. p. 563, note 69). Adde WAGNER (Gerhard) : « The economics of harmonization : the case of contract », *Common Market Law Review*, 2002, p. 995-1024.

¹¹⁹¹ V. en ce sens V. HEUZÉ, not. « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 393, spéc. p. 398.

consiste alors à chercher à répartir équitablement entre les parties les coûts engendrés par la diversité. Or même dans le cas des entreprises de faible dimension, cette répartition équitable nous semble conduire à admettre l'application de la loi du consommateur, car le coût supporté par ce dernier sera dans tous les cas plus élevé que pour l'entreprise, dans la mesure où il ne pourra pas répercuter les frais liés à la prise de connaissance des contrats proposés par les opérateurs établis dans les différents Etats membres de la Communauté sur une multitude d'opérations. En outre, on imagine que les entreprises qui exercent des activités au-delà de l'échelon national ont une certaine dimension leur conférant une importance au plan économique.

456. Sur un plan strictement juridique, la diversité n'est pas en elle-même constitutive d'une entrave. L'expérience américaine montre d'ailleurs que l'harmonisation des droits ne s'impose pas nécessairement dans une structure fédérale. Bien au contraire, le modèle américain repose sur la compétition législative, ce qui postule la diversité¹¹⁹².

En réalité, ce qui constitue certainement une entrave, comme le soulignent MM. FALLON et MEEUSEN, c'est le fait qu'un opérateur soit soumis à une double charge, résultant de l'application cumulative de deux dispositions qui sont en fait équivalentes.¹¹⁹³ On sait par

¹¹⁹² V. H. MUIR WATT, « L'expérience américaine », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. FUCHS, H. MUIR WATT et É. PATAUT, Dalloz Actes, 2004, p. 145 et s. L'auteur tire par ailleurs des enseignements de l'expérience américaine sur la problématique des rapports entre droit communautaire et conflits de lois.

¹¹⁹³ Les auteurs écrivent que « *The mere existence and application of divergent laws in the Member States does not obstruct intra-Community trade. Only a global approach taking account of the full treatment of a cross-border activity leads to the conclusion that diversity restricts free movement. Such restriction results when legislation that is deemed equivalent but is substantially divergent is cumulatively applied to the same cross-border activity, imposing a double burden on the economic actors involved.* » (« Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition », *Yearbook of Private International Law* 2002, p. 37-66, spéc. p. 57/58.) Traduction libre: la simple diversité législative ainsi que l'application de lois différentes par les Etats membres n'entravent pas le commerce intracommunautaire. Seule une approche globale, prenant en compte le traitement (juridique) complet d'une activité transfrontière mène à la conclusion que la diversité restreint la libre circulation. Une telle restriction est générée par l'application cumulative à une même activité transfrontière de normes différentes en substance mais tenues pour équivalentes, car alors les opérateurs économiques impliqués se voient imposer une double charge. *Adde* H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, p. 303, spéc. p. 320 ; A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245, spéc. p. 248, n° 28. V. cependant L. GANNAGE, art. préc. note 1129, spéc. p. 438. Décivant l'influence des libertés communautaires sur le conflit de lois, l'auteur écrit qu'« à elle seule, la disparité des législations entre les Etats membres, c'est-à-dire au fond le conflit de lois lui-même, est susceptible de constituer une entrave aux libertés de circulation. Si un prestataire établi dans un Etat membre offre ses services à des consommateurs qui ont leur résidence habituelle dans différents Etats de l'Union européenne, il peut être tenu, en vertu de l'article 5 de la convention de Rome, de se conformer aux exigences de la loi de la résidence habituelle de chacun de ses clients. Or, parce qu'elle contribue à rendre la prestation de service plus onéreuse, en soumettant le prestataire à plusieurs législations lui imposant des contraintes différentes, cette obligation pourrait, à certaines conditions, constituer une entrave au principe de la libre prestation de services. » Cependant, l'auteur tempère l'affirmation en évoquant aussitôt le test de l'intérêt général (par lequel la Cour de justice a expressément érigé l'objectif de protection des consommateurs au rang de « raison

ailleurs que depuis la « nouvelle approche », le droit communautaire se contente d'une harmonisation dite « minimale », c'est-à-dire concernant uniquement les exigences véritablement nécessaires. On peut en tirer la conséquence qu'implicitement, la diversité en elle-même ne suffit pas à constituer une entrave. C'est bien davantage un souci de sécurité juridique que semble vouloir mettre en avant le droit communautaire.¹¹⁹⁴

C'est en partant de ce postulat qu'il faut chercher à mesurer la compatibilité de la méthode des dispositions impératives protectrices telle que mise en œuvre en particulier à travers l'article 5 de la convention de Rome avec les libertés communautaires (§ I). Il faudra ensuite, plus généralement, éclairer les rapports qu'entretiennent les exigences communautaires d'un côté et les dispositions impératives protectrices et les lois de police de l'autre à la lumière de la jurisprudence relative aux entraves (§ II).

§ I : Mesure de la compatibilité de l'article 5 avec les libertés communautaires.

457. La question se pose de savoir si l'Etat d'accueil peut valablement, au regard des exigences communautaires, imposer l'application de normes se rapportant au droit de la consommation à un opérateur originaire d'un autre Etat membre et dans l'affirmative, à quelles conditions. Alors que les rapports entre l'article 6 et les exigences communautaires ont fait l'objet de précisions de la part de la jurisprudence (relayée par le législateur communautaire), l'article 5 de la convention de Rome ne semble pas avoir fait l'objet, directement du moins, d'un contrôle juridictionnel au regard des libertés communautaires. Si bien que le droit communautaire ne fournit actuellement que de faibles indications permettant de répondre à cette question (A). C'est surtout en réalité l'incidence de l'harmonisation croissante des droits nationaux qui est source de difficultés (B). Toutefois, les orientations récentes du droit international privé communautaire fournissent des éléments de réponse (C).

A. De faibles indications actuelles.

458. Il n'existe pas, à notre connaissance, de décision de la Cour de justice reprochant à un Etat membre d'avoir fait application de la méthode des dispositions impératives protectrices dans les relations entre un consommateur ayant sa résidence habituelle sur son territoire et un professionnel établi dans un autre Etat membre. Certes, récemment, la Cour de justice a

impérieuse d'intérêt général », ainsi que celui de proportionnalité, lequel ne manquera pas d'avoir un impact sur la place à réserver à la loi du pays de résidence du consommateur dans le cadre de relations intracommunautaires.

¹¹⁹⁴ V. les développements *supra*, n° 156 et s.

condamné l'Espagne en manquement¹¹⁹⁵ dans le contexte de la transposition de la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹¹⁹⁶, pour avoir concrétisé le « lien étroit » requis avec le territoire communautaire en vue de permettre aux consommateurs de bénéficier de la protection offerte par la directive¹¹⁹⁷ en renvoyant à l'article 5 de la convention de Rome. Dans cette décision, la Cour estime que ce texte ne permet pas d'assurer une protection suffisante aux consommateurs transfrontières eu égard aux exigences de la directive « clauses abusives ». Mais elle n'avait pas à trancher la question de savoir si l'article 5, en ce qu'il désigne, dans son domaine, la loi en vigueur dans le pays de résidence habituelle du consommateur et oblige ainsi le professionnel à adapter les contrats qu'il propose à ses clients en fonction de leurs lieux de résidence respectifs, heurte les libertés communautaires.

Pas davantage le droit communautaire, dans son ensemble, n'apporte de réponse nette à cette question. Tout au plus certains considérants de directives paraissent conforter l'idée selon laquelle l'article 5 de la convention de Rome se concilierait avec les exigences du marché intérieur.¹¹⁹⁸ On est dès lors conduit à émettre des hypothèses sur la mesure de la compatibilité de ce texte avec les libertés communautaires. Un point nous paraît en tout état de cause difficilement contestable : la mise en œuvre du dépeçage induit par l'article 5 de la convention de Rome semble devoir faire l'objet d'un examen particulier. En effet, le risque pourrait bien être que le prestataire ressortissant d'un Etat membre autre que celui de la résidence habituelle du consommateur soit soumis, par un dépeçage par trop favorable au consommateur, à un régime finalement désavantageux par rapport aux prestataires nationaux.

¹¹⁹⁵ CJCE, 9 septembre 2004, *Commission contre Espagne*, aff. C-70/03, *Rec.*, p. I-7999; *Europe* 2004, *comm.* n° 376, obs. L. IDOT ; *JDI* 2005, p. 819, note J.-S. BERGE et M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *RCDIP* 2005, p. 457, note Mathias AUDIT. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 541 et s.

¹¹⁹⁶ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, *JOCE* n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34.

¹¹⁹⁷ L'article 6, paragraphe 2 de cette directive dispose que « *Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres.* » Pour des développements à propos de ce texte et d'autres similaires insérés dans diverses directives consoméristes, V. *infra*, n° 508 et s.

¹¹⁹⁸ V. not. le considérant 55 de la directive « commerce électronique » selon lequel *(l)a présente directive ne porte pas atteinte au droit applicable aux obligations contractuelles relatives aux contrats conclus par les consommateurs. En conséquence, la présente directive ne saurait avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui procurent les règles impératives relatives aux obligations contractuelles prévues par le droit de l'Etat membre dans lequel il a sa résidence habituelle.* » V. cependant les réserves exprimées par la Commission au sujet de la conformité de l'article 5 avec le principe de proportionnalité dans son projet de communication sur la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire (*JOCE* n° C 291 du 04/11/1995, p. 7). Mais cette position n'est pas maintenue dans la communication définitive (*JOCE* n° C 209 du 10/07/1997, spéc. p. 20) suite au commentaire du Groupe européen de droit international privé issu de sa réunion de Venise en septembre 1996.

Il serait en ce cas porté atteinte au principe d'égalité de traitement¹¹⁹⁹. Pour le reste, des incertitudes pèsent sur les rapports exacts qu'entretiennent le droit communautaire et la méthode des dispositions impératives protectrices mise en œuvre dans l'article 5.

459. M. RADICATI DI BROZOLO n'envisage pas clairement la question de la conformité de ce texte avec les exigences communautaires. Néanmoins, il estime que la rigueur du filtre communautaire (visant à vérifier la compatibilité des solutions nationales avec les exigences communautaires) devrait dépendre de plusieurs facteurs, « *dont l'un pourrait être la « localisation » de la prestation du service* »¹²⁰⁰. L'auteur fait ici référence à la distinction entre prestations de services passive et active. Dans le premier cas, le besoin de protection du consommateur paraît moindre que dans le second cas. Sous cette réserve, il apparaît conforme aux exigences communautaires¹²⁰¹. D'après cette analyse, le droit communautaire pourrait donc obliger à affiner le raisonnement et imposer un contrôle de la nécessité d'assurer une protection dans un cas particulier. Ainsi peut-on penser qu'il s'opposerait certainement à une protection du consommateur actif. Au demeurant, comme le souligne M. FALLON, l'article 5 de la convention de Rome « *peut être perçu comme une tentative d'équilibrage de deux volontés, celle de l'entreprise qui se soumet volontairement à la loi du consommateur dans le cas d'une prestation de services active, et celle du consommateur qui accepte de se soumettre à la loi de l'entreprise en cas de prestation de services passive.* »¹²⁰² Sous cet angle, l'article 5 paraît parfaitement conciliable avec les exigences communautaires, dans la mesure où un traitement différencié est réservé au consommateur passif par rapport au consommateur actif. Toutefois, l'idée selon laquelle le droit communautaire appellerait une différence de traitement, au regard de la protection, entre consommateurs actifs et passifs est parfaitement discutable. En effet, dans la mesure où le droit communautaire entend assurer tant la mobilité des prestataires de services que des bénéficiaires de services, on pourrait soutenir qu'il tend à encourager les consommateurs à s'adresser à des professionnels établis dans d'autres Etats membres, c'est-à-dire à se comporter comme des consommateurs actifs. Dans cette optique, le droit communautaire appellerait au contraire une protection du consommateur actif tout comme du consommateur passif¹²⁰³. En effet, c'est en lui garantissant une certaine protection

¹¹⁹⁹ Ce risque n'existe pas dans la proposition de règlement « Rome I » puisqu'elle élimine le dépeçage dans le cadre de ce texte. V. *infra*, n° 607 et s.

¹²⁰⁰ « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, p. 401, spéc. p. 417.

¹²⁰¹ V. *op. cit.*, spéc. p. 417 et note 45.

¹²⁰² V. « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, vol. 252, p. 13-281, spéc. p. 222, n° 128.

¹²⁰³ V., exprimant des doutes sur la compatibilité, au regard du droit communautaire, du traitement différencié réservé au consommateur passif et au consommateur actif par l'article 5 de la convention de Rome, H. MUIR

qu'on incite le consommateur à faire usage des libertés communautaires. Au demeurant, cette distinction entre consommateur passif et consommateur actif, qui conditionne la mise en œuvre (ou non) du dispositif protecteur de l'actuel article 5 de la convention a certainement vocation à disparaître, dans l'optique d'adapter ce texte à la pratique des contrats conclus en ligne¹²⁰⁴.

460. Quoiqu'il en soit, d'autres signes témoignent de la sollicitude du droit communautaire à l'égard du consommateur. Ainsi, on a vu que la Cour de justice avait admis que certaines raisons impérieuses d'intérêt général puissent mettre en échec les grandes libertés affirmées par le droit communautaire. Or, parmi elles figure l'objectif de protection des consommateurs¹²⁰⁵. Mais on sait qu'une raison impérieuse d'intérêt général est soumise au respect du principe de proportionnalité, ce qui conduira en l'occurrence à n'accorder une protection au consommateur que lorsque celle-ci s'avère justifiée. Ce contrôle de proportionnalité sera alors décisif. C'est donc à l'issue d'une mise en balance entre l'objectif d'assurer la libre circulation au sein de l'Union, d'un côté, et celui d'assurer une protection aux consommateurs, de l'autre, que la place échue à la loi du pays de destination sera déterminée. Or l'harmonisation croissante des droits nationaux n'est certainement pas sans conséquences sur la mise en œuvre des tests communautaires en matière d'entraves.

B. L'incidence de l'harmonisation.

461. En droit de la consommation, le législateur communautaire a essentiellement recours à la méthode de l'harmonisation minimale en vue de rapprocher les droits nationaux. La doctrine s'est interrogée sur l'impact de cette harmonisation sur la mise en œuvre de l'article 5 de la convention de Rome.¹²⁰⁶ Elle conduit en effet à tenir les lois nationales pour équivalentes, permettant ainsi de faire jouer le concept de reconnaissance mutuelle. C'est donc la comparaison entre les avantages respectifs procurés par les deux lois en concours qui permettra de déterminer la mesure de l'infléchissement des règles de conflit. Or cette comparaison peut se concevoir de différentes manières. On peut en effet s'attacher à comparer

WATT, « Les fondements économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, vol. 307, p. 25, spéc. p. 177, note 439.

¹²⁰⁴ Sur ce point, V. les développements *infra*, n° 642.

¹²⁰⁵ L'objectif de protection des consommateurs a d'ailleurs été érigé en raison impérieuse d'intérêt général dans l'arrêt *Cassis de Dijon* qui a inauguré le concept. Sur ce point, V. les développements *supra*, n° 106. Et sur cet arrêt, plus généralement, V. n° 95 et s.

¹²⁰⁶ A propos de l'incidence du droit communautaire en particulier sur le droit international de la consommation, V. L. GANNAGE, art. préc. note 1129. L'auteur soulève « la question de savoir si, dans la réglementation des contrats transfrontières de consommation qui se développent au carrefour des Etats membres de l'Union, la règle de conflit protectrice n'est pas appelée à subir un certain recul dans les domaines couverts par l'harmonisation ». *Op. cit.*, spéc. p. 441.

point par point les législations en concours ou au contraire privilégier une approche globale. L'arrêt *Mazzoleni* enseigne que le droit communautaire a plutôt tendance à privilégier une approche globale, moins protectrice de la partie faible. Or si l'harmonisation minimale est considérée comme fondant une équivalence entre les lois respectives des Etats membres, on peut se demander si le jeu des dispositions impératives protectrices prévues à l'article 5 de la convention de Rome ne risque pas d'en être paralysé.

462. L'harmonisation minimale se traduit, concrètement, par l'insertion, dans certaines directives, de clauses autorisant expressément les législateurs nationaux, dans le cadre du processus de transposition, à renforcer la protection des consommateurs. C'est ainsi, par exemple, que l'article 14 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance¹²⁰⁷ prévoit que « *(l)es Etats membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. Ces dispositions comprennent, le cas échéant, l'interdiction, pour des raisons d'intérêt général, de la commercialisation sur leur territoire par voie de contrats à distance de certains biens ou services, notamment des médicaments, dans le respect du traité.* »¹²⁰⁸

Ce type de clause n'autorise pas *ipso facto* les Etats membres à revendiquer l'application d'une norme plus protectrice du consommateur puisqu'elles réservent tout le respect du traité. La question se pose en revanche de savoir si une partie peut être privée de la protection supplémentaire accordée par la loi de son pays de résidence si ce dernier est allé au-delà du seuil minimal de protection au motif que la loi du pays d'origine assurerait par hypothèse une protection suffisante au consommateur. A notre sens, dans une telle hypothèse, le franchissement du test de proportionnalité permettant d'assurer la conformité de l'application de la règle en cause aux libertés communautaires s'impose. A cette occasion, le juge communautaire se livrera à une analyse approfondie de la norme nationale invoquée au titre

¹²⁰⁷ JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19-27. Pour de plus amples développements sur cette directive et les autres directives consoméristes, en particulier leur portée en droit international privé, V. *infra*, n° 508 et s.

¹²⁰⁸ V. aussi not. la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (JOCE n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12-16). Selon son article 8.2, « *Les Etats membres peuvent adopter ou maintenir en vigueur, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité pour assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur.* » L'art. 11 de la directive « *timesharing* » (directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou plusieurs biens immobiliers, JOCE n° L 280 du 29 octobre 1994, p. 83-87) comporte une formule similaire.

de l'intérêt général et ce n'est que si celle-ci assure une protection réelle supplémentaire qu'elle pourra, le cas échéant, être appliquée.

463. Des auteurs ont envisagé la question des rapports entre libertés communautaires et droit des rapports transfrontières de consommation au sein de l'Union. Ils mettent en évidence l'incidence de l'harmonisation communautaire croissante en la matière.

Ainsi M. GRUNDMANN¹²⁰⁹, en se basant sur l'analyse économique du droit, a proposé un système réglant les rapports entre exigences communautaires et le conflit de lois en droit de la consommation transfrontière. Il part du constat que dans le dilemme entre maintien de la diversité ou rapprochement des législations, le législateur communautaire a choisi une voie médiane puisqu'il a recours à l'harmonisation dite minimale. Ce choix, pour l'auteur, paraît justifié d'un point de vue économique. Il traduit une volonté d'optimiser l'ensemble des avantages et inconvénients des règles centralisées et décentralisées dans un système plurilégislatif tel que la Communauté¹²¹⁰. Cette optimisation débouche sur la liberté offerte aux consommateurs de choisir de s'adresser à un opérateur proposant des produits plus avantageux mais une protection moindre. Or pour le fonctionnement même du système, l'analyse économique conduit à empêcher l'Etat d'accueil d'imposer le surplus de protection permis le cas échéant par la directive.

Concrètement, raisonnant à partir des directives qui posent seulement une exigence minimale, l'auteur préconise le recours à des règles de conflit intracommunautaires propres au domaine harmonisé. L'intérêt d'un tel corps de règles de conflit autonomes, adaptées aux exigences de la construction communautaire, serait de renforcer la sécurité juridique et de permettre d'aboutir au marché intégré. Les directives peuvent en effet être transposées différemment selon les Etats membres. Les résultats (tels que prévus par la directive) devant être atteints peuvent par ailleurs nécessiter une interprétation. Partant de ces constats, M. GRUNDMANN aborde essentiellement deux hypothèses¹²¹¹ : celle où la loi de transposition ne respecte pas le seuil requis par la directive ; il envisage ensuite le sort qu'il convient de réserver au surplus de protection.

S'agissant de la première hypothèse, l'auteur distingue deux cas de figure. Lorsqu'il n'est pas nécessaire d'interpréter la directive, il faut interpréter le droit national en conformité avec la

¹²⁰⁹ « Internal Market Conflict of Laws : from Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 5.

¹²¹⁰ *Op. cit.*, spéc. p. 21/22.

¹²¹¹ *Op. cit.*, spéc. p. 22 et s.

directive (en vertu de ce que l'auteur nomme l' « effet indirect »¹²¹²) ; mais ce mécanisme est impossible lorsque le législateur national a volontairement mal transposé la directive. Dans ce cas, il faut recourir aux mécanismes de mise en œuvre de sa responsabilité. Lorsqu'il est nécessaire d'interpréter la directive, les Etats membres devraient saisir la Cour de justice d'une question en interprétation.

En ce qui concerne l'hypothèse du surplus de protection accordé par la directive, il faudrait empêcher l'Etat d'accueil d'invoquer une raison impérieuse d'intérêt général (contrairement au domaine non harmonisé) lui permettant d'imposer le surplus de protection conféré par sa législation. Toutefois, l'auteur admet une exception à ce système lorsque le législateur communautaire a lui-même, dans l'instrument d'harmonisation en cause, octroyé des compétences à l'Etat d'accueil¹²¹³.

464. Indépendamment de l'analyse économique, Mme Ana Quiñones Escamez, envisageant les conséquences de l'harmonisation des droits nationaux sur la mise en œuvre de l'article 5 de la convention de Rome dans le cadre de la réflexion menée dans la perspective d'un reformatage de cette convention en règlement communautaire¹²¹⁴, a suggéré de modifier l'actuel article 5 de telle sorte que le consommateur ayant sa résidence habituelle dans un Etat membre ne puisse plus invoquer les dispositions davantage protectrices en vigueur dans cet Etat contre le professionnel établi dans un autre Etat membre dans le domaine harmonisé par les directives. Cependant, la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles ne reprend pas cette solution.

C. L'orientation du droit international privé communautaire.

465. La proposition généralise l'application de la loi en vigueur dans le pays de résidence habituelle du consommateur. Est ainsi confortée l'idée selon laquelle l'actuel article 5 se concilierait avec les exigences du marché intérieur. Cette orientation du droit international privé communautaire révèle que la préoccupation essentielle du législateur est d'assurer la sécurité juridique, et non de systématiquement favoriser les professionnels en leur permettant de tirer les avantages (en termes de coûts des transactions) qu'ils peuvent escompter de l'application d'une loi unique à l'ensemble de leurs contrats. C'est du moins ce qui ressort très nettement de l'exposé des motifs de la proposition, qui justifie le choix de la solution par

¹²¹² *Op. cit.*, spéc. p. 19.

¹²¹³ *Op. cit.*, spéc. p. 25.

¹²¹⁴ *V. infra*, n° 583 et s.

le souci d'éviter le dépeçage induit par l'actuel article 5, qui est préjudiciable à la sécurité juridique¹²¹⁵.

Par ailleurs, il en ressort que le législateur communautaire a entendu procéder à un équilibre des intérêts en présence puisque la généralisation du facteur de rattachement au pays de résidence habituelle du consommateur a été considérée comme étant la seule solution « compatible avec le haut niveau de protection du consommateur exigé par le Traité »¹²¹⁶. Il a eu également à l'esprit les données économiques puisqu'y est expliqué que le professionnel peut « répartir les coûts liés à l'étude d'un autre droit sur un grand nombre d'opérations »¹²¹⁷.

Reste que la proposition ne nous semble pas affranchir la loi désignée par l'article 5 des tests communautaires en matière d'entraves. C'est dire que les tests en matière d'entraves, notamment l'examen de proportionnalité, devront être passés avec succès par la loi nationale. La question se pose donc de savoir dans quelles circonstances la protection du consommateur pourrait paraître justifiée pour le droit communautaire. La jurisprudence de la Cour de justice fournit des indications à cet égard.

§ II : L'enseignement de la mise en œuvre des « tests communautaires ».

466. L'examen de la jurisprudence communautaire dans le domaine du droit de la consommation transfrontière au sein de l'Union fait apparaître des similitudes entre le contrôle opéré par la Cour de justice sur les lois du pays d'accueil dans le cadre du détachement des travailleurs et celui qu'elle opère notamment sur les lois du pays d'importation de marchandises qui entendent assurer le respect de règles régissant les conditions de commercialisation des produits ou encore leur étiquetage.

Pléthores sont les décisions concernant de près ou de loin le droit de la consommation. Par-delà la variété des contextes d'intervention du juge communautaire en la matière, le point commun entre toutes les mesures nationales en cause¹²¹⁸ concerne leur application territoriale. Hormis les dispositions de droit public¹²¹⁹, on songe tout particulièrement en ce domaine aux

¹²¹⁵ V. l'exposé des motifs, spéc. point 4.2, v. « article 5 ». Pour de plus amples développements sur la proposition de règlement « Rome I » et en particulier l'article 5, V. *infra*, n° 607 et s. et 642 et s.

¹²¹⁶ *Op. cit., loc. cit.*

¹²¹⁷ *Ibidem.*

¹²¹⁸ Puisque l'on sait que le droit communautaire est indifférent à la branche juridique à laquelle les normes nationales objets du contrôle appartiennent.

¹²¹⁹ C'est à cette catégorie que l'on peut rattacher, par exemple, les normes en cause dans la jurisprudence sur l'ouverture des magasins le dimanche. V. not. l'arrêt de la Cour de justice du 16 décembre 1992, *Council of the City of Stoke-on-Trent et Norwich City Council contre B & Q plc.*, (aff. C-169/91) où l'on peut lire que « (...) les réglementations nationales qui restreignent l'ouverture des magasins le dimanche constituent l'expression de certains choix, tenant aux particularités socio-culturelles nationales ou régionales. » Ici, le concept de raison

lois de police. C'est en effet, avant même la substance de la mesure en cause, son application territoriale qui paraît d'emblée constituer, au moins potentiellement, une entrave aux échanges. Ainsi, si cet aspect ne ressort pas clairement de la lecture des décisions (aussi bien d'ailleurs de la part des juges nationaux que communautaire), il n'en demeure pas moins que cette application territoriale revêt une importance toute particulière dans le cadre de l'examen auquel se livre la Cour de justice.

Les normes qui seront examinées ici, qui relèvent de la méthode des lois de police ou du droit public selon les catégories des Etats membres, sont d'application territoriale et poursuivent à la fois un objectif de protection des consommateurs et un autre but qui relève d'une conception normative de l'ordre public, en ce sens qu'elles n'exigent pas seulement un résultat substantiel, mais imposent également les moyens pour y parvenir. Par exemple, les lois françaises imposant obligatoirement l'usage de la langue française en matière d'étiquetage des produits visent non seulement la protection des consommateurs, mais également la protection de la langue française. On comprend, s'agissant de ce dernier objectif, que le seul moyen d'y parvenir est de faire respecter intégralement la norme en cause ; en revanche, en ce qui concerne l'objectif de protection des consommateurs, d'autres procédés pourraient être concevables : ainsi, on pourrait se contenter d'exiger que d'une manière ou d'une autre, le consommateur soit en mesure de comprendre les informations se rapportant au produit qu'il s'apprête à acquérir. En raison de leur double dimension, l'examen de l'appréhension de ces normes par le droit communautaire est particulièrement intéressant. Il permet en effet de positionner son approche au regard des distinctions entre ordre public normatif/finaliste d'une part et ordre public de protection/de direction d'autre part. Ainsi, il fournira des repères en vue de faire le départ entre le type de normes auquel le droit communautaire semble s'opposer et celui dont il semble s'accommoder.

La jurisprudence relative à la publicité (A) puis celle se rapportant aux réglementations nationales imposant l'emploi d'une langue déterminée dans l'étiquetage des produits (B) serviront de support à l'analyse de l'appréhension, par le juge communautaire, des dispositions nationales touchant au droit de la consommation.

A. La jurisprudence relative à la publicité.

467. La Cour de justice a eu à se prononcer sur la conformité, au regard des exigences communautaires en matière de libre circulation des marchandises, de lois nationales posant

impérieuse d'intérêt général se rapproche davantage d'une « réserve de souveraineté », bien que la Cour ait réfuté un tel rapprochement. Elle admet ainsi qu' « (i)l appartient aux États membres d'effectuer ces choix dans le respect des exigences découlant du droit communautaire, et notamment du principe de proportionnalité. » V. spéc. point 11.

certaines interdictions en matière de publicité. De fait, on peut considérer que si un opérateur établi dans un Etat membre se voit opposer, par l'Etat d'importation, certaines interdictions d'application territoriale touchant aux modes de commercialisation des produits ou à la publicité, il subit une gêne par rapport aux producteurs locaux. Ces dispositions nationales poursuivent souvent un double objectif : celui d'assurer la protection des consommateurs (qui relève d'un ordre public de protection) et celui de lutter contre la concurrence déloyale (qui relève d'un ordre public de direction). Dans les affaires *GB-Inno-BM*¹²²⁰, *Pall*¹²²¹ et *Yves Rocher*¹²²²¹²²³, les juges nationaux ont implicitement appliqué la règle de conflit désignant la loi du marché affecté, - en l'occurrence, la loi du for -, au titre de loi de police.

468. Dans l'affaire *GB-Inno-BM*, une société belge exploitait des supermarchés sur le territoire belge, notamment près de la frontière belgo-luxembourgeoise. Elle avait fait distribuer des dépliants publicitaires sur les territoires belge et luxembourgeois. Cette pratique étant prohibée au Luxembourg par un règlement concernant la concurrence déloyale (qui prévoit notamment que les offres comportant une réduction de prix ne doivent ni indiquer la durée de l'offre ni faire référence aux anciens prix), la société belge a dû comparaître devant les juridictions luxembourgeoises. La Cour fut saisie d'une question préjudicielle portant sur la compatibilité de la législation luxembourgeoise avec les dispositions du traité touchant à la libre circulation des marchandises. Les autorités luxembourgeoises faisaient valoir que la réglementation en cause visait à assurer la protection des consommateurs et que par conséquent, elle ne pouvait être condamnée. La Cour rappelle alors qu'effectivement, un tel objectif constitue une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave à la libre circulation des marchandises. Mais, menant une analyse minutieuse de la législation en cause, elle substitue sa propre conception en matière de protection des consommateurs à celle du législateur luxembourgeois. Elle estime en effet que l'information du consommateur participe efficacement à sa protection et condamne dès lors la législation luxembourgeoise qui empêchait ceux-ci d'avoir accès à certaines informations touchant à la durée d'offres spéciales et aux anciens prix.

469. Dans l'affaire *Pall*, un concurrent opérant sur le marché allemand s'opposait à la distribution, en Allemagne, d'un produit importé d'Italie et portant la marque « Miropore® », laquelle était déposée en Italie mais non protégée en Allemagne. La législation allemande sur

¹²²⁰ Arrêt du 7 mars 1990, aff. C-362/88, *Rec.*, p. I-667. Sur cet arrêt, V. notamment G. TURPEL, *Rev. europ. dr. cons.* 1991, p. 96 ; *JDI* 1991, p. 464, note C.-J. BERR.

¹²²¹ Arrêt du 13 décembre 1990, *Pall Corp. c/ P.J. Dahlhausen & Co.*, aff. C-238/89, *Rec.*, p. I-4827.

¹²²² Arrêt du 18 mai 1993, aff. C-126/91, *Rec.*, p. I-2361.

¹²²³ Sur ces trois arrêts, V. H. DUINTJER-TEBBENS, « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *RCDIP* 1994, p. 451-481, spéc. p. 461 et s.

laquelle se basait le demandeur interdisait notamment les indications trompeuses sur l'origine des marchandises. Selon lui, en effet, l'indice ® pouvait faire croire aux consommateurs, à tort, que la marque était protégée en Allemagne. La Cour a estimé qu'une telle interdiction pouvait contraindre le titulaire de la marque italienne à aménager de façon différente la présentation de ses produits dans les Etats autres que celui de l'enregistrement, et par conséquent, relevait de l'article 30 (28) du traité. Elle précise que ni des motifs de protection des consommateurs, ni le souci d'une concurrence loyale n'exigeaient impérativement l'interdiction, en Allemagne, de la mention ® sur le produit importé. En particulier, substituant sa propre conception de la protection des consommateurs à celle du législateur national, elle estime que ceux-ci « *sont davantage intéressés aux qualités du produit qu'au lieu du dépôt de la marque* »¹²²⁴. Elle en déduit que l'application de la règle nationale litigieuse à l'utilisation du ®, « importé » avec le produit, est injustifiée. En matière de publicité, la Cour de justice avait déjà, dans l'arrêt *Oosthoek*¹²²⁵, estimé que la contrainte, pour une entreprise, d'adapter ses campagnes, son système de publicité ou de promotion de vente en fonction des marchés sollicités, était susceptible d'entraver les importations. Dès lors, une telle mesure relève de l'article 30 (28), même si elle s'applique indistinctement aux produits nationaux et importés.

470. Dans l'affaire *Yves Rocher*, une filiale allemande de la société française Yves Rocher vendait par correspondance en République fédérale d'Allemagne des produits cosmétiques fournis par la société mère et fabriqués pour la plupart en France. La publicité de ces produits, conçue par la société mère de manière uniforme pour les différents États membres concernés, était diffusée dans des catalogues et prospectus de vente. Dans le cadre de son activité de vente, la filiale allemande a diffusé un prospectus qui indiquait notamment, à côté de l'ancien prix barré, le nouveau prix de ces produits, inférieur au précédent. Estimant qu'une telle publicité consistant à comparer d'anciens prix avec de nouveaux prix de façon « accrocheuse » était contraire à la législation allemande alors en vigueur, une association de défense des consommateurs assigna la société Yves Rocher devant les juridictions allemandes. La Haute juridiction saisie du litige interrogea la Cour de justice sur la compatibilité de cette législation allemande avec l'article 30 TCE (ancien). Après avoir dit pour droit qu'une telle interdiction était susceptible de restreindre les importations de produits d'un État membre à l'autre et constituait dès lors une mesure d'effet équivalent au sens de l'article 30 du traité, la Cour rappelle qu'une telle restriction doit néanmoins être acceptée

¹²²⁴ Point 19.

¹²²⁵ Arrêt du 15 décembre 1982, aff. 286/81, *Rec.*, p. 4575, point 15.

« (...) dans la mesure où la réglementation en cause est indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés et peut être justifiée comme étant nécessaire pour satisfaire à des exigences impératives tenant, entre autres, à la défense des consommateurs ou à la loyauté des transactions commerciales »¹²²⁶. A l'occasion de la vérification de la proportionnalité de la mesure en cause à l'objectif poursuivi, la Cour se livre à un examen très minutieux de celle-ci, au cours duquel elle en apprécie notamment l'efficacité, c'est-à-dire l'aptitude à atteindre l'objectif poursuivi. Ainsi, elle relève « (...) qu'une interdiction du type de celle en cause (...) s'applique dès lors que les comparaisons de prix, qu'elles soient exactes ou non, captent le regard. Ainsi, cette interdiction ne s'applique pas aux comparaisons de prix qui ne sont pas accrocheuses. En l'espèce, la publicité n'est pas interdite à cause de sa prétendue fausseté, mais parce qu'elle est accrocheuse. Il s'ensuit que toute publicité accrocheuse utilisant les comparaisons des prix est interdite, qu'elle soit vraie ou fausse. »¹²²⁷ Elle ajoute que « (...) l'interdiction en cause va au-delà des exigences requises par l'objectif poursuivi dans la mesure où elle affecte des publicités dénuées de tout caractère trompeur contenant des comparaisons de prix réellement pratiqués, lesquelles peuvent être fort utiles pour permettre au consommateur de réaliser ses choix en pleine connaissance de cause. »¹²²⁸ Ce faisant, elle substitue sa propre conception des modalités de protection des consommateurs à celle retenue par le législateur allemand. Enfin, la Cour relève que d'autres moyens moins restrictifs des échanges étaient envisageables en vue de parvenir à l'objectif de protection des consommateurs poursuivi par le législateur allemand.

471. La lecture des décisions qui précèdent laisse apparaître qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer si c'est la réglementation matérielle nationale qui est condamnée ou bien si c'est le fait, pour l'opérateur, de devoir se conformer à une législation autre que celle à laquelle il s'est soumis. En réalité, les deux facteurs tiendront une place, mais c'est surtout le champ d'application spatial de la norme qui sera décisif pour la condamner.

Par ailleurs, l'examen du contrôle mené par la Cour de justice sur les législations en cause fait ressortir qu'à l'instar de ce que l'on a observé en droit du travail, c'est uniquement en tant qu'elle poursuit un objectif de protection que l'application de la norme du pays d'importation peut être tolérée, mais encore faut-il qu'elle passe avec succès le test de proportionnalité. Elle se livre en effet à un examen très minutieux des législations nationales en cause. Son approche concrète et fonctionnelle la conduit à les corriger uniquement au regard des exigences du droit

¹²²⁶ Point 12.

¹²²⁷ Point 16.

¹²²⁸ Point 17.

communautaire. Au besoin, elle substitue sa propre conception en matière de protection des consommateurs à celle retenue par les juges nationaux. C'est dire que l'approche de la Cour, dans toutes ces décisions, est finaliste, en ce sens qu'elle s'intéresse à un résultat concret, en l'occurrence la protection des consommateurs. Ce même constat résulte de l'analyse de la jurisprudence sur le contrôle des législations nationales imposant l'emploi d'une langue déterminée en matière d'étiquetage des produits, appliquées en tant que lois de police.

B. La jurisprudence relative à la langue utilisée en matière d'étiquetage.

472. La jurisprudence communautaire relative à l'emploi d'une langue déterminée dans l'étiquetage des produits permet de confirmer l'idée selon laquelle les normes poursuivant une pluralité d'objectifs ne seront admises à s'appliquer qu'en tant qu'elles poursuivent un objectif de protection des consommateurs. Ainsi sera condamnée la norme qui, sous le couvert d'assurer une certaine protection aux consommateurs, a en réalité pour objectif principal de protéger la langue nationale, objectif que l'on peut rattacher à un ordre public culturel¹²²⁹. Cette solution s'est imposée avant le « revirement *Keck* » et n'a pas été démentie depuis.

473. Dans l'arrêt *Piageme*¹²³⁰ du 18 juin 1991, la Cour de justice devait se prononcer sur la compatibilité d'une disposition belge transposant l'article 14, alinéa 2 de la directive 79/112¹²³¹ concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires avec cette dernière. Ce texte imposait aux États membres d'interdire sur leur territoire le commerce de ces produits si certaines mentions ne figurent pas "*dans une langue facilement comprise par les acheteurs, sauf si l'information de l'acheteur est assurée par d'autres mesures*". La *Piageme*, ainsi que plusieurs sociétés, importent et distribuent diverses eaux minérales en Belgique à la société Peeters, établie dans la région linguistique flamande de ce pays où elle

¹²²⁹ L'expression est empruntée à Y. LEQUETTE, note sous Cass., soc., 19 mars 1986, *RCDIP* 1987, p. 554, spéc. p. 556.

¹²³⁰ Aff. C-369/89, *Rec.* p. I-2971 ; *D.* 1991, *IR*, p. 195.

¹²³¹ Directive 79/112/CEE du Conseil, du 18 décembre 1978, relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard (*JOCE* 1979, L 33, p. 1), modifiée par la directive 97/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 1997 (*JOCE* n° L 43 du 14/02/1997, p. 21). L'article 14, al. 2 de la directive 79/112/CEE, qui était au cœur du litige, a été supprimé par la directive 97/4/CE, tandis qu'un nouvel art. 13 *bis* rédigé en ces termes y est inséré : « 1. Les États membres veillent à interdire sur leur territoire le commerce des denrées alimentaires pour lesquelles les mentions prévues à l'article 3 et à l'article 4 paragraphe 2 ne figurent pas dans une langue facilement comprise par le consommateur, sauf si l'information du consommateur est effectivement assurée par d'autres mesures, qui sont déterminées selon la procédure prévue à l'article 17, pour une ou plusieurs mentions d'étiquetage. 2. L'État membre où le produit est commercialisé peut, dans le respect des règles du traité, imposer sur son territoire que ces mentions d'étiquetage figurent au moins dans une ou plusieurs langues qu'il détermine parmi les langues officielles de la Communauté. 3. Les paragraphes 1 et 2 ne s'opposent pas à ce que les mentions d'étiquetage figurent en plusieurs langues. »

met en vente ces eaux minérales en bouteilles étiquetées uniquement en français ou en allemand. Les entreprises importatrices estimaient, en particulier, que les dispositions belges de transposition de la directive, exigeant que les mentions réglementaires portées sur les étiquettes devaient être libellées au moins dans la langue ou les langues de la région linguistique où les denrées alimentaires étaient mises en vente, n'avaient pas été respectées. De son côté, la société Peeters fit valoir l'incompatibilité de la réglementation belge avec l'article 30 (28) du traité CEE et l'article 14, alinéa 2 de la directive en cause. Interprétant ce texte, la Cour estime que « *(l)a seule obligation [qu'il impose] est (...) d'exclure du commerce les produits dont l'étiquetage n'est pas aisément compréhensible pour l'acheteur plutôt que de fixer l'emploi d'une langue particulière.* »¹²³² Elle se réfère ensuite aux motivations de la directive, telles que résultant de ses trois premiers considérants, desquels il ressort, selon elle, que l'article 14, alinéa 2 « *visé en particulier à supprimer les différences qui existent entre les dispositions nationales et qui entravent la libre circulation des produits.* »¹²³³ Dès lors, elle estime qu'imposer une obligation plus stricte que celle de l'emploi d'une langue facilement comprise, comme par exemple le recours exclusif à la langue de la région linguistique en méconnaissant la possibilité d'assurer l'information du consommateur par d'autres mesures excède les exigences de la directive et est également contraire à l'article 30 (28) TCE.

474. A la suite de l'affaire *Piageme*, la Commission a rédigé une communication interprétative concernant l'emploi des langues pour la commercialisation des denrées alimentaires¹²³⁴. Elle témoigne d'une volonté de sa part de trouver un juste équilibre entre les exigences liées à la réalisation du marché intérieur, d'un côté, et l'objectif de protection des consommateurs, de l'autre.

La Commission explique, dans un premier temps, que l'obligation, imposée par certains législateurs nationaux, d'utiliser la ou les langue(s) officielle(s) du pays de commercialisation génère une entrave, au moins potentielle, aux échanges, principalement en raison des coûts de traduction ainsi mis à la charge des importateurs. Elle délimite ensuite les champs respectifs d'application du traité (l'article 30 devenu article 28 TCE) et de la directive 79/112/CEE. Alors que cette dernière est applicable aux denrées alimentaires destinées à être vendues en l'état au consommateur final, c'est-à-dire sans devoir subir de manipulations, l'article 30 (28), de son côté, vise les transactions entre producteurs, importateurs, grossistes et revendeurs au

¹²³² Point 13.

¹²³³ Point 15.

¹²³⁴ V. COM (1993) 532 final du 10 novembre 1993, *JOCE* n° C 345 du 23 décembre 1993, p. 3.

détail, lorsque ceux-ci procèdent à une dernière manipulation du produit ou de son emballage, y compris l'étiquetage.

Dans cette communication, la Commission opère ensuite une distinction selon ces deux situations. En amont de la vente au consommateur final, l'emploi obligatoire d'une langue déterminée constitue une entrave aux échanges qui n'est pas justifiable dans la mesure où les opérateurs économiques soit maîtrisent la langue de leurs partenaires commerciaux, soit peuvent exiger de leurs fournisseurs, dans le cadre de leurs relations contractuelles, que ceux-ci leur communiquent toutes les informations jugées utiles et nécessaires. En revanche, au stade de la vente au consommateur final, l'emploi d'une langue déterminée peut être justifié par l'objectif de protection des consommateurs, dès lors que les critères retenus pour déterminer quelle(s) langue(s) peu(ven)t être employée(s) respectent le principe de proportionnalité, c'est-à-dire ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif poursuivi.

La Commission s'efforce aussi de préciser ce que recouvre l'expression « langue facilement comprise » par les consommateurs (figurant à l'article 14, al. 2 de la directive 79/112/CEE). Elle estime que cette notion « *doit être laissée à l'appréciation des Etats membres et qu'une langue officielle de l'Etat de commercialisation est en principe une langue qui garantit une bonne compréhension de l'étiquetage pour le consommateur* ». La Commission précise également les conditions et limites de l'emploi obligatoire de la ou des langue(s) officielle(s). Elle donne ainsi, à titre indicatif, quelques exemples de situations dans lesquelles l'Etat de destination de la marchandise doit admettre l'utilisation d'une langue autre que la ou les langue(s) officielle(s) : lorsque l'étiquetage comporte des termes et expressions étrangers facilement compréhensibles de par leur ressemblance orthographique avec la ou les langue(s) officielle(s) ; lorsqu'il comprend des termes intraduisibles ou ne trouvant pas d'équivalent dans la ou les langue(s) officielle(s) de l'Etat membre de commercialisation du bien, ou encore lorsque les termes et expressions utilisés pour l'étiquetage sont généralement connus du consommateur.

Ces exemples témoignent à notre avis, globalement, d'une conception large de la « langue facilement comprise » par le consommateur. Parmi ceux-ci, seul le second (qui concerne l'hypothèse des expressions intraduisibles) nous semble réellement justifier l'obligation, pour l'Etat de destination, d'admettre l'utilisation d'une autre langue que la ou les langue(s) officielle(s). Au contraire, le premier exemple donné dans la communication (qui recouvre l'hypothèse des expressions étrangères facilement compréhensibles en raison de leur ressemblance orthographique avec celles de la langue nationale) ne nous semble pas à même

d'assurer efficacement la protection des consommateurs. En effet, la ressemblance orthographique des expressions entre différentes langues est parfois trompeuse. De « faux amis » ne sont pas à exclure. Quant au dernier exemple (qui concerne les termes et expressions généralement connus des consommateurs), il nous paraît vague. Si l'on en admet une conception stricte, qui semble toutefois interdite par l'adverbe « généralement », il paraît se recouper avec le second ; si l'on en retient une conception large, plus fidèle à la lettre de la communication, alors le terme « généralement » laisse une brèche ouverte dans la protection du consommateur, laquelle passe par une information appropriée relative notamment aux biens qu'il convoite d'acquérir.

475. Plus tard, la Cour de Luxembourg a précisé, dans la même affaire *Piageme*, mais dans un arrêt du 12 octobre 1995¹²³⁵, que l'article 14, alinéa 2 de la directive 79/112, selon lequel la langue utilisée pour l'étiquetage doit être facilement comprise par les acheteurs, s'opposait à ce qu'un État membre impose l'utilisation de la langue dominante de la région dans laquelle le produit est mis en vente, même si l'utilisation simultanée d'une autre langue n'est pas exclue. En revanche, dans l'arrêt *Goerres*¹²³⁶ du 14 juillet 1998, la Cour dit pour droit que ce texte ne s'opposait pas à une réglementation nationale qui prescrit, en ce qui concerne les exigences linguistiques, l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, dès lors qu'elle permet également, à titre alternatif, l'utilisation d'une autre langue facilement comprise par les acheteurs.

476. Indépendamment de la directive en cause dans les affaires précitées, dans l'arrêt *Colim*¹²³⁷, la Cour de justice a l'occasion de préciser clairement sa position en ce qui concerne la compatibilité, au regard du droit communautaire, des lois nationales imposant l'utilisation de langues déterminées en matière d'étiquetage. Elle était saisie en l'espèce notamment de

¹²³⁵ Aff. C-85/94, *Rec.* p. I-2955. La Cour de justice fut en effet saisie une seconde fois notamment par la *Piageme*, qui prétendait que la réponse de la Cour à la question préjudicielle qui avait été posée dans le cadre de la procédure précédente ne permettait pas d'affirmer avec certitude que la disposition litigieuse était incompatible avec le droit communautaire, en particulier parce que, selon elle, contrairement à ce que la Cour semblait estimer, le législateur belge n'impose pas l'usage exclusif de la langue ou des langues de la région où le produit est mis en vente. La question initialement posée fut alors précisée : il était question de savoir si le législateur national pouvait imposer, pour l'étiquetage des produits, l'usage obligatoire mais non exclusif de la langue officielle de la région où les produits sont mis en vente lorsque les consommateurs de cette région comprennent aussi facilement une ou plusieurs autres langues. Par ailleurs, la Cour fut invitée à préciser le sens de l'expression « langue facilement comprise » par l'acheteur employée dans la directive en cause. Enfin, elle devait préciser les critères devant être pris en compte par le législateur national pour déterminer le sens de l'expression « information par d'autres mesures », qui, selon l'article 14, al. 2 de la directive 79/112/CEE, assure à l'acheteur une information analogue à celle offerte par les mentions rédigées dans une langue facilement comprise par cet acheteur.

¹²³⁶ Aff. C-385/96, *Rec.*, p. I-4431.

¹²³⁷ CJCE, 3 juin 1999, aff. 33/97, *Rec.*, p. I-3175.

deux questions préjudicielles à ce sujet. La première concernait l'hypothèse où le législateur communautaire a adopté une mesure d'harmonisation complète en matière d'exigences linguistiques à propos d'un produit déterminé ; la seconde visait l'hypothèse où une telle mesure n'existe pas. S'agissant de cette dernière hypothèse, la Cour estime que « *les États membres peuvent adopter des mesures nationales exigeant que les mentions figurant sur [des produits importés] soient libellées dans la langue de la région dans laquelle les produits sont vendus ou dans une autre langue aisément compréhensible pour les consommateurs de cette région, à la condition que lesdites mesures nationales soient indistinctement applicables à tous les produits nationaux et importés et soient proportionnées au but de protection des consommateurs qu'elles poursuivent. Ces mesures nationales doivent notamment être limitées aux mentions auxquelles l'État membre attribue un caractère obligatoire et pour lesquelles l'emploi d'autres moyens que leur traduction ne permettrait pas d'assurer une information des consommateurs appropriée.* »¹²³⁸ En revanche, lorsqu'il existe une directive réalisant une harmonisation complète des exigences linguistiques applicables à un produit déterminé, les États membres ne peuvent imposer des exigences linguistiques supplémentaires¹²³⁹.

477. Les arrêts qui précèdent illustrent la politique restrictive de la Cour de justice en matière d'utilisation obligatoire de la langue nationale. Ils témoignent d'une volonté de sa part de se placer exclusivement sur le terrain de la protection des consommateurs, rejetant toute initiative, de la part des Etats, d'imposer le respect d'une norme visant à assurer la protection de la langue nationale, suivant une attitude « protectionniste », relevant d'une approche normative de l'ordre public.

Dès lors, la solution donnée par la Cour dans l'affaire *Geffroy*¹²⁴⁰, si elle a pu irriter certains¹²⁴¹, n'est pas surprenante. La règle française de transposition de la directive¹²⁴² en cause disposait que les mentions d'étiquetage requises par la réglementation en vigueur devaient être facilement compréhensibles et rédigées en langue française. La Haute Juridiction rappelle dans cette décision que les articles 30 du traité et 14 de la directive 79/112 s'opposent à ce qu'une réglementation nationale impose l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit

¹²³⁸ Point 44.

¹²³⁹ Point 34.

¹²⁴⁰ CJCE, aff. C-366/98, *Rec.* 2000, p. I-6579 ; *D. aff.* 2001, *Jurisp.*, p. 1458, note critique J.-M. PONTIER.

¹²⁴¹ V. not. la note de J.-M. PONTIER préc. note précédente.

¹²⁴² Article R. 112-8 du code de la consommation (ancien article 4 du décret n° 84-1147.)

assurée par d'autres mesures.¹²⁴³ La solution vient donc démentir la position adoptée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, pour qui l'obligation d'utiliser la langue française paraissait compatible avec le principe de libre circulation des marchandises¹²⁴⁴. M. PONTIER regrette que la solution de la Cour conduise à une remise en cause de la protection des consommateurs. L'auteur dénonce la « fausse protection » et même un « recul de la protection »¹²⁴⁵ du consommateur que le droit communautaire s'attache pourtant soi-disant à protéger. Il estime en effet que la Cour de justice, dans la mise en balance entre l'objectif d'assurer la liberté de circulation des marchandises et celui de protéger le consommateur, fait prévaloir le premier objectif.

Pour notre part, si nous comprenons parfaitement la logique de la Cour, consistant à « traquer » les législations poursuivant un objectif relevant d'un ordre public de direction en ce que celles-ci sont susceptibles de heurter les libertés fondamentales, il faut reconnaître que sa position est un peu extrême et peu réaliste. En effet, en tout cas à raisonner à partir de la France, il faut bien reconnaître que le moyen le plus efficace en vue d'assurer l'information, et donc la protection des consommateurs, est certainement d'imposer l'utilisation de la langue française sur les emballages des produits mis en vente. On éprouve en effet des difficultés à concevoir en quoi peuvent consister les « autres mesures » permettant d'assurer l'information du consommateur ou encore quelle langue autre que le Français paraît, en raisonnant de façon réaliste, aisément comprise par les Français.

Cependant, il faut préciser que l'article 14, alinéa 2 de la directive 79/112/CEE en cause notamment dans les affaires *Piageme* et *Geffroy* a été remplacé par un texte qui permet à l'Etat membre sur le territoire duquel les produits sont commercialisés, dans le respect des règles du traité, d'imposer que les mentions d'étiquetage prévues par la directive « *figurent au moins dans une ou plusieurs langues qu'il détermine parmi les langues officielles de la Communauté* »¹²⁴⁶. Reste que la Cour de justice semble retenir une lecture stricte de ce type de disposition.

¹²⁴³ Le législateur français a, depuis cette décision, complété, par un décret du 1^{er} août 2002, l'article R 112-8 du code de la consommation en cause par le texte suivant : « *Les mentions de l'étiquetage prévues par le présent chapitre peuvent figurer en outre dans une ou plusieurs langues* ».

¹²⁴⁴ V. Cass., crim., 14 nov. 2000, *JCP éd. G* 2001, n° 10525, note DREYER.

¹²⁴⁵ Note de J.-M. PONTIER préc. note 1240, spéc. p. 1463-1464.

¹²⁴⁶ Art. 13 *bis*, paragraphe 2 de la directive 97/4/CE modifiant l'article 14, al. 2 de la directive 79/112/CEE. V. l'intégralité du texte reproduit *supra*, note 1231.

478. Ainsi, dans l'affaire *Hans Schwarzkopf*¹²⁴⁷, la question préjudicielle soumise à la Cour portait sur l'interprétation de la directive 76/768/CEE du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques¹²⁴⁸, telle que modifiée par la directive 93/35/CEE du Conseil, du 14 juin 1993¹²⁴⁹, laquelle impose aux États membres d'apposer obligatoirement certaines mentions sur des produits cosmétiques dans un souci de protection de la santé des consommateurs. Plus précisément, elle exige que ces mentions figurent sur l'emballage ainsi que sur le récipient lui-même. L'article 7 de cette directive autorise expressément les États membres à exiger qu'un certain nombre de mentions rendues obligatoires soient « *libellées au moins dans leur(s) langue(s) nationale(s) ou officielle(s)* ». La société Schwarzkopf commercialisait des produits visés par la directive. Les mentions requises n'étaient pas reproduites exactement aux endroits prévus par celle-ci. Seules des indications sommaires figuraient sur l'emballage, en plusieurs langues, et un renvoi était fait à une notice introduite dans l'emballage. Une organisation de défense des intérêts économiques des entreprises engagea une action en justice contre la société Schwarzkopf, aux fins d'interdire à cette dernière la commercialisation de ses produits ne respectant pas les exigences de la directive. Ecartant, en l'espèce, la qualification de « modalité de vente » au sens de la jurisprudence *Keck* (dans la mesure où l'opérateur, en raison de la législation nationale, est contraint de modifier le récipient ou l'emballage du produit), la Cour de justice estime que « *des exigences linguistiques nationales telles que celles autorisées par l'article 7, paragraphe 2, de la directive 76/768 modifiée constituent une entrave au commerce intracommunautaire dans la mesure où les produits concernés doivent être pourvus, selon la langue ou les langues prescrites dans l'État membre de commercialisation, d'un étiquetage différent, ce qui entraîne des frais supplémentaires de conditionnement.* »¹²⁵⁰ Cependant, elle considère que l'entrave est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, en l'occurrence, la protection de la santé publique. Il ressort de cette décision qu'une législation nationale imposant l'utilisation de la langue nationale ne sera admise au regard des exigences communautaires qu'en tant qu'elle poursuit un autre objectif que celui de la protection de la langue nationale, en l'occurrence, la protection de la santé publique.

479. Les arrêts qui précèdent fournissent des indications intéressantes sur l'appréhension du droit de la consommation par le droit communautaire. En effet, les législations en cause

¹²⁴⁷ CJCE, 13 septembre 2001, aff. C-169/99, *Rec.*, p. I-5901.

¹²⁴⁸ *JOCE* L 262, p. 169.

¹²⁴⁹ *JOCE* L 151, p. 32.

¹²⁵⁰ Point 39.

étaient d'authentiques lois de police d'application territoriale. Or la Cour, dans le cadre du contrôle qu'elle effectue, substitue à une approche normative de l'ordre public une approche finaliste liée à l'objectif de protection des consommateurs lorsqu'elle reconnaît que cet objectif constitue une raison impérieuse d'intérêt général permettant de justifier une entrave aux échanges. Elle mesure ensuite la compatibilité de la norme nationale exclusivement à l'aune de cet objectif. D'une certaine manière, la Cour est amenée à faire le départ entre les « vraies » lois de police et les dispositions impératives protectrices. Ainsi, le juge condamnera les normes nationales qui, sous le couvert d'un objectif de protection, imposent un domaine d'application impérialiste, selon une approche relevant de l'ordre public de direction (éventuellement économique, mais également culturel). Comme le note M. DUINTJER-TEBBENS à propos de l'arrêt *GB-INNO-BM*, celui-ci « *comporte en quelque sorte un « démasqué » du véritable motif (à savoir, probablement, la protection des classes moyennes nationales contre les « géants » nationaux ou étrangers du commerce de détail), motif d'ordre économique qui serait contraire à la conception d'un marché intérieur.* »¹²⁵¹ En somme, c'est à une correction, un ajustement du domaine spatial de la norme en cause en fonction de l'objectif de protection des consommateurs qu'appelle la Cour¹²⁵².

480. Conclusion de la section II - L'appréhension des lois de police nationales par le droit communautaire est riche d'enseignements. Elle permet en effet de comprendre qu'il s'oppose souvent aux lois de police relevant de l'ordre public de direction et correspondant à une approche normative de l'ordre public, tandis qu'il admet parfaitement qu'elles poursuivent un objectif de protection d'intérêts privés, suivant une approche finaliste. C'est du moins ce qui semble ressortir de l'analyse du contrôle communautaire en droit de la consommation. Le même constat avait été fait à propos du droit du travail.

Mais le droit communautaire n'admet pas pour autant l'application inconditionnelle de dispositions impératives (au sens du droit interne) en vigueur dans le pays d'importation de la marchandise. En effet, quand bien même la disposition en cause permettrait d'assurer un surplus de protection au consommateur, elle ne sera pas pour autant systématiquement admise à être appliquée. La Cour s'efforce en effet de parvenir à un équilibre, apprécié concrètement,

¹²⁵¹ Art. préc. note 1223, spéc. p. 462.

¹²⁵² V. en ce sens A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245 ; spéc. p. 254, n° 31, note 237. Selon l'auteur, « (l)'intérêt du contrôle de proportionnalité communautaire est qu'il permet au juge, en vertu du principe de primauté, d'écarter le critère de rattachement qui serait prévu, même explicitement, par le texte national, lorsque celui-ci n'est pas en relation avec l'objectif d'intérêt général poursuivi. »

entre les exigences relatives aux grandes libertés et la nécessité d'assurer une protection à certaines parties. A cet égard, on a fait remarquer qu'« (e)ntre deux lois susceptibles de s'appliquer au contrat transfrontière de consommation, le droit communautaire ne désigne pas nécessairement la plus favorable à la partie faible, comme le ferait le droit international privé, il peut donner compétence à celle qui, tout en lui offrant une protection suffisante, permet de préserver l'effectivité des libertés de circulation. »¹²⁵³

A l'instar de ce qui a été observé en droit du travail, l'empreinte laissée par le droit communautaire sur les méthodes du droit international privé touchant à l'ordre public en droit de la consommation traduit, au plan des méthodes, la recherche d'un équilibre entre l'impératif visant à assurer l'effectivité des grandes libertés et le souci d'assurer un certain niveau de protection aux consommateurs.

Conclusion générale du chapitre II - Bilan sur les rapports entre droit communautaire d'un côté et lois de police et dispositions impératives protectrices de l'autre.

481. Le contexte communautaire fait ressortir toutes les « tares » des lois de police. En effet, on a vu que les règles de conflit de principe étaient conformes aux exigences communautaires. C'est donc la particularité des lois de police, en particulier leur caractère réfractaire à l'universalisme, qui les condamne au regard des exigences du droit communautaire. Les lois de police paraissent donc particulièrement inadaptées à la construction communautaire. Reflets d'un ordre public normatif, elles constituent inévitablement de potentiels obstacles à l'exercice des libertés de circulation au sein de l'Union. Il n'est donc pas surprenant que des tensions surgissent entre l'ordre communautaire et les droits nationaux spécialement en ce qui les concerne. Il s'agit d'un conflit de « pouvoir »¹²⁵⁴ dont l'issue résulte de la confrontation entre la norme nationale et l'ordre public « proprement communautaire ».

Conscient de cette incompatibilité entre le contexte communautaire et la théorie des lois de police, le groupe européen de droit international privé a suggéré de tempérer l'article 7 de la convention de Rome en ces termes : « *Il ne peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un Etat membre que dans la mesure où leur application ne constitue pas une entrave injustifiée aux libertés de circulation instituées par le traité.* »¹²⁵⁵ Une telle solution contribuerait à rendre plus lisible l'incidence du droit communautaire sur le droit international

¹²⁵³ V. L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mélanges J. CALAIS-AULOY, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 421-445, spéc. p. 443.

¹²⁵⁴ Sur cette idée, V. E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire » in (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz actes, 2004, p. 117-143, notamment p. 119.

¹²⁵⁵ V. le site www.drt.ucl.ac.be/gedip. V. aussi RCDIP 2000, p. 929.

privé.¹²⁵⁶ Pourtant, la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles ne contient pas une telle précision. Mais même à défaut, la solution s'impose incontestablement et a d'ailleurs été affirmée en des termes très nets par la Cour de justice dans l'arrêt *Arblade*. En effet, après y avoir donné une définition des lois de police empruntée à FRANCESKAKIS, la Cour précise que « *(l)'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire* »¹²⁵⁷.

Un arrêt de la cour d'appel de Colmar¹²⁵⁸ du 18 février 2004 illustre parfaitement la mise en œuvre de ce principe. En effet, l'arbitrage auquel procède la Cour de justice entre libertés communautaires et protection des consommateurs s'impose naturellement aux juges nationaux. En l'espèce, la cour a procédé à une vérification exemplaire de la compatibilité des solutions nationales résultant du jeu des règles du droit international privé avec le principe d'interdiction des entraves. La prétendue loi de police se rapportant au crédit immobilier (la loi Scrivener) y est soumise à un certain nombre de tests à l'occasion desquels est vérifié, notamment, son caractère spécifiquement protecteur. Selon la cour d'appel, en effet, « (...) *il convient de rechercher si l'application de la loi Scrivener ne se heurte pas à la libre*

¹²⁵⁶ En faveur de la solution, V. not. E. PATAUT: « Lois de police et ordre juridique communautaire » préc. note 1254, spéc. p. 130. M. BERGE, pour sa part, suggère plutôt l'insertion, dans les instruments de droit dérivé adoptés dans les domaines dans lesquels l'incidence du droit communautaire sur le droit international privé se fait ressentir, d'une clause non équivoque précisant la portée de cette incidence. Il cite en ce sens notamment l'exemple de la directive relative au détachement temporaire des travailleurs dans le cadre de prestations de services au sein de l'Union. V. not. J.-S. BERGE, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », in *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, sous la dir. de J.-S. BERGÉ et M.-L. NIBOYET, éd. Bruylant, 2003, p. 206, spéc. p. 227/228. A vrai dire, nous pensons que les deux solutions ne sont pas exclusives l'une de l'autre. La rédaction de l'article 7.3 proposée par le groupe européen jouerait alors le rôle de clause générale, dont la portée pourrait être précisée ponctuellement par le législateur communautaire. En revanche, nous approuvons pleinement le reproche que l'auteur, avec beaucoup d'autres, adresse aux clauses ambiguës du type « marché intérieur ». V. *op. cit.*, spéc. p. 228. Sur ces clauses, V. *supra*, n° 235 et s.

¹²⁵⁷ Point 31.

¹²⁵⁸ *D. cah. aff.*, 2004, *act. jurispr.*, p. 1898, obs. V. AVENA-ROBARDET. Dans cette affaire, deux époux avaient souscrit, auprès d'une banque allemande, deux contrats de prêt immobilier garantis notamment par des hypothèques prises sur deux immeubles situés en France. Les contrats comportaient une clause d'*electio juris* au profit de la loi allemande ; il était cependant stipulé que le régime de l'hypothèque était soumis au droit français. En réponse aux demandes de remboursement adressées aux époux par l'établissement de crédit, ceux-ci l'assignèrent en annulation des contrats de prêt et, subsidiairement, ils réclamaient notamment la déchéance du droit aux intérêts. Selon eux, le droit français était applicable en l'espèce. Ils invoquaient en ce sens les articles 5 et 7 de la convention de Rome. Les premiers juges avaient estimé que l'article 5 ne s'appliquait pas en l'espèce. Par ailleurs, ils rejetèrent la qualification de loi de police à propos de la loi Scrivener. La Cour d'appel estima également que l'article 5 ne pouvait être appliqué, s'agissant en l'espèce d'un prêt immobilier. Mais sur le fondement de l'article 7.2, elle estime que la loi Scrivener de 1979 est une loi de police.

circulation des services et, notamment des « produits bancaires »¹²⁵⁹ ». A cette fin, elle met en œuvre les tests communautaires en matière d'entraves aux échanges. Elle estime alors « que (le) juge du for ne peut, en vertu de l'article 7 de la convention de Rome, appliquer les dispositions impératives de la loi du 13 juillet 1979 (...) que si elles sont non discriminatoires, si la loi applicable au contrat ne répond pas suffisamment à l'impératif de protection, si elles sont absolument nécessaires pour assurer la protection d'un consommateur avisé et si elles sont proportionnées à l'intérêt protégé ». Mettant en œuvre, dans cette affaire, ces différents tests, les juges du fond estiment que celui de non duplication n'était pas satisfait.

482. Si le droit communautaire ne s'accommode pas des lois de police *stricto sensu*, on pourrait émettre l'hypothèse selon laquelle il pourrait au contraire encourager la méthode des « dispositions impératives protectrices ». En effet, si le recours à cette méthode était systématisée, les Etats verraient moins la nécessité de mettre en œuvre la théorie des lois de police. La sécurité juridique en serait ainsi renforcée. Mais encore faut-il que ces règles bilatérales correspondent effectivement à une approche finaliste protectrice de l'ordre public et que la définition de leur domaine reflète bien un arbitrage entre l'objectif de protection des consommateurs et celui visant à assurer la libre circulation au sein de l'Union. C'est dire que l'approche communautaire de l'ordre public en droit international privé est originale.

Ce constat ressort particulièrement de l'examen de la directive concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, dont l'enseignement sur l'appréhension du concept d'ordre public en droit international privé par le droit communautaire est précieux, puisqu'elle met en évidence une catégorie de normes qui ne rentre ni dans la catégorie des lois de police au sens de l'article 7 de la convention de Rome, ni dans celle des normes en vigueur au lieu d'exécution habituel du travail (ou au lieu d'établissement de l'employeur) au sens de l'article 6, considérées en tant que socle minimal de protection du travailleur.

483. Cette originalité s'explique par la diversité des intérêts impliqués dans le processus d'intégration induit par la structure communautaire. Ce contexte met particulièrement bien en évidence une problématique inhérente au concept d'ordre public : dans la mesure où ce dernier concerne toutes les branches du droit, l'enjeu consiste à concilier divers impératifs parfois contradictoires et à rechercher un équilibre de telle sorte qu'un intérêt ne soit pas

¹²⁵⁹ V. la directive n° 89/646/CEE du Conseil du 15 décembre 1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice et modifiant la directive 77/780/CEE (2^{ème} directive bancaire), *JOCE* n° L 386 du 30 décembre 1989, p. 1.

systématiquement favorisé au détriment des autres. Le passage d'un projet purement économique à un projet plus ambitieux, qui s'est traduit pas une multiplication des compétences communautaires, en introduisant dans le champ des préoccupations communautaires des domaines dépassant largement la sphère purement économique, a eu pour effet d'investir le droit communautaire de cette difficile tâche consistant à parvenir à un équilibre entre divers impératifs.

L'originalité de l'approche communautaire en matière d'ordre public ne remet cependant nullement en cause le constat selon lequel le droit communautaire n'appelle pas un droit international privé spécifique. Cette originalité doit être englobée dans l'évolution du droit international privé. C'est dire qu'il faut envisager les rapports entre les deux matières sous l'angle de leur contribution respective à un perfectionnement des solutions actuelles du droit international privé des contrats.

Titre II : Les perspectives d'un perfectionnement des mécanismes du droit international privé en matière d'ordre public.

484. Les avantages du concept de « dispositions impératives protectrices » nous conduisent à vouloir rechercher notamment dans un élargissement de son domaine la voie d'un perfectionnement des mécanismes de droit international privé en matière d'ordre public. Un tel élargissement contribuera en effet à restreindre le domaine des lois de police dont les défauts sont accentués lorsque celles-ci apparaissent dans un instrument visant à unifier les règles de conflit de lois, à l'instar de la convention de Rome. En effet, la méthode présente notamment pour inconvénient de constituer un frein à l'harmonie internationale des solutions en permettant aux juges de déroger aux règles de conflit bilatérales uniformes insérées dans l'instrument. La démarche implique, on l'a vu, une distinction nette entre le mécanisme des lois de police d'un côté et celui des « dispositions impératives protectrices » de l'autre.

Or il nous semble que s'il est un domaine où cette distinction est particulièrement confuse, c'est en droit de la consommation. Et c'est précisément parce qu'actuellement, le droit des contrats transfrontières de consommation est en proie à des difficultés théoriques que son étude nous semble particulièrement intéressante en vue de rechercher, dans le cadre communautaire, un perfectionnement des mécanismes du droit international privé en matière d'ordre public.

485. Une première difficulté concerne la combinaison entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome. Le débat qui a surgi à ce sujet illustre au demeurant bien l'intérêt de l'extension du domaine des « dispositions impératives protectrices ». Car c'est finalement le souci de vouloir restreindre les dérogations au système de la convention, lequel permet d'atteindre l'harmonie internationale des solutions, qui conduit à vouloir rejeter l'idée de cumuler les deux textes. Reste que la jurisprudence notamment allemande atteste que cette impossibilité de cumul conduit à des résultats peu satisfaisants en termes de protection des consommateurs. Aussi, les partisans d'une application cumulative entre ces deux textes ont essentiellement en vue d'assurer la protection des consommateurs, sans être particulièrement favorables aux lois de police¹²⁶⁰. Dès lors, on comprend qu'une solution satisfaisante à ce problème du cumul consiste à étendre le domaine des dispositions impératives protectrices.

¹²⁶⁰ V. par ex. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La protection du contractant non professionnel », in J. CALAIS-AULOY et H. CAUSSE (sous la dir. de), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 71, spéc. p. 84. L'auteur écrit en effet que « (c)'est parce que la règle de conflit conventionnelle [i. e. l'article 5] ne permet pas une protection adéquate du consommateur (...) qu'elle mérite d'être délaissée au profit d'une loi de police ».

486. Cette solution s'impose d'autant plus que le législateur communautaire a pris conscience, depuis quelque temps déjà, des insuffisances de l'article 5 de la convention de Rome. Une seconde difficulté est en effet apparue, à partir des années 1990, lorsqu'il a commencé à insérer des dispositions dans certaines directives consuméristes, visant à assurer une certaine protection aux consommateurs. Or celles-ci ont généralement été considérées comme des lois de police, ce qui a conduit de nombreux législateurs nationaux à les transposer dans leur droit interne sous la forme de règles spéciales, souvent de texture unilatérale et sans concertation entre eux. Les résultats en ont été catastrophiques sur le plan de l'harmonie internationale des solutions. Ils ont porté par ailleurs atteinte à l'utilité même de la convention de Rome.

487. Mais, dès lors que le droit communautaire est compétent pour élaborer des règles de conflit de lois, il devient possible de prendre le mal « à la racine » et, au vu de l'expérience passée, trouver les remèdes adéquats permettant de protéger le consommateur transfrontière tout en préservant la sécurité juridique. A cette fin, le droit communautaire a tout à gagner à s'ouvrir aux méthodes éprouvées du droit international privé. En effet, la toute récente expérience du droit communautaire en droit international privé montre que celui-ci a du mal à se détacher de l'unilatéralisme du droit primaire¹²⁶¹. Or il nous semble que la construction d'un droit international privé de source communautaire devrait s'inscrire dans l'évolution des solutions qui se sont dégagées progressivement et qui ont abouti, le 19 juin 1980, à la signature de la convention de Rome. Cette dernière a marqué, en effet, un net progrès dans la voie de l'universalisme qu'il serait regrettable de remettre en cause. Par ailleurs, cet instrument est parfaitement en mesure d'intégrer les exigences communautaires.

On le voit, les défis qui se présentent dans le cadre de la communautarisation prochaine de la convention de Rome en instrument communautaire sont de taille. C'est logiquement par une identification préalable des difficultés rencontrées en matière de contrats transfrontières de consommation (chapitre I) que les remèdes appropriés pourront y être apportés (chapitre II).

¹²⁶¹ V. *supra*, n° 254 et s.

Chapitre I : L'identification des difficultés concernant la protection du consommateur en droit international privé.

488. On l'a vu, le droit international du travail est une matière dans laquelle les juristes ont depuis longtemps pris conscience de l'hétérogénéité de l'ordre public et en particulier de la distinction entre le principe de faveur, qui appréhende le salarié individuellement, et le statut collectif des salariés pour lequel les lois de police semblent trouver leur place naturelle¹²⁶². Le droit de la consommation, quant à lui, ne semble pas être parvenu à ce degré de maturité. Il en résulte un usage excessif du concept de lois de police qui s'en trouve dénaturé, dans la mesure où de nombreux auteurs admettent désormais, notamment en droit de la consommation, qu'une loi de police n'intervienne qu'après la mise en œuvre de la règle de conflit ordinaire, si le résultat auquel celle-ci conduit ne procure pas à l'intéressé une protection jugée suffisante par le for. En droit communautaire, le célèbre arrêt *Ingmar*¹²⁶³ illustre bien la confusion entre ces deux concepts. Il nous semble pourtant que l'établissement d'une distinction nette entre les deux méthodes contribuerait à clarifier les règles du droit international privé des contrats touchant à l'ordre public, en assignant à chacune d'elles son domaine. Il en résulterait sans doute une résorption progressive des lois de police.

Il est par ailleurs intéressant de constater que si les juges ne semblent pas avoir éprouvé de difficultés particulières sur le principe du cumul entre les articles 6 et 7 de la convention de Rome, la combinaison entre les articles 5 et 7 de cette convention pose davantage de difficultés. Il est vrai que cette prise de conscience de la distinction précitée a été sans doute facilitée par la formulation même de la règle spéciale posée à l'article 6. En effet, contrairement à l'article 5, elle ne comporte pas de conditions particulières tenant notamment aux circonstances de la conclusion du contrat.

Et ce sont précisément la rigueur des conditions requises par ce texte, ainsi que les contours stricts de son domaine matériel qui sont essentiellement à l'origine du panorama déplorable que présente aujourd'hui le traitement juridique des contrats internationaux de consommation en particulier dans le cadre communautaire. En effet, aux problèmes théoriques entourant le débat relatif à la combinaison entre les articles 5 et 7 s'en est greffé un autre lorsque le législateur communautaire a commencé à insérer des règles spéciales dans certaines directives sectorielles visant à assurer une certaine protection aux consommateurs. Or l'on sait aujourd'hui que ces règles spéciales ne s'accommodent pas de la protection offerte aux

¹²⁶² V. *supra*, n° 362 et s.

¹²⁶³ CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Rec.*, p. I-9305. Sur cet arrêt, V. les développements *supra*, n° 397 et s.

consommateurs par l'article 5 de la convention¹²⁶⁴. Puisque les conditions de mise en œuvre de la protection conférée par le droit communautaire sont moins strictes que celles de l'article 5, le principe de primauté du droit communautaire conduit à écarter cette dernière au profit de ces règles spéciales. Partant, les Etats membres ont généralement créé des règles spéciales sous la forme de lois de police. C'est dire combien l'harmonie internationale des solutions vers laquelle tend la convention de Rome s'est trouvée menacée. En outre, l'intervention du législateur communautaire en droit de la consommation étant parcellaire - en ce sens qu'il n'envisage qu'un aspect du contrat ou un type de contrat bien déterminé -, la multiplication des dispositions particulières insérées dans des directives sectorielles a débouché sur un éclatement de la règle de conflit. Ce phénomène nous semble non seulement particulièrement nuisible à la sécurité juridique, mais en outre, c'est la cohérence même de la matière qui s'en trouve affectée.

Au fond, rétrospectivement, on constate que les problèmes qui viennent d'être identifiés partagent une origine commune. En effet, c'est notamment parce que le législateur communautaire a estimé que le domaine matériel ainsi que les circonstances requises par l'article 5 de la convention de Rome étaient trop restrictifs qu'il a élaboré des règles spéciales. C'est ce dont l'étude de la question de la combinaison entre l'article 5 de la convention de Rome et les autres textes relatifs à l'ordre public (section I) puis du phénomène d'éclosion de règles spéciales en droit communautaire dérivé (section II) permettra de rendre compte. Restera ensuite à dresser le bilan de ce qui précède (section III).

Section I : *La combinaison entre l'article 5 de la convention de Rome et les autres textes relatifs à l'ordre public.*

489. Bien que les articles 5 et 6 de la convention de Rome empruntent tous deux un système similaire mettant en œuvre le concept de « dispositions impératives protectrices », il n'en existe pas moins des dissemblances entre les deux matières. Ainsi, à la différence de l'article 6, l'article 5 de la convention de Rome¹²⁶⁵ tel qu'actuellement rédigé¹²⁶⁶ comporte un

¹²⁶⁴ V. l'arrêt CJCE, 9 septembre 2004, *Commission contre Espagne*, aff. C-70/03, *Rec.*, p. I-7999; *Europe* 2004, *comm.* n° 376, obs. L. IDOT ; *JDI* 2005, p. 819, note J.-S. BERGE et M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *RCDIP* 2005, p. 457, note Mathias AUDIT. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 541 et s.

¹²⁶⁵ Avant même que ne se pose la question de la mise en œuvre de l'article 5 de la convention de Rome, encore faut-il avoir résolu un autre problème. En effet, se pose la question de la combinaison de ce texte avec d'autres conventions internationales, en particulier la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur les ventes mobilières internationales. Celle-ci ne comporte aucune règle spéciale au profit du consommateur. La convention de Rome apparaissant comme générale par rapport à la convention de La Haye qui concerne la vente, en toute rigueur, cette dernière devrait primer dès lors que le contrat conclu par le consommateur est une vente, ce qui sera très souvent le cas. Se profile donc le risque de priver de toute portée l'article 5 si l'on fait prévaloir la convention de 1955. Toutefois, il est souvent fait référence à une déclaration commune d'interprétation adoptée à la 14^{ème}

domaine spatial ainsi qu'un domaine matériel clairement limités. Par ailleurs, si l'évolution des droits internationaux privés respectifs des Etats signataires de la Convention de Rome montrait qu'un consensus se dégagait sur la nécessité de protéger le salarié, tel n'était pas le cas en matière de contrats de consommation.¹²⁶⁷ Du moins, il n'existait pas de consensus entre les Etats membres sur les circonstances précises justifiant le recours à un dispositif protecteur du consommateur. Il en est résulté la rédaction d'un texte visant à assurer une protection minimale au consommateur dans des circonstances très précises. Mais depuis lors, la volonté d'assurer la protection des consommateurs en droit international privé a gagné progressivement du terrain et le domaine de l'article 5 de la convention de Rome s'est très vite avéré trop étroit en vue d'atteindre cet objectif.

session de la conférence de La Haye, qui indique que la convention de 1955 « *ne met pas obstacle à l'application, par les parties, de règles particulières sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs* ». En outre, l'article 5 vise spécifiquement un cas de vente de marchandises (par. 2). Généralement, la doctrine résout ce conflit de conventions au profit de la convention de Rome (V. not. C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ 2001, spéc. n° 279.)

¹²⁶⁶ Selon ce texte intitulé « Contrats conclus par les consommateurs », « 1. *Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.* 2. *Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle : - si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou - si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou - si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.* 3. *Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article.* 4. *Le présent article ne s'applique pas : a) au contrat de transport ; b) au contrat de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.* 5. *Nonobstant les dispositions du paragraphe 4, le présent article s'applique au contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement. »*

¹²⁶⁷ V. le projet abandonné de Convention de La Haye portant sur la loi applicable à certaines ventes aux consommateurs, *RCDIP* 1980, p. 909. Par ailleurs, M. LAGARDE explique que l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles (*RCDIP* 1973, p. 209) signé entre les six Etats fondateurs de la Communauté économique européenne ne comportait aucun texte spécial concernant la protection des consommateurs. V. « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 511, spéc. p. 513, n° 2. En outre, l'article 5 de la convention de Rome est apparu tard lors des négociations de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

La difficulté de dégager un consensus entre les Etats sur les circonstances générales justifiant une protection spéciale ne doit pas surprendre, tant il est particulièrement délicat de « cibler » les circonstances et les domaines dans lesquels le consommateur mérite protection. Pourtant, ce travail est nécessaire car il convient de trouver un délicat équilibre entre les intérêts bien compris des professionnels et ceux des consommateurs. En effet, favoriser ces derniers à tout prix risquerait d'aller à l'encontre des intérêts du commerce et notamment de la sécurité des transactions. En outre, une protection excessive risquerait de se retourner finalement contre ceux que l'on entend protéger car les professionnels devraient répercuter le coût de cette protection sur les prix des biens et des services qu'ils proposent.

De là est né un débat concernant la combinaison entre ce texte et les autres mécanismes généraux visant à assurer le respect de l'ordre public. En effet, dans la mesure où la convention de Rome consacrait un texte spécial à la protection des consommateurs, entendait-elle ainsi empêcher le jeu de ces mécanismes, en particulier les lois de police ? Une bonne compréhension du débat nécessite une présentation préalable du contexte juridique international dans lequel s'insère l'article 5 de la convention de Rome (§ I). Elle permettra de comprendre que le concept de « dispositions impératives protectrices » n'a pas été suffisamment exploité dans la convention de Rome. Or c'est essentiellement en raison du caractère restrictif de l'article 5 que le débat relatif au cumul entre les articles 5 et 7 de la convention a pu naître. Dès lors, après avoir rappelé les termes du débat (§ II), devra-t-on se contenter, pour l'heure, d'une lecture conciliatrice entre ces textes, dont les résultats, à défaut d'emporter notre satisfaction, nous semblent les plus convenables (§ III).

§ I : Le contexte juridique en matière de protection des consommateurs transfrontières.

490. Le droit des contrats transfrontières de consommation¹²⁶⁸ est très récent. Il s'est développé parallèlement à l'essor des rapports transfrontières de consommation depuis ces dernières décennies. L'élaboration progressive du marché commun a logiquement largement contribué à accélérer ce processus, si bien que les internationalistes n'ont pas eu le recul nécessaire en vue de théoriser la matière. Il en résulte que le traitement international des contrats de consommation comporte certaines zones d'ombre.

Ainsi si, en France, de nombreux auteurs semblent favorables au recours aux lois de police en vue de protéger les consommateurs, d'autres se montrent plus réservés. C'est dire que la nature des règles juridiques protectrices des consommateurs au regard de leur impérativité en droit international privé est sujette à discussions (A). La jurisprudence n'est pas non plus très claire sur ce point, en particulier depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome (B).

A. Les incertitudes concernant la nature des règles protectrices des consommateurs.

491. Si l'on considère le droit international privé comme étant le reflet du droit interne, on peut aisément comprendre les répercussions qu'y ont eu l'émergence, en droit interne, de préoccupations entourant la situation de certaines parties comme le salarié ou le consommateur. En vue d'assurer la protection de ce dernier, réputé en situation de faiblesse

¹²⁶⁸ V. not. M. FALLON, « Le droit des rapports internationaux de consommation », *JDI* 1984, p. 765 ; BUREAU (Hélène) : *Le droit de la consommation transfrontalière*, bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1999 ; DE MATOS (Anne-Marie) : *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

face à un professionnel, on a pu songer (dans un premier temps du moins) à recourir à une extension du domaine des lois de police.

Les incertitudes entourant la délimitation, à l'occasion de l'examen d'une norme, entre ce qui relève d'une dimension individuelle et ce qui relève de l'intérêt général expliquent qu'un certain nombre d'auteurs n'hésitent pas à revêtir du manteau des lois de police les lois consuméristes¹²⁶⁹. Ainsi, comme le fait remarquer M. RACINE, en matière de lois « consuméristes », « *(l)e marché est aussi indirectement sauvegardé. L'un des objectifs du droit de la consommation est de mettre en confiance le consommateur pour l'inciter à consommer. A la protection du consommateur, objectif immédiat, s'ajoute donc la nécessité d'assurer le bon fonctionnement et la pérennité du marché, objectifs médiats.* »¹²⁷⁰ C'est ainsi que d'après lui, « *aujourd'hui, une grande partie de la doctrine considère que les lois de protection des consommateurs relèvent de la méthode des lois de police* »¹²⁷¹.

Cette dernière remarque nous paraît devoir être nuancée. En effet, il nous semble que parmi les auteurs qui admettent une telle qualification, la plupart utilise le concept de loi de police en vue de désigner le contenu de la norme en cause et non la méthode des lois d'application immédiate. Ainsi, M. MAYER, tout en admettant le recours au concept de loi de police à propos des lois protectrices des consommateurs, admet que leur application puisse être subordonnée à leur caractère plus favorable (pour le consommateur) que la loi désignée normalement par la règle de conflit¹²⁷². De même, d'autres auteurs ont mis en évidence les limites de la méthode des lois de police en vue d'assurer la protection de la partie faible¹²⁷³.

En Allemagne, certains auteurs ont nettement pris position sur cette question de qualification. Ainsi, M. JUNKER exclut que les dispositions protectrices des consommateurs puissent relever de la catégorie des lois de police.¹²⁷⁴

¹²⁶⁹ V. par ex. : B. AUDIT, *Droit international privé*, 4^{ème} éd. 2006, Economica, spéc. n° 119, p. 100 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 1987, Masson, spéc. n° 653 ; M.-L. NIBOYET, *Jurisl. droit inter.*, fasc. 552-40, 1998, spéc. n° 46. Adde P. MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels* (dir. J. Ghestin et M. Fontaine), LGDJ, Paris, 1996, p. 513, spéc. p. 531 et s., n° 32 et s.

¹²⁷⁰ Note sous Cass., 1^{ère}, civ., 19 oct. 1999, *JDI* 2000, p. 328, spéc. p. 333.

¹²⁷¹ *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁷² V. l'art. préc. note 1269, n° 33, p. 531. Adde A. NUYTS, « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245.

¹²⁷³ V. F. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, not. n° 645.

¹²⁷⁴ L'auteur propose d'ailleurs d'insérer un paragraphe 3 à l'actuel article 7 de la convention de Rome, précisant qu'une disposition impérative qui régit impérativement une situation quelle que soit la loi applicable ne peut être considérée comme telle si elle ne poursuit que l'équilibre ou la protection d'intérêts privés. Pour que la méthode des lois de police de l'article 7 soit appliquée, il faut, selon l'auteur, que la norme en cause poursuive la protection d'intérêts essentiels de nature politique, économique ou sociale de l'Etat dont elle relève. L'auteur exclut donc de cette dernière catégorie les dispositions protectrices du consommateur. V. « *Empfiehl es sich,*

Le législateur précisant relativement rarement le domaine d'application nécessaire des lois consuméristes,¹²⁷⁵ il en résulte que ce sont essentiellement les juridictions qui sont amenées à « découvrir » les lois de police. Elles jouent donc un rôle essentiel au stade de la qualification des normes consuméristes ainsi que dans la délimitation du domaine des lois de police.

B. Applications jurisprudentielles.

492. La jurisprudence française s'est montrée favorable à un recours aux lois de police afin d'assurer la protection des consommateurs¹²⁷⁶. C'est ainsi que la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 octobre 1999¹²⁷⁷, a pris nettement parti pour la qualification de loi de police (du moins à propos d'un contrat conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de Rome) à propos de la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit. La formule de principe fut transposée au prêt immobilier par la cour d'appel de

Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren? », *IPRax* 2000, p. 65-73, spéc. p. 71 et 73. Expriment la même idée, V. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 4^{ème} éd. 2001, p. 479. L'auteur suggère de réécrire l'article 7 de la convention de Rome afin de préciser que ce texte ne peut s'appliquer en vue d'assurer notamment la protection d'intérêts purement privés ; il ne concernerait que la protection d'intérêts politiques, économiques ou sociaux de l'Etat. L'auteur exclut donc du domaine de ce texte les dispositions protectrices des consommateurs, lesquelles n'assureraient que de manière secondaire une fonction de régulation du marché. Ces deux références sont citées par S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, p. 448, note 1303.

¹²⁷⁵ Pour un exemple souvent cité en droit anglais, V. *l'Unfair Contract Terms Act* de 1977, prohibant notamment les clauses restrictives de responsabilité dans les ventes aux consommateurs, qui s'applique lorsque l'acquéreur résidait habituellement, au moment du contrat, dans ce pays, dès lors que les démarches essentielles à sa conclusion y ont eu lieu. Pour un ex. tiré du droit français, V. l'art. L 333-3-1, al. 1 du code de la consommation (L. n° 95-125 du 8 févr. 1995, art. 28) en matière de surendettement des particuliers: « *Les dispositions du présent titre s'appliquent également aux débiteurs de nationalité française en situation de surendettement domiciliés hors de France et qui ont contracté des dettes non professionnelles auprès de créanciers établis en France.* »

¹²⁷⁶ De fait, M. JUNKER a procédé à une étude de droit comparé portant sur la problématique de la protection des consommateurs en droit international privé. Il en ressort que la France se singularise par le sort favorable qu'elle semble réserver aux consommateurs. (V. *op. cit.*) Reste que la position de la Cour de cassation française n'est pas claire quant à la question de savoir si, depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome, les lois protectrices des consommateurs peuvent être considérées comme des lois de police, en raison de l'existence d'un texte spécial dans cette convention consacré précisément à la protection des consommateurs. V. *infra*.

¹²⁷⁷ *JDI* 2000, p. 328, note J.-B. RACINE ; *RCDIP* 2000, p. 29, note P. LAGARDE ; *D.* 2000, *cah. aff.*, juris. p. 765, note Mathias AUDIT. Antérieurement à cette décision, on peut citer un jugement du TGI de Dunkerque du 19 février 1986, quoique la qualification « loi de police » n'y apparaisse pas, *JDI* 1986, p. 713, note Ph. KAHN. La loi du 10 janvier 1978 a été appliquée à un acheteur français dans le cadre d'un contrat conclu avec un ressortissant belge au motif que « *la protection du consommateur par les lois de l'Etat sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle ne peut lui être refusée en vertu d'une loi étrangère, au moins lorsqu'il a été sollicité dans son pays* ». *Contra* (avant la décision de la Cour de cassation) : CA Nancy, 25 novembre 1992, *Les Petites Affiches* 1993, n° 117, p. 23, note F. CREDOT ; *Rev. Dr. bancaire* sept.-oct. 1993, p. 222, obs. F. CREDOT et Y. GERARD. Les juges du fond y refusèrent la qualification de loi de police à propos de la loi du 10 janvier 1978 sur le crédit à la consommation.

Colmar, dans une décision du 17 octobre 2001¹²⁷⁸. Dans un arrêt du 20 décembre 2001, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation semble s'être implicitement prononcée sur le caractère de loi de police de la loi du 8 février 1995 modifiée, relative au traitement des situations de surendettement des particuliers.¹²⁷⁹ La cour d'appel de Pau¹²⁸⁰, quant à elle, a qualifié la réglementation relative à l'usure de loi de police.

La Cour de cassation n'ayant finalement pas souvent l'occasion de se prononcer sur la question, ce sont les juges du fond qui sont amenés à y prendre position. Des divergences entre les juridictions ne sont donc pas à exclure. Et l'on connaît par ailleurs les inconvénients des lois de police en termes de sécurité juridique. Dans ces conditions, l'on est tenté de chercher une alternative à ce procédé. Précisément, la convention de Rome, en consacrant le concept de « dispositions impératives protectrices », pourrait bien fournir un instrument permettant de cantonner les lois de police. Celui-ci invite par ailleurs à revoir la qualification retenue majoritairement en doctrine à propos des lois visant à protéger les consommateurs.

Reste que ce concept, s'il n'est pas suffisamment exploité, risque de poser des problèmes de coordination notamment avec les lois de police. C'est précisément ce que l'on a observé dans le cadre de la convention de Rome.

§ II : Exposé du débat relatif à la combinaison entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome.

493. Loin d'apaiser les incertitudes entourant la qualification des normes protectrices des consommateurs, la convention de Rome lui a, non sans paradoxe, donné une ampleur inédite en édictant une règle spécialement conçue en vue d'assurer la protection des consommateurs. En effet, au lendemain de l'entrée en vigueur de la convention, une question a très vite surgi. Il s'agissait de savoir si, en consacrant un texte spécial à la protection des consommateurs, les auteurs de cette convention avaient entendu exclure la possibilité de recourir aux mécanismes plus généraux en matière d'ordre public (en particulier les lois de police). A ce sujet,

¹²⁷⁸ D. 2002, *somm. comm.*, p. 2932, obs. J. FRANCK. Le litige concernait un contrat de prêt en matière immobilière, conclu entre des époux français et une banque allemande antérieurement à l'entrée en vigueur de la convention de Rome (qui n'était donc pas applicable). Les juges du fond reprennent l'attendu de principe de l'arrêt du 19 octobre 1999 en le transposant à la loi française du 13 juillet 1979. *Contra* (bien que postérieur à la décision de principe) : TGI Strasbourg, 12 juin 2001, D. 2002, *somm. comm.*, p. 2932/2933, obs. J. FRANCK.

¹²⁷⁹ Inédit, pourvoi n° 01-04024. Au pourvoi qui invitait explicitement la Cour de cassation à se prononcer sur la qualification de loi de police de la disposition litigieuse, la Haute Juridiction, pour le rejeter, répond que « *la circonstance que la dette [litigieuse] résulterait d'un contrat de crédit soumis à une loi étrangère ne saurait faire obstacle à l'application de la loi du 8 février 1995 (...) dont les effets sont du même ordre que ceux d'une procédure collective en cas d'insolvabilité et qui s'imposent au même titre aux créanciers nationaux et aux créanciers étrangers* ».

¹²⁸⁰ D. 2002, *somm.*, 639, obs. H. SYNDET ; D. 2002, *somm.*, 2939, obs. FRANCK ; *RJDA* 2001, n° 939, p. 812.

l'impression générale est celle d'un panorama confus auquel viennent s'adjoindre les ambiguïtés jurisprudentielles. C'est ainsi qu'à la diversité des analyses de l'article 5 de la convention de Rome répond une variété de réponses quant à la question du cumul (A). Un tel tableau critiquable (B) ne saurait surprendre lorsque l'on sait que le régime juridique de la protection du consommateur international est en phase transitoire.

A. La diversité des thèses.

494. La doctrine n'est pas tout à fait unanime sur la question du cumul entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome (1). Le débat relatif à cette question a trouvé son prolongement en jurisprudence (2).

1. La doctrine.

495. En dépit de certaines nuances, on constate sommairement une divergence entre les partisans du cumul entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome (b) et ceux qui l'excluent (a), ces derniers étant minoritaires.

a) La thèse du refus du cumul.

496. En doctrine, plusieurs auteurs se sont prononcés sur la question du cumul. M. LAGARDE analyse l'article 5 comme « une clause spéciale d'application des lois de police »¹²⁸¹. M. MAYER semble rejoindre cette analyse¹²⁸².

L'auteur en tire les conséquences logiques. Il opère une distinction suivant que la situation juridique relève ou non du domaine matériel de l'article 5 de la convention de Rome. Si tel est le cas, M. LAGARDE estime que lorsque cette situation ne relève d'aucune des circonstances décrites à l'article 5.2, il est impossible de recourir à l'article 7 de la convention de Rome quand ce dernier conduit à désigner la loi du lieu de résidence du consommateur.¹²⁸³ En

¹²⁸¹ « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287, spéc. p. 316, n° 38, note 76. V. également *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, sous la dir. de J. GHESTIN, LGDJ 1990, p. 17 et s., spéc. n° 30 et s. (cité par P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La protection du contractant non professionnel », in *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 71 et s., spéc. p. 84). Toutefois, l'auteur déplore le caractère restrictif du domaine de l'article 5 de la convention de Rome. V. sa note sous Cour fédérale d'Allemagne du 19 mars 1997, *RCDIP* 1998, p. 610, spéc. n° 8. Par ailleurs, l'auteur admet aussi une analyse des articles 5 et 6 de la convention de Rome en tant que règles de conflit à coloration substantielle puisqu'il écrit que l'« (o)n rattache souvent (...) à cette catégorie des règles de conflit à fondement matériel certains rattachements impératifs. Ainsi, dans des domaines généralement laissés à l'autonomie de la volonté, la règle de conflit peut édicter un rattachement impératif auquel il ne peut être dérogé par les parties que dans un sens favorable à la partie que l'auteur de la règle de conflit veut protéger, par exemple le consommateur ou le travailleur ». V. « Le principe de proximité en droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, vol. 196, p. 9, spéc. p. 57, n° 41.

¹²⁸² « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, sous la direction de J. GHESTIN et M. FONTAINE, LGDJ, Paris, 1996, p. 511, spéc. p. 527, n° 23.

¹²⁸³ V. not., en dernier lieu, note sous l'arrêt Cass., 1^{ère} civ., 19 octobre 1999, *RCDIP* 2000, p. 29, spéc. p. 33 et s.

revanche, hors du domaine matériel de l'article 5 de la convention de Rome, pour lui, on peut songer à appliquer une loi de police en vue d'assurer la protection du consommateur.¹²⁸⁴

Les partisans du refus du cumul entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome¹²⁸⁵ mettent en avant un argument tiré de l'« effet utile », ou de la cohérence globale de la convention. Car si l'on admet qu'un consommateur non protégé par l'article 5 puisse néanmoins se prévaloir de l'article 7, l'article 5 se voit ôter tout intérêt puisqu'il serait possible, par le biais de l'article 7, du moins à raisonner à partir du droit français¹²⁸⁶, de protéger un consommateur en lui appliquant certaines lois en vigueur dans son pays de résidence. On pourrait même envisager que le consommateur n'entrant pas dans le domaine de l'article 5 soit mieux protégé que celui y entrant car il pourrait bénéficier de l'application de lois de police dont le facteur de rattachement ne correspondrait pas à la résidence habituelle du consommateur.¹²⁸⁷

Au contraire, admettre un cumul entre les articles 5 et 7 pourrait aussi aboutir à priver le consommateur du bénéfice d'une norme éventuellement plus favorable. En effet, la loi de police, par essence, empêche toute prise en considération du contenu d'autres dispositions avec lesquelles elle se trouverait en concours. Elle paralyserait, en quelque sorte, le jeu de l'article 5.¹²⁸⁸

b) La thèse en faveur du cumul.

497. En sens inverse, si l'on refuse de faire appel au mécanisme des lois de police, la protection du consommateur est très partielle, puisque tributaire des conditions requises par l'article 5. Par ailleurs, l'on ne peut se résigner à croire qu'alors que les auteurs de la convention, par l'initiative même qu'ils ont prise d'insérer une règle spéciale protectrice du

¹²⁸⁴ Cette opinion est clairement exprimée par l'auteur, en tout cas à propos du contrat de transport. Pour M. LAGARDE, en effet, « *la non application de l'article 5 à ce contrat doit laisser subsister le libre jeu de l'article 7, seul garde-fou pour le consommateur, étant entendu que les transporteurs ne se verront pas imposer par l'article 7 toutes les lois impératives de l'Etat du consommateur, mais seulement celles qui ont le caractère de loi de police.* » *Faisant clairement la distinction entre les dispositions impératives protectrices et les lois de police, il précise que ces dernières « (...) ne s'imposeront que si le contrat est territorialement dans leur champ d'application, défini par elles, unilatéralement, et non selon le procédé bilatéral de l'article 5.* » V. note sous Cour fédérale d'Allemagne, 19 mars 1997, *RCDIP* 1998, p. 610, spéc. p. 627. Estimant également que l'article 7 peut être appliqué en dehors du domaine matériel de l'article 5, V. P. MAYER, art. préc. note 1282, spéc. p. 533, n° 35.

¹²⁸⁵ Pour une opinion exprimée relativement tôt contre le cumul entre les articles 5 et 7 lorsque le contrat en cause entre dans le domaine matériel de l'article 5, V. D. LASOK et P. STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Professional Books Ltd, 1987, p. 378.

¹²⁸⁶ On a vu en effet que, par exemple, la loi du 10 janvier 1978 (aujourd'hui, art. L. 311-1 et s. du Code de la consommation), du moins de façon certaine avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome, s'appliquait dès lors que le consommateur avait sa résidence en France. De même, V. la réponse ministérielle du 25 février 1993 (*RCDIP* 1993, p. 362) relative au champ d'application dans l'espace de la législation française sur le surendettement, qui se montre favorable à ce rattachement.

¹²⁸⁷ L'hypothèse suppose que cette loi de police soit elle-même plus protectrice que la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur.

¹²⁸⁸ L'hypothèse est envisagée par M. LECLERC notamment. V. thèse préc. note 1273, spéc. n° 645.

consommateur, – et ayant par là même témoigné leur sollicitude à son égard – aient eu conscience des risques de régression (en termes de protection du consommateur) paradoxalement générés par l'élaboration d'un texte spécialement conçu pour protéger les consommateurs. En effet, si la convention de Rome n'avait comporté aucune clause en faveur du consommateur, cette protection aurait été mieux assurée, globalement, dans l'ensemble des Etats membres de l'Union.

C'est pourquoi d'autres auteurs semblent favorables à une mise en œuvre de l'article 7 même dans le cas du consommateur actif.¹²⁸⁹ M. RACINE prend ainsi nettement position sur cette question en estimant qu'il faut « (...) *appliquer à titre complémentaire l'article 7 dans tous les cas où les conditions de l'article 5 ne sont pas remplies et ce, même au profit des lois de police du lieu de résidence habituelle du consommateur.* »¹²⁹⁰. Il prône donc une protection du consommateur actif *via* le recours aux lois de police.

Les auteurs favorables à cette thèse avancent un certain nombre d'arguments. Selon une analyse textuelle, ils mettent en avant la place de l'article 7 qui est postérieur à l'article 5, mais antérieur à l'article 8 relatif au domaine de la loi du contrat.¹²⁹¹ Cet ordonnancement traduirait la volonté des négociateurs de la convention d'étendre le jeu de l'article 7 à l'ensemble des contrats visés par les articles précédents.¹²⁹² En outre, ils font valoir que les

¹²⁸⁹ V. par ex. H. GAUDEMET-TALLON, et *Jurisl. Europe*, fasc. 3201, 1996, spéc. n° 60 ; J.-M. JACQUET, *Rép. Inter. Dalloz*, v. « Contrats », 1998, spéc. n° 200. V. également, prenant position en faveur de la possibilité du cumul et dénonçant les conséquences néfastes découlant d'un refus d'appliquer l'article 7 de la convention de Rome en dehors des hypothèses visées à l'article 5, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mél. en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois 2005, p. 393, spéc. p. 408 et s., n° 32 et s. ; « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980) », *D.* 2006, *chron.*, p. 2464, spéc. p. 2468.

¹²⁹⁰ V. note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 octobre 1999 préc. note 1277, spéc. p. 339. C'est dire que l'auteur ne s'embarrasse pas de la distinction qui a pu être proposée en doctrine entre le consommateur passif et le consommateur actif, à propos de laquelle V. *infra*. De même, certains auteurs anglais semblent favorables à l'idée d'appliquer l'article 7 de la convention dans les cas où l'article 5 trouverait aussi à s'appliquer : V. DICEY and MORRIS, *The Conflict of Laws* (13th ed., 2000), p. 1294 : "There would appear to be no reason why an English court should not apply English mandatory rules in a case to which Article 5 applies, pursuant to Article 7.2 of the Convention." Traduction libre : il semblerait que rien ne saurait empêcher une juridiction anglaise d'appliquer, sur le fondement de l'article 7.2, des dispositions anglaises internationalement impératives à une situation entrant dans le domaine de l'article 5.

¹²⁹¹ C'est notamment l'analyse retenue par M. LECLERC, qui estime toutefois l'argument insuffisant. V. thèse préc. note 1273, spéc. n° 639.

¹²⁹² M. RACINE explique que « (...) l'article 7 est une disposition d'ordre général qui a vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses où une loi de police – même une loi de protection des consommateurs – revendique son application aux faits de l'espèce. L'article 7 ne réserve pas expressément les dispositions spéciales relatives au consommateur. Il a vocation naturelle à s'appliquer à tous les contrats. Si les conditions de l'article 5 ne sont pas remplies, il y a lieu de faire application du droit commun, c'est-à-dire non seulement des articles 3 et 4 mais aussi de l'article 7. » V. note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 octobre 1999 préc. note 1277, p. 339. L'auteur cite dans le même sens : M. FALLON, « Le droit des rapports internationaux de consommation », *JDI* 1984, p. 765, spéc. p. 825, n° 82 ; V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, GLN Joly, p. 328, n° 745 ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ 1993, p. 340 et s., n° 307 et s. ; E.

articles 5 et 6 se présentent comme des exceptions aux articles 3 et 4 de la convention et non à l'article 7 qui permet aux Etats contractants de déroger, s'ils l'estiment nécessaire, à l'ensemble des règles de la convention¹²⁹³. Un argument également convaincant consiste à se référer au rapport Giuliano-Lagarde, duquel il ressort que l'article 7.2 permettant aux juges de faire application des lois de police du for, trouvait sa justification dans le souci de certaines délégations de sauvegarder l'application de règles impératives touchant notamment à la protection du consommateur.¹²⁹⁴

Il faut par ailleurs reconnaître que le refus du cumul pourrait aboutir à des inégalités de traitement difficilement justifiables selon les contrats en cause. Il confère un enjeu tout particulier à la qualification du contrat en cause, en particulier aux conséquences qui en découlent quant au choix de la convention applicable au cas d'espèce. Soit un contrat de consommation entrant dans le domaine de la convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation du 14 mars 1978. Cette dernière prévoit bien le jeu des lois de police (article 16). En revanche, elle ne contient aucun texte correspondant à l'article 5 de la convention de Rome. Il s'ensuit que le consommateur partie à ce contrat pourra éventuellement bénéficier du jeu de lois de police, alors que tel ne sera pas le cas des consommateurs parties à d'autres types de contrats, pour lesquels seul sera admis, le cas échéant, le jeu de l'article 5. Ainsi, paradoxalement, le consommateur partie à un contrat d'intermédiaire pourra, le cas échéant, bénéficier d'un régime plus protecteur qu'un consommateur partie à un contrat relevant de la convention de Rome qui contient pourtant un texte visant spécifiquement à assurer la protection du consommateur. La solution semble

JAYME et Ch. KOHLER, « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome, *RCDIP* 1995, p. 1, spéc. p. 21.

¹²⁹³ V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 », art. préc. note 1289, spéc. n° 32, p. 408 : « *Par leur généralité, les termes de l'article 7 montrent qu'est préservée dans son ensemble la liberté des Etats parties de mettre en œuvre [des] politiques législatives impératives dérogeant, pour ce qui est de leur applicabilité dans l'espace, aux règles conventionnelles (y compris aux articles 5 et 6, nullement réservés* » (souligné dans le texte).

¹²⁹⁴ V. rapport Giuliano-Lagarde préc., *JOCE* n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1-50, spéc. p. 27-28.

admise par M. LAGARDE¹²⁹⁵, qui se réfère notamment au rapport explicatif de la convention de La Haye de 1978¹²⁹⁶. Il nous semble qu'elle illustre un inconvénient du refus du cumul.

A ces arguments, on peut en ajouter un autre. En effet, l'ensemble des auteurs semble approuver (en tout cas ne pas rejeter) l'idée d'appliquer une loi de police hors du domaine matériel de l'article 5 de la convention de Rome, selon ses propres critères. Dès lors, si ces derniers diffèrent de ceux énoncés à l'article 5, on est tenté de considérer qu'*a fortiori*, la protection du consommateur doit être étendue lorsque la situation relève du domaine matériel de l'article 5. C'est dire que la distinction entre domaines matériel et spatial peut facilement être dépassée. Enfin, M. RACINE s'appuie sur l'interprétation selon lui « *la plus vraisemblable* »¹²⁹⁷ de l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 octobre 1999. C'est que la jurisprudence n'est pas claire sur la question.

2. La jurisprudence.

498. Aux incertitudes doctrinales (concernant en particulier les conditions requises pour admettre le cumul entre les articles 5 et 7) viennent s'ajouter la position équivoque de la Cour de cassation française sur cette question depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome ainsi que la division des juridictions allemandes amenées à se prononcer sur cette question. En effet, à l'occasion notamment des affaires dites de la « Grande Canarie », certains juges du fond allemands ont accepté d'appliquer l'équivalent de l'article 7 de la convention de Rome¹²⁹⁸ à des situations n'entrant pas dans le domaine matériel de l'article 5 de cette convention.¹²⁹⁹ D'autres, en revanche, s'y refusèrent.

Dans une première série d'affaires, des touristes passaient leurs vacances aux Canaries. Ils y avaient été invités à une excursion dans l'île de la Grande-Canarie par une société espagnole.

¹²⁹⁵ V. sa note sous l'arrêt Cass., 1^{ère} civ., 12 juillet 2005, *RCDIP* 2006, p. 94, spéc. p. 99, n° 8. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond au visa de l'article 5.3 de la convention de Rome. Cependant, l'affaire concernait un contrat de courtage matrimonial entrant dans le champ d'application de la convention de la Haye. Cette dernière, en tant que *lex specialis*, aurait certainement dû être appliquée au lieu et place de la convention de Rome. V. en ce sens P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. p. 97 et s., n° 6 et s. L'espèce ne permet pas d'illustrer, concrètement, un cas d'inégalité de traitement ayant résulté de l'application de la convention de Rome plutôt que de celle de la convention de La Haye, puisque la situation entrait bien dans le domaine de l'article 5 de la convention de Rome. Cependant, elle permet d'en envisager l'éventualité.

¹²⁹⁶ M. LAGARDE explique ainsi (*op. cit.*, *loc. cit.*) que le rapport explicatif de M. KARSTEN mentionne les dispositions impératives protectrices du consommateur. Sont visées notamment « (*l*)es dispositions destinées à protéger la partie la plus économiquement faible à un contrat – notamment la réglementation relative aux contrats d'adhésion ou la législation qui protège les consommateurs (...) » V. *Actes et Documents de la treizième session*, t. IV, *Contrats d'intermédiaires*, p. 378 et s., spéc. n° 91.

¹²⁹⁷ Note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 octobre 1999 préc. note 1277, p. 341.

¹²⁹⁸ On sait que le législateur allemand a intégré la convention de Rome dans son EGBGB. L'article 29 reproduit l'article 5 de la convention de Rome, tandis que l'article 34 concerne les lois de police.

¹²⁹⁹ Telle a été, notamment, la position adoptée par l'*Oberlandesgericht* (cour d'appel) de Celle dans un arrêt du 13 fév. 1996, *DZWIR* (1) 1996, p. 299, note MANKOWSKI, p. 273. V. l'extrait reproduit à la *RCDIP* 1998, p. 612.

Au cours du voyage, ils avaient été fortement sollicités par cette société de commander divers objets de literie qui devaient leur être livrés à leur retour en Allemagne par une société allemande agissant pour le compte de la société espagnole. Le contrat comportait une clause de choix en faveur de la loi espagnole. Dans une seconde série d'affaires, des touristes allemands étaient démarchés sur place et très fortement incités à souscrire un contrat d'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un appartement de vacances. Le contrat comportait notamment une clause de renonciation par l'acquéreur à l'exercice de tout droit de rétractation ainsi qu'une clause de choix du droit de l'Ile de Man. De retour dans leur pays, les touristes allemands ont entendu exercer le droit de rétractation que leur conférait le droit allemand, mais non, à l'époque, les lois espagnole et de l'Ile de Man. A cette fin, ils ont notamment invoqué l'article 5 de la convention de Rome. Les tribunaux allemands se sont divisés sur la question de la combinaison de ce texte avec l'article 7.

Dans une décision du 19 mars 1997, la juridiction suprême allemande¹³⁰⁰ s'est prononcée sur la question de la combinaison entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome. Appelée uniquement à se prononcer sur la seconde série d'affaires, elle a estimé que l'article 5 n'avait pas vocation à s'appliquer dans les circonstances de la cause. La Cour allemande explique en effet que ce texte concerne uniquement les contrats de fournitures de marchandises ou de services, mais ne s'applique pas aux immeubles donc au *timesharing*.

Par ailleurs, quand bien même cette exclusion n'avait pas lieu d'être (comme c'était le cas dans la première série d'affaires), les circonstances dans lesquelles les contrats avaient été conclus ne coïncidaient avec aucune de celles envisagées à l'article 5. En effet, les propositions faites aux « victimes » l'avaient été sur leur lieu de vacances et non en Allemagne, la commande avait été reçue en ce lieu et l'excursion organisée en vue d'inciter les consommateurs à acheter l'avait été à partir de l'Ile de la Grande-Canarie. Ainsi, pour la Cour fédérale allemande, lorsque les conditions d'application spatiale prévues à l'article 5.2 ne sont pas réunies, il est impossible pour le consommateur d'invoquer l'application d'une loi

¹³⁰⁰ Cour fédérale d'Allemagne (8^{ème} ch. civ.), 19 mars 1997, *RCDIP* 1998, p. 610, note P. LAGARDE. La difficulté soulevée dans ces affaires est toujours d'actualité. Certes, l'Espagne a intégré dans son droit les exigences découlant de la directive octroyant un droit de rétractation au consommateur (directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOCE* n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31), ce qui n'était pas le cas à l'époque des faits litigieux et était précisément à la source des difficultés; mais la jurisprudence allemande fournit un exemple relativement récent d'une situation similaire à propos de produits achetés en Turquie par des Allemands. La juridiction a refusé de les faire bénéficier de la protection de l'article 29 du EGBGB : OLG Düsseldorf, 26 octobre 1999, décision citée par E. JAYME et Ch. KOHLER in « *Europäisches Kollisionsrecht 2000 : interlokales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht?* », *IPRax* 2000, p. 463.

de police en matière de droit de la consommation, et ce, que le contrat litigieux relève¹³⁰¹ ou non du domaine matériel de l'article 5. Dans ce dernier cas, il ressort de son raisonnement qu'elle écarte la possibilité de recourir à l'article 7 hors du domaine matériel de l'article 5, en tout cas lorsqu'aucune des conditions spatiales de ce dernier texte n'est remplie.¹³⁰²

499. En France, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 octobre 1999¹³⁰³ est particulièrement intéressant sur cette question de la coordination entre les deux mécanismes, même si les Hauts Magistrats n'y prennent pas position.

Des époux français avaient conclu un contrat de prêt auprès d'une banque allemande. Cette dernière les assigna en paiement d'échéances restées impayées. Les époux invoquaient l'application des dispositions de la loi du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs. La cour d'appel, prenant clairement parti sur la question du cumul entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome, avait refusé l'application de ce texte au titre des lois de police après avoir constaté que les conditions d'application de l'article 5 n'étaient pas réunies en l'espèce. Les juges du fond considèrent en effet « (...) *qu'il résulte de la distinction même établie par les articles 5 et 7 que (la convention de Rome) ne range pas parmi les lois de police les lois destinées à la protection des consommateurs, telle que la loi du 10 janvier 1978* ». Invités à prendre parti dans le débat, les Hauts Magistrats « se réfugient » derrière l'argument du champ d'application temporel de la convention.

Car il est sage d'admettre que cette décision ne peut servir à aucune des thèses en présence¹³⁰⁴. En effet, si la Cour précise que la convention de Rome n'était pas en vigueur donc inapplicable, c'est parce que la cour d'appel s'était expressément référée à cette

¹³⁰¹ V. BGH, 26 oct. 1993, *IPRax* 1994, p. 449 et note W. LORENZ p. 429, réf. citée par P. LAGARDE, note précédente, p. 625.

¹³⁰² *Op. cit.*, p. 615. Cette position a été critiquée notamment par des auteurs allemands tels que MM. EBKE et MANKOWSKI, cités par P. LAGARDE, note préc., spéc. p. 626.

¹³⁰³ *JDI* 2000, p. 328, note J.-B. RACINE ; *RCDIP* 2000, p. 29, note P. LAGARDE ; *D.* 2000, *cah. aff., juris.* p. 765, note Mathias AUDIT.

¹³⁰⁴ Ce qui explique que la décision ait pu être invoquée au soutien d'opinions contraires. Ainsi, des auteurs ont soutenu qu'il résultait de la motivation de la Cour de cassation que celle-ci avait entendu exclure la qualification de loi de police au sujet de dispositions protectrices du consommateur ne rentrant pas dans le domaine défini par l'article 5 de la convention de Rome. En ce sens, V. A. SINAY-CYTERMANN, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 737, spéc. p. 745. Toutefois, l'auteur n'adhère pas à une telle conception de la combinaison entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome. Logiquement, M. LAGARDE se demande si la loi de 1978 peut toujours être qualifiée de « loi de police » depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome. V. note sous Cour fédérale d'Allemagne, 19 mars 1997 préc. note 1300, spéc. p. 34. A l'opposé, d'autres auteurs, tout en admettant initialement que « (c)et arrêt laisse en suspens l'articulation des articles 5 et 7 de la Convention (de Rome) », finissent par estimer que l'« application combinée des articles 5 et 7 (...) correspond (...) à l'interprétation la plus vraisemblable de l'arrêt du 19 octobre 1999. » V. J.-B. RACINE, note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 octobre 1999 préc. note 1303, spéc. p. 338 puis p. 341. Enfin, plus sagement, Mathias AUDIT relève qu'en utilisant l'imparfait pour qualifier de « loi de police » la loi de 1978, la question reste en suspens de savoir si une telle qualification peut perdurer depuis l'entrée en vigueur de la convention de Rome. V. note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 octobre 1999 préc. note 1303, p. 766, note 5.

convention. Certes, elle aurait très bien pu admettre de l'appliquer de façon anticipée. Mais sa position, qui a été celle d'éluider le débat après l'avoir clairement révélé, doit être finalement approuvée.

L'attitude des Hauts Magistrats, qui, selon nous, a consisté à éviter soigneusement de prendre position sur la question, a eu en effet le grand mérite de permettre à la doctrine de nourrir le débat ainsi bien mis en évidence. Une attitude critiquable eût été de prendre l'initiative de résoudre seuls une question dont l'intérêt pratique est à la mesure de la difficulté théorique de la question de la combinaison des articles 5 et 7 de la convention de Rome.

500. Dans un arrêt du 1^{er} mars 2001¹³⁰⁵, les juges de la cour d'appel de Pau se sont interrogés sur l'application de l'article 5.2 de la convention de Rome à un contrat de prêt conclu entre un couple français et une banque espagnole. Cependant, les conditions matérielles de mise en œuvre de la protection du consommateur prévue par ce texte n'étant pas réunies, c'est finalement en application de l'article 7.2 de la convention que l'affaire est tranchée. On en déduit donc que les juges admettent implicitement l'application de règles protectrices du consommateur au titre des lois de police lorsque la situation juridique n'entre pas dans le domaine de l'article 5.

De son côté, la cour d'appel de Luxembourg, dans un arrêt du 15 juillet 1992¹³⁰⁶, a clairement laissé entendre qu'elle était prête à faire appel au mécanisme des lois de police lorsqu'aucune des circonstances décrites à l'article 5 n'est remplie.

C'est cette même solution qui paraît bien retenue très récemment par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 mai 2006¹³⁰⁶⁻¹. Des consommateurs établis en France avaient contracté un emprunt auprès d'une banque allemande, laquelle les assigna en remboursement dudit prêt. Le contrat comportait une clause de choix de loi désignant le droit allemand. Les emprunteurs ont alors invoqué l'article L. 311-37 du code français de la consommation, réclamant la compétence du tribunal d'instance. Cette exception d'incompétence fut rejetée par la cour d'appel. La Haute Juridiction censure cette décision au motif que l'article 311-37 du code de la consommation est un texte d'application impérative au sens de l'article 7 de la convention

¹³⁰⁵ *D.* 2002, *somm.*, 639, obs. H. SYNDET ; *D.* 2002, *somm.*, 2939, obs. FRANCK ; *RJDA* 2001, n° 939, p. 812.

¹³⁰⁶ *Aff. Hames c/ Spaarkrediet*, non publié. En l'espèce, un consommateur résidant au Luxembourg avait souscrit un prêt de consommation auprès d'une banque établie en Belgique. Le contrat n'ayant pas été conclu dans ce dernier pays, la Cour approuva les premiers juges d'avoir écarté l'application de l'article 5 de la convention de Rome. Elle examina ensuite la loi luxembourgeoise régissant le type de contrat en cause et estima qu'elle n'était pas internationalement impérative. On en déduit que les juges étaient prêts, le cas échéant, à faire application du mécanisme des lois de police « en complément » de l'article 5.

¹³⁰⁶⁻¹ Cass., 1^{ère}, civ., 23 mai 2006, *D.* 2006, *Act. Jurisp.*, p. 1597, obs. V. AVENA-ROBARDET ; note de Mathias AUDIT à paraître.

de Rome et que le tribunal d'instance est seul compétent en matière de crédit à la consommation, quelle que soit la loi applicable à la situation juridique.

Cette décision paraît bien accréditer l'idée d'une possibilité de recourir à l'article 7 de la convention de Rome lorsqu'aucune des conditions requises pour la mise en œuvre de la protection offerte par l'article 5 de cette convention n'est satisfaite. En effet, la cour d'appel avait d'une part rejeté l'application de l'article 5, la situation n'entrant pas dans le domaine de celui-ci ; d'autre part, elle avait estimé que la loi française sur le crédit à la consommation ne contenait aucune disposition relevant de l'article 7 de cette convention. Au contraire, la Cour de cassation juge que l'article 5 n'empêche pas l'intervention d'une loi de police¹³⁰⁶⁻².

Le débat suscité par la question de l'articulation des dispositions impératives protectrices et des lois de police ne surprend pas. Il illustre le constat selon lequel l'évolution du régime juridique des contrats internationaux de consommation n'est pas achevée.

B. Appréciation critique.

501. En se plaçant strictement sur le terrain des méthodes, il est impossible de soutenir que l'article 5 de la convention de Rome est une « clause particulière de loi de police »¹³⁰⁷. Le mécanisme des lois de police et celui des « dispositions impératives protectrices » ne procèdent pas de la même démarche intellectuelle. Dès lors que le mécanisme de l'article 5 exige, le cas échéant, une comparaison entre le contenu matériel respectif de deux lois, la qualification de loi de police est nécessairement exclue à son sujet, sous peine de dénaturer ce concept. Rappelons en effet que, relevant d'une approche normative de l'ordre public, selon laquelle les moyens tout autant que les fins s'imposent aux parties, la loi de police exclut toute prise en compte, préalablement à sa mise en œuvre, du droit matériel normalement applicable. La distinction entre disposition impérative protectrice et loi de police s'impose d'autant plus que nous avons montré notre attachement à une conception rigoureuse des lois de police¹³⁰⁸. Celles-ci doivent s'entendre de normes conflictuellement obligatoires, agissant en amont de la règle de conflit et indépendamment du contenu de la loi qui serait normalement applicable. Les auteurs qui analysent l'article 5 de la convention de Rome comme une clause spéciale de loi de police occultent la particularité du mécanisme des lois de police, lesquelles s'appliquent

¹³⁰⁶⁻² En ce sens, V. P. de VAREILLES-SOMMIERES, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980) », art. préc. note 1289, spéc. p. 2469.

¹³⁰⁷ M. LAGARDE emploie d'ailleurs cette expression tout en sachant parfaitement que les mécanismes prévus respectivement aux articles 5 et 7 de la convention de Rome diffèrent fondamentalement.

¹³⁰⁸ V. *supra*, chap. prélim., n° 37 et s.

indépendamment du contenu de la loi qui serait désignée en vertu de la règle de conflit ordinaire.

Le mécanisme prévu à l'article 5 se rattache à une conception finaliste de l'ordre public, l'objectif recherché étant en l'occurrence la protection de la partie faible. Or précisément, l'article 5 subordonne l'application de la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur à une double condition : son impérativité et son caractère davantage protecteur que la loi d'autonomie. C'est pourquoi ce texte doit être analysé comme une règle de conflit à caractère substantiel dont le but est de désigner la loi permettant le plus efficacement d'assurer la protection du consommateur.¹³⁰⁹

502. En outre, il est impossible de faire le rapprochement avec les lois de police puisque dans le cadre de l'article 5, il est question d'impérativité au sens du droit interne. Ce qui emporte une conséquence révélant une différence essentielle entre les deux mécanismes : dans le cadre des lois de police (du for), c'est toujours le juge du for qui décide de la qualification de loi de police. Ici, c'est la loi du lieu de résidence du consommateur qui imprime à la loi son caractère impératif. Mais il ne s'agit pas d'une impérativité au sens du droit international. C'est pourquoi l'analyse de Mme NIBOYET-HOEGY¹³¹⁰, laquelle insiste largement sur la différence de nature entre les articles 5 et 7 de la Convention de Rome, doit être approuvée.

503. De la différence de nature et de domaine entre les lois de police et les dispositions impératives protectrices, on déduit logiquement que, le cas échéant, les deux méthodes seront amenées à intervenir à l'occasion d'une même situation juridique.¹³¹¹ Car il est parfaitement envisageable qu'un contrat ait vocation à être régi pour partie par des lois de police et pour une autre partie par des dispositions impératives protectrices. L'arrêt rendu par la cour d'appel de Pau le 1^{er} mars 2001 illustre une telle possibilité. Dans cette affaire, les époux français invoquaient la nullité du contrat de prêt soumis au droit espagnol notamment pour non respect des dispositions françaises relatives à l'usure, pour manquement à la loi du 31 décembre 1975 rendant obligatoire l'usage de la langue française et pour défaut de mention du taux effectif

¹³⁰⁹ V. P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Librairie de l'Université, Genève, 1985, spéc. p. 149, n° 311. M. LECLERC analyse précisément les articles 5 et 6 de la convention de Rome comme mettant en place « une règle de conflit de structure alternative avec loi plus favorable. », V. thèse préc. note 1273, spéc. p. 563, n° 633. M. RACINE envisage également une analyse en terme de règle de conflit à coloration substantielle. V, note sous Cass., 1^{ère}, civ., 19 octobre 1999 préc. note 1303, p. 338.

¹³¹⁰ *Juriscl. Droit inter.*, « Convention de Rome », fasc. 552-40, spéc. n° 17.

¹³¹¹ Cependant, il ne faut pas perdre de vue que ces textes ont été adoptés dans le cadre d'une convention internationale. Cette dernière a notamment vocation à contribuer à l'essor de l'harmonie internationale des solutions. L'article 7 apparaît en quelque sorte comme une concession faite aux Etats signataires afin que ceux-ci acceptent de s'engager, renonçant ainsi à leurs particularismes nationaux. Il en résulte que la clause relative aux lois de police doit être interprétée restrictivement.

global. S'agissant de la disposition relative à l'usure, les juges du fond y voient une loi de police.¹³¹² Quant à la mention du taux effectif global, cette exigence relève d'un ordre public de protection. Si le domaine de l'article 5 de la convention de Rome n'était pas si restreint, c'est incontestablement au titre des « dispositions impératives protectrices » que cette exigence pourrait s'imposer.¹³¹³

Cependant, si les deux mécanismes apparaissent potentiellement cumulables, le recours aux lois de police n'est pas nécessairement approprié dans les hypothèses où les conditions d'application de l'article 5 ne sont pas réunies. En réalité, le problème, on l'a dit, provient de ce que ce texte est trop restrictif. Mais en attendant son éventuelle extension, il faut bien, pour l'heure, chercher une lecture conciliatrice des textes de la convention de Rome relatifs à l'ordre public.

§ III : La recherche d'une lecture conciliatrice des textes relatifs à l'ordre public.

504. Une analyse renouvelée et convaincante de la mise en œuvre de la combinaison entre les textes a été proposée en doctrine¹³¹⁴. Cette thèse distingue nettement les domaines matériel et spatial décrits dans le texte. Pour chacun de ces domaines, l'auteur adopte un mode différent de conciliation entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome. S'il exclut la possibilité de protéger le consommateur actif¹³¹⁵ via l'article 7 (A), il admet le cumul au profit du consommateur passif (B).

¹³¹² Qualification que l'on peut d'ailleurs discuter lorsque l'on adhère à une conception très stricte des lois de police. Certes, il semble indiscutable que la réglementation de l'usure appartient à l'ordre public de direction visant à protéger le système économique national. Cependant, si l'on adopte une approche finaliste de cette réglementation relative à l'usure, il faut admettre qu'elle vise un résultat substantiel concret (à partir d'un certain seuil, les taux d'intérêt heurtent certaines valeurs fondamentales du for). En somme, on peut faire une distinction, au sein de cette réglementation, entre les moyens et les fins poursuivis. Elle pourrait très bien admettre l'application d'une norme étrangère dès lors que celle-ci n'aboutit pas à un taux intolérable pour le for. Par comparaison, on peut tout à fait concevoir que la loi du 31 décembre 1975 rendant obligatoire l'usage de la langue française puisse le cas échéant être considérée comme une loi de police. En effet, d'une part, on peut penser qu'elle vise non pas à protéger les consommateurs, mais la langue française. Par ailleurs, elle n'a de sens que si elle est appliquée dans son intégralité. On ne voit guère quelle autre solution aurait pu satisfaire le législateur. Cette loi énonce le seul moyen permettant d'aboutir au résultat recherché. C'est donc bien l'approche normative qui s'impose. Cela étant, pour que cette loi puisse revêtir la qualification de loi de police, encore aurait-il fallu que les circonstances de l'espèce le justifient. Tel n'était pas le cas ici, car, comme le soulignent les juges du fond, le contrat avait, en l'espèce, été conclu et exécuté en Espagne.

¹³¹³ A condition toutefois que la loi normalement applicable ne procure pas au consommateur une protection équivalente.

¹³¹⁴ V. N. HOUX, « La protection des consommateurs dans la convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables », *Petites Affiches* du 1^{er} mars 2001, n° 43, p. 6 ; du 2 mars 2001, n° 44, p. 5.

¹³¹⁵ *Grosso modo*, la notion de consommateur passif regroupe les consommateurs qui ont été sollicités dans le pays du lieu de leur résidence afin de conclure un contrat avec un professionnel domicilié à l'étranger. Les consommateurs actifs sont ceux qui ont conclu un contrat avec un professionnel domicilié à l'étranger sans avoir été précédemment sollicités à cette fin dans leur pays.

A. La protection minimale du consommateur actif.

505. Le domaine spatial de l'article 5 fait ressortir la volonté des auteurs de la convention de protéger uniquement le consommateur « passif ». Par conséquent, pour certains auteurs, lorsque la situation juridique en cause ne relève pas du domaine spatial de l'article 5, donc lorsque le consommateur est « actif », il ne pourrait pas revendiquer une protection sur le fondement des lois de police (article 7).¹³¹⁶ M. HOUX défend une position originale. Excluant le recours à l'article 7 dans l'hypothèse du consommateur « actif », il considère que l'exception d'ordre public prévue à l'article 16 de la convention de Rome¹³¹⁷ peut lui assurer une protection résiduelle. En effet, selon l'auteur, « *la protection des consommateurs est aujourd'hui, au sein des pays de l'Union européenne, une préoccupation réelle, fondée sur la défense de la partie faible et se traduisant par une politique législative active.* »¹³¹⁸

Le recours à ce texte, selon M. HOUX, ne permet pas au consommateur actif de bénéficier d'une protection aussi grande que les consommateurs passifs spécialement protégés par l'article 5. Se trouve ainsi préservée la cohérence des textes de la convention de Rome.¹³¹⁹ Il est vrai que la méthode de l'exception d'ordre public international correspond mieux à l'approche finaliste de l'ordre public qui est sous-jacente à l'idée d'assurer une protection au profit du consommateur.

B. La protection optimale du consommateur passif.

506. Selon M. HOUX, les lois de police du for peuvent protéger le consommateur passif en dehors du domaine matériel décrit à l'article 5 de la convention de Rome car celui-ci est trop

¹³¹⁶ N. HOUX, art. préc. note 1314, spéc. P.A. n° 43, p. 13, n° 18. L'auteur va plus loin que M. LAGARDE puisqu'il considère qu'en dehors du domaine spatial de l'article 5, tout recours à une loi de police est impossible, et pas seulement lorsque cette dernière aboutirait à l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur.

¹³¹⁷ Selon ce texte, « *L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.* »

¹³¹⁸ V. art. préc. note 1314, spéc. P. A. n° 43, p. 17, n° 28. Evoquant également cette possibilité, V. Mathias AUDIT, note sous Cass., 1^{ère} civ., 19 oct. 1999 préc. note 1303, p. 765 (*in fine*). M. LAGARDE lui-même n'excluait pas une intervention de l'exception d'ordre public. Il cite d'ailleurs quelques décisions de juges du fond allemands qui y avaient eu recours afin de rejeter l'application d'une loi étrangère ignorant le droit de rétractation des consommateurs (V. sa note préc. note 1300, spéc. p. 628.) En outre, se plaçant dans le cadre de l'ordre public de proximité, M. HOUX estime que la résidence du consommateur dans l'Etat du for (par hypothèse, ce sera lui qui envisagera de mettre en œuvre l'exception d'ordre public) constitue un critère de rattachement adapté pour l'application de l'article de l'article 16 de la convention de Rome. V. son art. préc. note 1314, p. 18, n° 30.

¹³¹⁹ *Op. cit.*, spéc. P.A. n° 43, p. 17/18, n° 30. Rappelons, en effet, que dans la thèse permettant de cumuler les articles 5 et 7, on ne s'explique pas qu'un consommateur actif puisse être mieux protégé qu'un consommateur passif.

restreint.¹³²⁰ Les contrats visés dans ce texte sont en effet ceux ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services ainsi que les contrats destinés au financement d'une telle fourniture. Les contrats de transport sont expressément exclus du domaine de l'article 5. De même, les contrats de crédit non affectés au financement d'une chose déterminée, les prêts immobiliers, les locations ou encore les engagements de cautionnement par des consommateurs ne sont pas inclus dans la définition du champ matériel de ce texte. Or rien ne justifie *a priori* une différence de traitement entre les consommateurs en fonction du contrat auquel ceux-ci sont parties. C'est pourquoi l'auteur pense que dans ces hypothèses, dès lors que le consommateur est passif, il devrait pouvoir bénéficier d'une protection, à l'instar des consommateurs passifs visés par le texte. M. HOUX prône donc, à défaut de pouvoir invoquer, grâce à une interprétation *a pari*, l'article 5, de recourir à la méthode des lois de police pour protéger le consommateur dans le cadre de certains contrats dont l'exclusion du champ matériel de l'article 5 ne semble pas justifiée.¹³²¹ Ainsi serait assurée la protection du consommateur passif dans les matières autres que celles prévues à l'article 5.

507. Nous pensons que cette analyse est convaincante, du moins à s'en tenir au stade de l'évolution actuelle du droit international privé en matière de protection des consommateurs. Toutefois, elle ne saurait être que temporaire. Le vrai remède consiste à étendre le domaine de l'article 5 de la convention de Rome. En effet, dès lors que toutes les potentialités offertes par le mécanisme des « dispositions impératives protectrices » auront été exploitées, à terme les lois de police sont amenées à être « résorbées » corrélativement à l'extension du domaine des « dispositions impératives protectrices ». Par ailleurs, l'extension du domaine de l'article 5 de la convention de Rome permettra certainement de remédier aux conséquences néfastes découlant de l'éclosion de règles touchant au droit international privé insérées dans la plupart des directives consuméristes élaborées par le législateur communautaire¹³²².

Section II : *L'éclosion de règles de droit international privé spéciales en droit dérivé.*

508. A partir des années 1990, le législateur communautaire a pris l'initiative d'insérer des règles particulières dans certaines directives touchant au droit de la consommation en vue s'assurer l'impérativité, en droit international, de la protection conférée par ces directives aux consommateurs. Pour ce faire, il a eu recours à des règles unilatérales. Cette approche

¹³²⁰ Art. préc. note 1314, spéc. *P.A.* n° 44, p. 5 et s., n° 32 et s. Dans le même sens, V. P. MAYER, « La protection de la partie faible (...) » préc. note 1269, spéc. n° 3, p. 533. Ce reproche est repris par l'ensemble de la doctrine.

¹³²¹ *Op. cit.*, spéc. *P.A.* n° 44, p. 7, n° 41.

¹³²² Pour un examen de la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles présentée par la Commission le 15 décembre 2005 (COM (2005) 650 final), V. *infra*, n° 607 et s. et 642 et s.

unilatérale adoptée par le droit communautaire est caractéristique de son indifférence à l'égard du droit international privé. Il ne s'attache en effet qu'à déterminer le champ d'application propre des règles matérielles contenues dans l'instrument qu'il adopte.

Implicitement, l'existence même de règles de conflit dans de nombreuses directives adoptées en droit de la consommation témoigne des lacunes de l'article 5 de la convention de Rome. De fait, ce texte est souvent critiqué en raison du caractère limité de son champ d'application. Mais les entreprises intervenues en vue d'y remédier ont généré des effets « pervers » puisqu'elles ont mis à mal le principe de sécurité juridique dont on a vu qu'il incarnait un impératif essentiel afin d'atteindre les objectifs communautaires.

C'est la directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹³²³ qui « inaugura » une formule ayant trait au droit international privé et que l'on retrouvera dans d'autres instruments postérieurs.¹³²⁴ L'article 6, paragraphe 2 de cette directive dispose que « *Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres.* »

Certaines directives adoptées depuis lors dans le domaine du droit de la consommation reprennent une formule similaire. Ainsi en va-t-il de l'article 12, paragraphe 2, de la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance¹³²⁵, de l'article 7, paragraphe 2, de la directive concernant certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹³²⁶, de l'article 12, paragraphe 2, de la directive concernant la

¹³²³ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* n° L 95 du 21 avril 1993, p. 29-34; *RCDIP* 1993, p. 495.

¹³²⁴ Certaines directives antérieures comportaient des règles spéciales d'applicabilité d'une autre forme. Par exemple, la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 (*JOCE* n° L 158 du 23 juin 1990, p. 59) dispose qu'elle s'applique aux voyages à forfait, aux vacances et circuits à forfait « *vendus ou offerts à la vente sur le territoire de la Communauté* » (article 1). La relation entre la délimitation spatiale du champ d'application de cette directive (ainsi que d'autres) et l'ordre public sera étudiée *infra*, n° 508 et s.

¹³²⁵ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, *JOCE* n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

¹³²⁶ Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999, *JOCE* n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12-16. Sur cette directive, V. not. G. VINEY, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2002, *chron.*, p. 3162.

commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs¹³²⁷ et de l'article 30.5 de la proposition de directive en matière de crédit aux consommateurs.¹³²⁸

Une formule différente exprime pourtant le même souci de protection en faveur des consommateurs dans la directive concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou plusieurs biens immobiliers¹³²⁹ (directive « *timesharing* »). Son article 9 dispose que « *Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que, quelle que soit la loi applicable, l'acquéreur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive, si le bien immobilier est situé sur le territoire d'un Etat membre* ».

La formule employée se distingue des autres à plusieurs égards. Une première différence tient à ce que le « lien étroit » y est concrétisé : il s'agit du lieu de situation de l'immeuble. Une autre tient à ce que la protection offerte au consommateur n'est pas limitée à l'hypothèse d'un choix de loi d'un Etat tiers par les parties. En effet, celui-ci est protégé, que la loi applicable au contrat résulte de la mise en œuvre de la règle de conflit objective ou subjective. Cette différence a pourtant de quoi surprendre, lorsque l'on sait que le considérant 14¹³³⁰ de cette directive ne vise, lui aussi, que l'hypothèse du choix de loi d'un pays tiers.

Il faut mener l'analyse de ces clauses en gardant à l'esprit l'approche substantielle du droit communautaire, soucieux d'assurer le respect de ses objectifs, avec son corollaire qui est son indifférence à l'égard du conflit de lois. C'est dire que des tensions sont à redouter entre ces clauses et les règles de la convention de Rome (§ I). Pourtant, l'analyse des dispositions touchant au droit international privé insérées dans les directives consuméristes (§ II) fera

¹³²⁷ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *JOCE* n° L 271 du 9 octobre 2002, p. 16. Sur cette directive, V. not. A. GOURIO, « Adoption de la directive commercialisation à distance des services financiers aux consommateurs », *JCP éd. E* 2002, *act.*, p. 234.

¹³²⁸ *JOUE* n° 331 E du 31 décembre 2003, p. 200. La proposition modifiée de directive relative aux contrats de crédit aux consommateurs du 7 octobre 2005 (COM (2005) 483 final) reprend une formule similaire à l'article 21.6. Ce texte vise à assurer la protection du consommateur dans l'hypothèse du contrat de crédit entretenant un lien avec le territoire d'un ou plusieurs Etats membres.

¹³²⁹ Directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994, *JOCE* 1994, n° L 280 du 29 octobre 1994, p. 83-87. Sur cette directive, V. not. H. PERINET-MARQUET, « La directive communautaire sur la jouissance à temps partagé », *Rev. de droit immobilier* 1995, p. 63 ; F. GARRON, « La protection du consommateur sur le marché européen des droits de séjour à temps partagé », *RTDE* avril-juin 2002, p. 267. Pour un commentaire de la loi française de transposition de cette directive sous l'angle du droit international privé, V. les obs. de P. LAGARDE, in *RCDIP* 1998, p. 741 (avec la reproduction des dispositions de la loi française touchant au droit international privé). Sur le *timeshare* et les montages avoisinants, V. not. J.-L. FALCOZ, « Le *timeshare* en droit européen comparé », *JCP éd. N*. 1993, I, p. 178. Sur les relations entre *timeshare* et droit international privé, V. not. J.-L. FALCOZ et X. LIEVRE, « Temps partagé et droit international privé », *Petites Affiches* du 16 déc. 1999, p. 18.

¹³³⁰ « *Considérant qu'il existe le risque, dans certains cas, de priver le consommateur de la protection prévue par la présente directive en désignant le droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, qu'il convient, en conséquence, de prévoir des dispositions visant à prévenir ce risque* ».

apparaître que c'est bien la méthode des « dispositions impératives protectrices » qui semble la plus apte à traduire les exigences communautaires (§ III). C'est pourquoi une optimisation de cette méthode nous semble particulièrement souhaitable.

§ I : Articulation entre les directives et la convention de Rome.

509. La formulation de règles spéciales n'a pas été sans poser des problèmes d'articulation avec la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Pourtant, dans une déclaration commune adoptée lors de la signature de celle-ci, la question des relations entre la convention et le droit communautaire dérivé fut abordée. C'est dire que les auteurs de la convention ont eu conscience des tensions pouvant exister entre celle-ci et les instruments du droit communautaire dérivé, même s'ils ne pouvaient prévoir le déferlement des directives consuméristes. Il s'agit d'une question délicate de conflit hiérarchique de normes (A) que des auteurs ont tenté de résoudre en proposant une lecture conciliatrice entre la convention de Rome et les directives (B).

A. Le conflit hiérarchique de normes.

510. Avant tout, il est nécessaire de vérifier si - et en cas de réponse positive, de déterminer dans quelle mesure - les dispositions spéciales de droit international privé contenues dans les directives s'imposent face à la convention de Rome.

Rappelons qu'à l'instar des directives, cette dernière comporte certains articles intéressant la protection des consommateurs. On peut ainsi songer à cette fin recourir à la règle spécialement conçue en vue d'assurer la protection des consommateurs (l'article 5), soit éventuellement aux lois de police de l'article 7. Surgit alors une difficulté puisque l'on sait que la question du cumul entre ces deux textes est pour le moins discutée. Il en résulte que les Etats membres¹³³¹ qui n'autorisent pas le recours aux lois de police dans le domaine matériel de l'article 5 lorsqu'aucune des circonstances qui y sont décrites n'est satisfaite, devraient logiquement neutraliser cette possibilité de recourir à l'article 7.

511. Si l'article 20 de la convention de Rome¹³³² prévoit bien que cette dernière doit céder le pas devant le droit communautaire, certains auteurs ont contesté l'emprise de cet article sur les dispositions de droit international privé telles que celles figurant en tant qu' « appendices » dans les directives posant des règles protectrices du consommateur. En effet, MM. LEWIS et

¹³³¹ L'on songe ici particulièrement au droit allemand et en particulier aux mésaventures des touristes sur lesquelles V. *supra*, n° 498.

¹³³² Ce texte précise que la convention de Rome « (...) ne préjuge pas l'application des dispositions qui dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes. »

WILDERSPIN¹³³³ font remarquer que la version anglaise de l'article 20 comporte une formule plus restrictive que le texte français puisqu'il évoque les « *provisions which (...) lay down choice of law rules* ». Or, cette expression ne permettrait que d'englober les règles de conflit de lois désignant la *lex causae*. Et dans la mesure où l'on peut estimer que les directives en cause ne posent pas à proprement parler des règles de conflit de lois permettant de désigner la loi applicable aux aspects des contrats qu'elles couvrent, on pourrait douter de leur préséance sur la convention.

512. Cette lecture très restrictive de l'article 20 ne convainc pas. En effet, la doctrine admet largement que l'expression « règles de conflit » recouvre aujourd'hui l'ensemble des règles permettant de déterminer, *in fine*, la loi applicable à une situation juridique, ce qui englobe tout aussi bien les règles de facture classique (bilatérales pour ce qui est de la convention de Rome) que les mécanismes d'exception suivant une approche unilatérale, telles les lois de police. Mais quand bien même la lecture restrictive serait retenue, elle n'empêcherait pas de faire prévaloir les directives communautaires sur la convention de Rome.

En effet, cette lecture restrictive conduirait à appréhender les relations entre la convention de Rome et les clauses spéciales insérées dans les directives sous l'angle plus général des rapports entre droit conventionnel et droit communautaire. La question à résoudre serait alors de savoir si un instrument conventionnel antérieur à des directives spéciales doit s'incliner devant ces dernières. A cet égard, il serait possible de raisonner par analogie avec l'article 307 du Traité CE dont l'objet est de préciser le sort des conventions internationales conclues avant l'entrée en vigueur du Traité. L'article 307, alinéa 1 TCE prévoit que « *les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement [à l'entrée en vigueur du Traité CE] entre un ou plusieurs Etats membres d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du Traité.* »

Si la lecture de ce texte semble appuyer la préséance des engagements internationaux antérieurs au Traité sur ce dernier, son alinéa 2 vient aussitôt enfermer très strictement ce principe puisqu'il prévoit notamment que dans la mesure où de tels engagements ne seraient pas compatibles avec le Traité, « *le ou les Etat(s) membre(s) en cause recour(en)t à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées.* » Et de son côté, la jurisprudence a interprété l'article 307, alinéa 1 de façon restrictive en décidant que ce n'est que l'engagement de l'Etat membre concerné de respecter les droits des Etat tiers qui est préservé. En revanche, les droits qui en résultent pour cet Etat membre sont évincés dans la

¹³³³ « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres », *RCDIP* 2002, p. 1 ; p. 289, spéc. p. 309.

mesure où ils seraient incompatibles avec les obligations découlant du Traité ou, le cas échéant, du droit dérivé.¹³³⁴

Un tel raisonnement, appliqué par analogie à l'hypothèse des relations entre convention de Rome et instruments de droit dérivé postérieurs, conduit à asseoir incontestablement la primauté de ceux-ci sur celle-là, dans la mesure où cette convention présente la particularité de ne lier que des Etats membres de l'Union européenne.

513. Mais ce raisonnement, combiné avec l'article 20 de la convention de Rome, ne permet pas d'apporter de solution à la question de l'articulation entre ces textes dans les hypothèses où le législateur national est allé au-delà du minimum de protection fixé par les directives. L'on ne peut en effet considérer dans ce cas que les règles nationales sont « harmonisées en exécution » de celles-ci. Une telle analyse revient à faire prévaloir uniquement le droit communautaire impératif (*i. e.* le « seuil minimal ») sur les solutions de la convention de Rome.

Il en résulte qu'en cas d'incompatibilité entre la convention de Rome et les directives, les Etats membres ne sont autorisés à s'écarter de celle-ci que dans la stricte mesure nécessaire pour se conformer aux exigences communautaires. Le supplément de protection que le législateur national entendrait accorder aux consommateurs ne pourra trouver sa légitimité au regard de la convention de Rome qu'en se coulant dans le moule de l'une de ses dispositions. Or il existe un moyen très simple, pour les Etats membres, d'imposer, au plan international, une protection supplémentaire aux consommateurs (que ce soit en en étendant le domaine spatial ou/et en organisant une protection substantiellement renforcée par rapport à celle prévue par les règles matérielles de la directive), tout en respectant la lettre (à défaut de l'esprit) de la convention de Rome : il leur suffit de s'engouffrer dans la brèche ouverte par son article 7.2, conçu pourtant comme une exception aux règles bilatérales établies par l'instrument. Toutefois, cela postule que les Etats membres admettent largement l'application cumulative des articles 5 et 7 de la convention. Or tel n'est pas le cas de tous les Etats membres.¹³³⁵ Quoiqu'il en soit, il paraît légitime de chercher à concilier les exigences des directives avec celle-ci.

B. La tentative de conciliation entre les directives et la convention de Rome.

514. Lors de la signature de la convention de Rome, les gouvernements des Etats contractants avaient exprimé le souhait, en vue d'éviter la dispersion formelle des règles de conflit ainsi

¹³³⁴ CJCE, 2 août 1993, *Ministère public et al. c/ Levy*, aff. C-158/91, *Rec.*, p. I-4287.

¹³³⁵ Les mésaventures des touristes allemands sont là pour en témoigner...

que d'éventuelles divergences entre elles, « *que les institutions des Communautés européennes, dans l'exercice de leurs compétences (...) s'efforcent, lorsqu'il y a lieu, d'adopter des règles de conflit qui, autant que possible, soient en harmonie avec celles de la convention.* »¹³³⁶ Ce vœu d'harmonie entre les règles de conflit doit trouver, logiquement, à s'appliquer au stade de l'interprétation des instruments de droit dérivé.

MM. JAYME et KOHLER se sont, parmi les premiers, intéressés à la question de la conformité entre les dispositions des directives communautaires touchant au droit international privé et les solutions nationales.¹³³⁷ Tout en admettant la difficulté de la tâche, en raison de l'insuffisante prise en compte, par le législateur communautaire, des règles unifiées de droit international privé en vigueur dans les Etats membres¹³³⁸, les auteurs adoptent une lecture conciliatrice des directives communautaires avec la convention de Rome. En effet, ils considèrent, en raisonnant à partir de la directive sur les clauses abusives¹³³⁹, que le but prescrit par son article 6, paragraphe 2 peut normalement être atteint en application des articles 5 et 7 de la convention de Rome¹³⁴⁰. Ils s'attachent en particulier à préciser le concept de « lien étroit » pour déterminer leur domaine d'efficacité à la lumière des règles posées par la convention de Rome.

A cette fin, ils considèrent qu'un « lien étroit » au sens de cette directive est caractérisé dès lors que les règles de la convention, abstraction faite de l'article 3 qui pose le principe de liberté de choix de la loi applicable, désignent comme applicable, à défaut de choix, la loi d'un Etat membre. Concrètement, il s'agit soit de celle de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur dans les hypothèses prévues à l'article 5, soit de celle de l'Etat auquel mènent les rattachements prévus à l'article 4, c'est-à-dire, le plus souvent, celui de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique (pour les personnes physiques) ou de l'administration centrale (pour les personnes morales). L'interprétation ainsi proposée postule que l'on admette l'existence de lois de police protectrices.

¹³³⁶ JOCE n° L 266, 1980, p. 14.

¹³³⁷ « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *RCDIP* 1995, p. 1. *Adde*, sur cette question de l'interaction entre règles de conflit contenues dans des directives sectorielles et les règles de la convention de Rome : S. KNÖFEL, « EC legislation on conflict of laws : interactions and incompatibilities between conflict rules », *Inter. and Compar. Law Quarterly*, 1998, vol. 47, p. 439-445.

¹³³⁸ V. à ce sujet not. les conclusions du Groupe européen de droit international privé concernant l'interaction du droit communautaire dérivé et des conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Rome du 19 juin 1980, texte reproduit à la *RCDIP* 1995, p. 39/40. Le Groupe y considère « *que l'adoption d'actes communautaires et leur transposition éventuelle dans les droits nationaux des Etats membres doit tendre à préserver la cohérence de ces actes avec les dispositions correspondantes de ces conventions, en vue de leur unité fonctionnelle.* »

¹³³⁹ Le raisonnement est transposable, *mutatis mutandis*, aux autres directives ayant recours au critère du « lien étroit ».

¹³⁴⁰ V. art. préc. note 1337, spéc. p. 20 et s.

Si la situation entre dans le domaine de l'article 5 de la convention de Rome, la loi applicable en fonction du lien étroit sera celle du pays de résidence habituelle du consommateur. Soit un consommateur ayant sa résidence habituelle en république tchèque sollicité dans ce pays par une entreprise établie en Roumanie. Un contrat de vente de matériel informatique est signé. Le contrat stipule que la loi roumaine est applicable. Il contient par ailleurs une clause selon laquelle le vendeur se décharge de toute responsabilité à l'égard de l'acheteur en cas de défectuosité du matériel. Ce dernier s'avère défectueux et le consommateur cherche à obtenir son remplacement ou sa réparation sans frais supplémentaires ; le vendeur refuse tout arrangement, en se fondant sur le contrat et sur le droit roumain qui ne prévoit pas une telle garantie au profit du consommateur et permet valablement au vendeur de se décharger de toute responsabilité en cas de défectuosité du bien objet du contrat¹³⁴¹. La situation se trouve dans le domaine de la directive concernant certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation et également dans celui de la directive sur les clauses abusives. En application de l'article 5 de la convention de Rome, dans une telle hypothèse, le contrat doit être soumis à la loi du pays de résidence habituelle du consommateur, soit en l'occurrence, la loi tchèque. Cette désignation permet, selon les auteurs, de concrétiser le lien étroit entre la situation et le territoire communautaire. Il en résulte que la loi roumaine ne pourra pas s'appliquer, et que c'est la loi tchèque qui régira le contrat.

Pour les contrats qui entrent dans le domaine de la directive mais pas dans celui de l'article 5, et qui donc devraient en principe relever de l'article 4 de la convention de Rome, les Etats devraient recourir aux lois de police visées à l'article 7 de cette convention lorsque la loi objectivement applicable selon la convention est celle d'un pays membre de l'Union. Ainsi, soit un consommateur ayant sa résidence habituelle en Belgique. Il décide, de sa propre initiative, de contacter une société établie en Espagne en vue d'y conclure, à distance, un contrat portant sur la fourniture de services en Belgique. La situation se trouve dans le domaine de la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Le contrat contient une clause d'*electio juris* désignant la loi mexicaine. Mais à défaut d'un tel choix, selon la règle objective de la convention de Rome (article 4), la loi applicable au contrat litigieux aurait été celle du pays d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique soit, en l'espèce, la loi espagnole. L'Espagne étant un Etat membre, le « lien étroit » se trouve concrétisé et le système proposé par les auteurs conduit alors en quelque sorte à neutraliser ce choix *via* l'article 7 de la convention de Rome. Ainsi, pour eux,

¹³⁴¹ Du moins on le suppose pour les besoins de l'exemple.

la qualification de loi de police s'imposerait en raison de l'obligation, pour les Etats membres de la Communauté, d'appliquer leur droit national à la lumière de la directive pour atteindre le résultat auquel elle aspire.¹³⁴²

En revanche, lorsque la loi objectivement applicable selon la convention de Rome désigne celle d'un Etat tiers, le consommateur ne bénéficierait pas de la protection de la directive, ce qui, selon les auteurs, serait conforme à la fois à la directive et à la convention. Ceux-ci transposent, non sans quelques difficultés toutefois, cette interprétation à la directive relative au *timesharing*.

515. La seule difficulté à laquelle les auteurs avouent se heurter concerne l'intervention des lois de police étrangères. Il se peut, en effet, que la loi objectivement applicable au contrat soit celle d'un Etat membre autre que celui du for. Or on sait que plusieurs Etats signataires se sont réservés le droit de ne pas appliquer l'article 7.1 de la convention de Rome. Deux solutions sont alors suggérées: les Etats concernés devraient lever leur réserve ou bien, dans le même esprit, insérer une disposition spéciale leur permettant d'appliquer des lois impératives étrangères concernant les clauses abusives ; une autre solution serait d'admettre que les normes de transposition sont équivalentes, et, partant, substituables les unes aux autres. On en déduit qu'en pareille hypothèse, le juge du for sera amené à appliquer sa propre loi de transposition, sur le fondement de l'article 7.2¹³⁴³.

516. Si certains auteurs ont initialement proposé une lecture conciliatrice notamment entre les directives et l'article 5 de la convention de Rome, d'autres ont, à juste titre selon nous, nettement pris position sur la nécessité, pour les Etats membres, d'introduire des règles spéciales en matière de droit international privé.¹³⁴⁴ D'ailleurs, on a fait remarquer que le législateur communautaire avait commencé à poser des règles spéciales après l'entrée en vigueur de la convention de Rome, les directives consuméristes qui lui sont antérieures ne contenant pas de règles spéciales d'applicabilité. Peut-être faudrait-il y voir une réaction face

¹³⁴² V. not. CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Rec.*, p. I-3325 ; V. avant, not. : CJCE, 10 avril 1984, *von Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Rec.*, p. 1891 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.*, p. I-4135.

¹³⁴³ Art. préc. note 1337, spéc. p. 22.

¹³⁴⁴ V. not. P. de VAREILLES-SOMMIERES, « La protection du contractant non professionnel », in J. CALAIS-AULOY et H. CAUSSE (sous la dir. de) *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 71 et s., spéc. p. 86. Raisonnant à partir de l'article 6 de la directive « clauses abusives », l'auteur considérait que la meilleure solution pour atteindre l'objectif de la directive, c'était de généraliser la solution de l'article 5 de la convention de Rome (c'est-à-dire de l'étendre aux consommateurs « dynamiques ») en matière de clauses abusives. L'auteur propose alors une formule qui colle de près à celle retenue dans la directive. V. *op. cit.*, spéc. p. 88/89. L'on ne peut que regretter que les législateurs nationaux n'en aient pas fait autant. Cela aurait évité une offensive particulariste dans la construction d'un espace juridique régional aspirant à l'universalisme dont la convention de Rome fait figure de modèle.

à cette convention.¹³⁴⁵ On verra que la Cour de justice a nettement pris position sur cette question à propos de la directive sur les clauses abusives, en condamnant nettement le renvoi (qui peut être implicite) à l'article 5 de la convention de Rome opéré par les législateurs nationaux dans le cadre de la transposition de cette directive.

517. La périlleuse recherche d'une lecture conciliatrice entre tous ces instruments menée par certains auteurs, tout comme le constat d'une impossible conciliation entre la convention de Rome d'un côté et les directives communautaires de l'autre, témoignent d'un manque de prise en compte, par le droit communautaire, du droit international privé. L'édifice ainsi construit l'était dès lors sur des bases fragiles, en ce sens qu'aucune approche d'ensemble en matière de protection du consommateur transfrontière ne l'a précédé.

Ainsi, seule une réflexion générale portant sur la problématique des contrats transfrontières de consommation permettra de déboucher sur l'élaboration de solutions cohérentes en la matière. Cette réflexion doit associer le droit international privé au droit communautaire. Plus précisément, il faut rechercher quelles méthodes le premier peut mettre à contribution en vue d'assurer les objectifs substantiels du second. Cette recherche implique l'analyse préalable de la nature des dispositions de droit international privé insérées dans les directives.

§ II : Comparaison avec les principaux mécanismes de droit international privé.

518. On sait qu'il existe, au plan théorique, différentes méthodes visant à assurer le respect de l'ordre public au sens large en droit international privé.¹³⁴⁶ L'originalité de la formule employée par le législateur, qui s'explique notamment par la configuration communautaire¹³⁴⁷, force à une analyse scrupuleuse. La doctrine s'est ainsi efforcée d'opérer des rapprochements entre la formule communautaire et les mécanismes connus en matière d'ordre public. L'objectif d'un tel exercice de qualification est de permettre de déterminer quelle méthode paraît la plus apte à traduire les exigences communautaires. En effet, eu égard à la nature de la directive qui, par définition, impose uniquement aux Etats destinataires un résultat en laissant ces derniers libres des moyens pour y parvenir, la question se pose de

¹³⁴⁵ V. M. FALLON et S. FRANCO, « Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts ? », in *Mél. K. Siehr*, TMC Asser Press, 2000, p. 155, spéc. p. 161. Nous pensons que plutôt qu'une réaction, il faut y voir une manifestation de l'indifférence, voire de l'ignorance, à l'époque, du droit communautaire à l'égard du droit international privé conventionnel. Car lorsqu'il a entendu réagir (dans une certaine mesure) face à une disposition de la convention de Rome, comme dans le cadre de la directive sur le détachement des travailleurs, il a clairement fait mention de celle-ci dans les considérants de l'instrument en cause.

¹³⁴⁶ V. *supra*, n° 36 et s.

¹³⁴⁷ I. e. le législateur communautaire raisonne par rapport à l'espace communautaire, ce qui, on le verra, conduit parfois les législateurs nationaux à adapter les méthodes auxquelles ils sont habitués.

savoir quelle est la méthode la plus appropriée en vue d'atteindre ce résultat. C'est dire que le choix du mode adéquat de transposition des règles spéciales contenues dans les directives doit être bien davantage guidé par les objectifs substantiels poursuivis par le législateur communautaire que par la méthode utilisée. Seront successivement passées en revue la règle matérielle de droit international privé (A), la fraude à la loi (B), la technique des lois de police (C) et l'exception d'ordre public international (D).

A. Une règle matérielle de droit international privé ?

1. Rapprochement.

519. Selon une première analyse, M. FALLON estime, raisonnant à partir de l'article 6 de la directive « clauses abusives », que l'apport de ce texte est de qualifier d'abusives la clause par laquelle le professionnel entendrait imposer le choix d'une loi à son cocontractant.¹³⁴⁸ Il poserait donc une règle matérielle de droit international privé.¹³⁴⁹ Ainsi serait déclarée inopposable au consommateur le contenu de la loi choisie dès lors qu'existerait un lien étroit entre le contrat et le territoire d'un Etat membre. Dès lors, nul ne serait besoin de recourir à l'adjonction de règles spéciales de droit international privé puisque, comme le montre l'auteur, cette question s'intègre au droit international privé du for¹³⁵⁰.

En effet, celui-ci distingue bien la question de la loi applicable pour apprécier la validité d'un contrat de celle de l'appréciation des conditions auxquelles peut être choisie la loi contractuelle. Alors que la première relève, selon l'article 8.1 de la convention de Rome, de la loi qui serait applicable si le contrat était valable, la seconde fait partie de la formulation même de la règle de rattachement du for. Par conséquent, il faut interroger la *lex fori* pour savoir quelles sont les contraintes éventuelles pesant sur la loi d'autonomie en matière contractuelle. Appliqué à une clause de choix d'une loi étrangère, le raisonnement conduit à soumettre l'appréciation du caractère abusif de cette clause à la *lex fori*¹³⁵¹. La disposition de droit international privé contenue dans la directive s'analyse alors comme une disposition matérielle impérative pour les juges des Etats membres. Ainsi, quel que soit le juge saisi au

¹³⁴⁸ « Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive 93/13 du 5 avril 1993 », *Rev. eur. dr. cons.* 1996, p. 3-27, spéc. p. 14, n° 14.

¹³⁴⁹ Sur les règles matérielles, V. not. OPPETIT (Bruno), « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP, Journée du cinquantenaire*, 1988, p. 121 ; MALINTOPPI, « Les rapports entre droit uniforme et droit international privé », *RCADI* 1965, III, p.7 ; M. SIMON-DEPITRE, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *RCDIP* 1974, p. 591 ; V. aussi les développements de Ph. FRANCESKAKIS sur le sujet dans sa thèse, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, spéc. p. 16, n° 12.

¹³⁵⁰ En revanche, l'auteur estime que la directive « clause abusive » pourrait imposer aux Etats membres de poser des restrictions concernant les clauses d'élection de for, dans la mesure où à défaut d'une telle réglementation, il y aurait là un moyen permettant au professionnel d'échapper à la qualification d'abusives de la clause d'élection de droit. V. M. FALLON, art. préc. note 1348, spéc. p. 15/16, n° 16.

¹³⁵¹ *Op. cit.*, spéc. p. 10/11, n° 9.

sein de l'Union, dès lors que la situation juridique en litige présente un lien avec le territoire communautaire, la qualification du caractère abusif de la clause de choix de loi s'impose à lui, en tant que disposition matérielle de droit international privé. Si la clause de choix de loi est déclarée abusive, le juge devra alors déterminer la loi applicable au contrat selon les règles générales de la convention de Rome, à savoir, selon les cas, l'article 4 ou l'article 5.

Cette analyse originale menée à propos de la directive « clauses abusives » est convaincante. L'on peut en effet concevoir qu'une directive visant à réglementer les clauses abusives comporte une règle matérielle de droit international privé déclarant abusive une clause de choix de loi. Ainsi l'article 3, paragraphe 1^{er} de la directive énonce qu' « *(u)ne clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.* » Or la clause de choix de loi peut très bien répondre à ces critères.

Ainsi, dans cet esprit, MM. MAYER et HEUZE estiment que la formule employée dans les directives consuméristes conduit à analyser la clause spéciale comme une « *règle matérielle qui écarte l'application de la loi choisie par les parties lorsqu'elle porte atteinte aux droits que les directives leur reconnaissent.* »¹³⁵²

2. Limites.

520. On le voit, c'est en raison des dispositions matérielles mêmes contenues dans cette directive et qui sont spécifiques à la matière des clauses abusives que le recours au concept de règle matérielle de droit international privé est concevable. Mais rien ne permet *a priori* de transposer un tel raisonnement aux directives qui réglementent d'autres matières. C'est pourquoi une telle qualification peut difficilement être étendue aux autres directives comportant une disposition affectant le droit international privé.

En outre, la qualification ainsi proposée n'est envisageable qu'au prix d'une déformation du concept de règle matérielle, à deux égards. D'une part, de telles règles présupposent « *l'applicabilité de la loi de l'Etat où elles sont invoquées.* »¹³⁵³ Or il n'en sera pas toujours ainsi puisque les directives communautaires imposent aux Etats membres de prendre en compte une situation juridique qui ne comporterait aucun lien avec le for, dès lors qu'elle en entretiendra un avec un ou plusieurs Etat(s) membre(s) de l'Union. Cela étant, on peut très

¹³⁵² *Droit international privé*, Montchrestien, 8^{ème} éd., Paris, 2004, p. 21, n° 31-1. Ils ne s'étendent toutefois pas sur les raisons de cette qualification ni sur l'acception qu'ils retiennent de la règle matérielle. Nous les citons donc pour montrer qu'une telle qualification est envisageable, mais notre rejet de celle-ci n'implique pas nécessairement un rejet de l'opinion de ces auteurs.

¹³⁵³ *Ibidem.*

bien admettre que le droit communautaire oblige à une certaine modification du concept traditionnel, en estimant que chaque juge des Etats membres est garant du respect du droit communautaire sur tout le territoire communautaire et pas uniquement lorsque la situation en cause entretient un lien avec le for. En somme, selon une telle conception, le for est élargi au territoire communautaire.

Mais d'autre part, par définition, la règle matérielle s'applique directement, « *sans passer par l'intermédiaire de règles de conflit de lois.* »¹³⁵⁴ Or, dans la mesure où la formule employée par le législateur communautaire oblige à vérifier le contenu de la loi de l'Etat tiers choisie par les parties, avant, le cas échéant, de l'écarter au motif qu'elle n'assure pas au consommateur une protection égalant celle prévue par la directive, la règle de conflit aura par hypothèse auparavant été mise en œuvre.

Evidemment, on comprend bien le souci des partisans de cette qualification : c'est de restreindre la perturbation générée par les règles spéciales insérées dans les directives sur les règles de conflit unifiées de la convention de Rome. En effet, on suppose que dans l'esprit des auteurs, dès lors que la loi de l'Etat tiers aura été écartée, il faudra recourir aux règles de conflit de droit commun pour déterminer quelle loi doit s'appliquer. Cependant, il existe, on le verra, un autre moyen d'apaiser ces conflits. Et pour trouver ce procédé, il faut au préalable affiner l'analyse de la clause en la rapprochant d'autres mécanismes connus.

B. Une volonté de déjouer une « fraude à la loi » ?

1. Rapprochement.

521. C'est en quelque sorte comme un « appendice » des dispositions concernant le droit substantiel insérées dans les directives que le droit communautaire a commencé à édicter des règles de droit international privé. En outre, leur spécificité, à l'exception de la directive *timesharing*, est de protéger le consommateur uniquement contre le choix d'une loi étrangère. Partant de ces constats, au plan théorique, on pourrait être tenté d'analyser ces clauses comme mettant en place un mécanisme permettant de déjouer une sorte de fraude à la loi.¹³⁵⁵ On sait,

¹³⁵⁴ V. not. BATIFFOL et LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8^{ème} éd. 1993, LGDJ, Paris, p. 420, n° 250.

¹³⁵⁵ Selon la formule employée par la Cour de cassation, il y a fraude à la loi en droit international privé notamment lorsque « *les parties ont volontairement modifié un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente* ». (Civ., 1^{ère}, 17 mai 1983, *Soc. Lafarge*, RCDIP 1985, p. 346, note B. ANCEL). V., sur la fraude à la loi, not. B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Paris, Dalloz, 1974 ; G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971/1973, p. 117 ; MARIDAKIS, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », *Mél. MAURY*, t. 1, p. 231 ; MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : la fraude à la loi et l'ordre public*, Valladolid, 1952 ; NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. int. et lég. comp.* 1926, p. 503 ; P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Répertoire Dalloz Droit international*, v. « fraude à la loi ».

en effet, que l'hypothèse typique de la fraude à la loi en droit international privé est celle où les parties à un rapport de droit modifient les facteurs de rattachement en vue d'influer sur la solution du conflit de lois.¹³⁵⁶ La question se pose dès lors de savoir si l'on peut considérer que la fraude est constituée lorsque les parties à un contrat purement interne « créent » artificiellement un élément d'extranéité en stipulant l'application d'une loi étrangère.

On se rapproche ainsi de la définition de la fraude à la loi donnée par M. BISCHOFF¹³⁵⁷. En effet, selon lui, la fraude à la loi peut consister, simplement, en matière contractuelle, à modifier volontairement un rapport de droit de façon à lui donner un caractère international qu'il ne possédait pas auparavant, afin d'échapper à la compétence normale de la loi interne. Or entre faire intervenir artificiellement un élément d'extranéité et se contenter de choisir une loi étrangère, il n'est pas certain qu'il y ait vraiment une grande différence, dès lors que l'élément d'extranéité en cause est insignifiant.¹³⁵⁸

Au demeurant, l'article 3.3 de la convention de Rome a pu être rapproché, de façon pertinente, d'un mécanisme visant à éviter une fraude à la loi.¹³⁵⁹ Car il s'agit finalement, dans le cadre de ce texte, d'éviter qu'un contrat ne revête un caractère international (offrant ainsi aux parties la possibilité de choisir la loi qui y est applicable et, partant, leur permettant d'éluder les dispositions impératives de la loi interne normalement applicable) par la simple volonté des contractants, c'est-à-dire par l'insertion d'une clause de choix de loi.¹³⁶⁰ Et dans la mesure où, précisément, les directives ne sanctionnent que l'hypothèse du choix de loi, un auteur a pu judicieusement comparer le mécanisme mis en place par celles-ci au concept d'impérativité du droit interne.¹³⁶¹ Seulement, à la différence de l'article 3.3, l'espace de référence serait le territoire européen.

2. Limites.

¹³⁵⁶ Si la fraude à la loi paraît difficilement concevable en matière contractuelle en raison de la spécificité du facteur de rattachement fondé sur la volonté des parties, certains semblent l'admettre. V. not. LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et de VAREILLES-SOMMIERES (P.): *Précis de Droit international privé*, 8^{ème} éd. Dalloz, Paris, 2004, p. 364, n° 266. *Contra* : BATIFFOL et LAGARDE, *Traité*, spéc. p. 595, n° 371.

¹³⁵⁷ *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, Paris, 1959, spéc. p. 159.

¹³⁵⁸ Ainsi, on peut imaginer deux cocontractants de la même nationalité qui stipuleraient que leur contrat a été conclu à l'étranger, celui-ci étant destiné à être exécuté dans le pays dont ils sont ressortissants, uniquement en vue de lui conférer un caractère international.

¹³⁵⁹ V. F. VIANGALLI, « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *Rev. de la recherche juridique droit prospectif*, 2000-3, p. 1141.

¹³⁶⁰ Dans le cadre de l'article 3.3, le choix, par les parties, d'une loi étrangère pour régir leur contrat ne sera pas dépourvu d'effet. Simplement, en tout état de cause, elles devront respecter les dispositions impératives (au sens du droit interne) de la loi normalement compétente à défaut d'un tel choix.

¹³⁶¹ V. E. PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 117, spéc. p. 139.

522. Le parallèle avec l'impérativité du droit interne (étendue au territoire communautaire) a ses limites et mérite en tout cas d'être précisé dans notre contexte. D'une part, en effet, la directive *timesharing* ne se cantonne pas à la seule hypothèse du choix de la loi d'un Etat tiers. D'autre part, le législateur communautaire exige, dans les autres directives, « un lien étroit » avec le territoire de l'Union. Ce qui signifie qu'il entend bien ne pas s'intéresser exclusivement aux hypothèses où le contrat ne serait qualifiable d'international (*i. e.* pas seulement « intracommunautaire ») qu'en raison du choix de la loi d'un Etat tiers. L'exigence d'un lien étroit avec le territoire communautaire prévue dans les directives permet incontestablement d'englober les contrats présentant par ailleurs un lien avec un Etat tiers. Du reste, la Cour de justice, dans sa décision du 9 septembre 2004¹³⁶², a précisé que ce « lien étroit » pouvait exister « *dans les relations contractuelles impliquant des pays tiers* »¹³⁶³.

523. C'est dire qu'en dépit de leur spécificité, les règles insérées dans les directives sont bien des règles de droit international privé et n'incarnent pas seulement une extension de l'impérativité du droit interne au territoire communautaire. Il est vrai qu'elles ont un statut particulier. Elles relèvent selon nous de l'impérativité interne du droit communautaire, mais le législateur communautaire a entendu la projeter au plan international en fonction d'un critère de rattachement, incarné par le « lien étroit ». Cette impérativité interne du droit communautaire apparaît nettement à la lecture de nombreuses directives consuméristes qui posent clairement le caractère impératif de l'instrument en cause¹³⁶⁴. Et l'on constate, à la lecture de celles-ci, que les précisions qui touchent au droit international privé suivent directement celles concernant le caractère impératif (au sens du droit interne) des directives en cause. Elles apparaissent toutes deux dans un même article, à des alinéas successifs. Cette proximité entre les deux dispositions permet de comprendre ce qui les unit et également ce qui les sépare. Alors que la première s'intéresse à l'impérativité interne de la directive en cause, la seconde va « plus loin » en précisant que cette impérativité interne s'impose en présence d'un « lien étroit » (et pas uniquement lorsque la situation n'entretient que des liens) avec le territoire communautaire.

¹³⁶² Aff. C-70/03, *Commission contre Royaume d'Espagne, Rec.*, p. I-7999. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 541 et s.

¹³⁶³ Point 30.

¹³⁶⁴ V. par ex. l'article 6 de la directive 85/577 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux qui prévoit que « *(l) le consommateur ne peut renoncer aux droits qui lui sont conférés en vertu de la présente directive* ». Dans les directives plus récentes, on retrouve souvent cette même formule dans un article intitulé « caractère impératif [ou contraignant] des dispositions de la présente directive ». V. par ex. l'article 12.1 de la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

C'est pourquoi il est indéniable qu'une extension de l'article 3.3 visant à prendre en compte l'espace communautaire contribuera certes, mais ne suffira pas à satisfaire les objectifs poursuivis par le législateur communautaire lorsqu'il a élaboré les directives.¹³⁶⁵

C. Une loi de police ?

524. Seront envisagés successivement un rapprochement avec la théorie classique des lois de police (1) puis avec la théorie des lois de police étrangères (2).

1. La théorie classique des lois de police.

525. On pourrait penser à faire le rapprochement entre les formules employées dans les directives et le mécanisme des lois de police¹³⁶⁶, en raison de leur texture unilatérale. Cette méthode unilatérale est typique de la démarche habituellement employée par le droit communautaire pour définir sa sphère d'application spatiale. Elle traduit, au fond, l'indifférence du droit communautaire à l'égard du conflit de lois, celui-ci définissant son domaine d'application spatial en fonction de ses objectifs propres.

Cependant, on ne pourrait admettre une telle qualification qu'au prix d'une quadruple déformation du concept. En effet, la comparaison achoppe sur le fait que la directive subordonne le bénéfice du régime protecteur qu'elle pose à la condition que la loi choisie n'assure pas une protection équivalente. Or, en principe, une loi de police s'applique indépendamment de la teneur de la loi normalement applicable. Les dispositions insérées dans les directives relèvent d'une approche finaliste de l'ordre public. Il s'agit bien, sous certaines conditions, de ne pas priver le consommateur de la protection offerte par la loi de l'Etat avec lequel la situation présente un lien étroit.

Ensuite, la formule négative employée dans les directives s'oppose à l'effet positif bien connu des lois de police qui se caractérisent par leur mise en œuvre en amont de la mise en œuvre de la règle de conflit normalement applicable.

Par ailleurs, ce n'est qu'en présence d'une *electio juris* que la disposition protectrice trouvant son origine dans le droit communautaire a vocation à s'appliquer. Or une loi de police est censée s'appliquer quelle que soit la loi (choisie ou non).

¹³⁶⁵ Sur les suggestions du Livre vert à ce sujet et la solution finalement retenue dans la proposition, V. *infra*, n° 594 et s.

¹³⁶⁶ Telle est l'interprétation retenue notamment par M. FALLON et S. FRANCO, qui utilisent indifféremment, à leur propos, les expressions de « mandatory provisions », « internationally mandatory rule » et « loi de police ». V. « Towards internationally mandatory directives for consumer contracts ? », in *Mél. K. Siehr*, TMC Asser Press, 2000, p. 155, spéc. p. 157 et 165. V. égal. M. FALLON, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 241, spéc. p. 255.

Enfin, l'obligation faite par le législateur communautaire d'appliquer le dispositif protecteur de la directive alors que la situation n'entretenirait que de très faibles liens avec le for, (dès lors qu'elle comporterait un lien étroit avec un ou plusieurs Etat(s) membre(s)) est difficilement conciliable avec la théorie classique des lois de police, où le juge ne se soucie que de l'application des dispositions internationalement impératives du for. C'est alors que le contexte dans lequel s'insèrent les directives conduit à faire un certain rapprochement avec le mécanisme des lois de police étrangères.

2. Le rapprochement entre les lois nationales de transposition et la théorie des lois de police étrangères.

526. L'analyse en termes de lois de police étrangères nous éloigne de l'analyse de la formule même employée dans les directives. En effet, elle n'est concevable qu'en raisonnant à partir des lois nationales de transposition des directives et non à partir des directives elles-mêmes. La perspective est ici différente. Il s'agit de se demander si la formule ne pourrait pas être interprétée comme obligeant les juges des Etats membres à appliquer, suivant certains critères, les lois nationales de transposition des Etats membres avec lesquels la situation entretient le « lien étroit » requis dans la plupart des directives sous examen.

Sous cet angle, un certain rapprochement peut être opéré, au sein de l'espace communautaire, entre le processus d'application des lois nationales de transposition des directives et la théorie des lois de police étrangères. En effet, comme les directives consuméristes ici étudiées, l'article 7.1 de la convention de Rome fait mention d'un « lien étroit ». En outre, selon l'article 7.1, le juge doit notamment prendre en compte le résultat auquel aboutit la mise en œuvre de la loi en cause. On retrouve donc l'approche finaliste de la formule retenue dans les directives qui précise bien qu'il s'agit de ne pas priver le consommateur d'une certaine protection.

Si l'on admet le rapprochement entre les lois nationales de transposition des dispositions spéciales insérées dans les directives et les lois de police étrangères, il faudrait considérer qu'elles devraient priver les juges nationaux de l'appréciation qui leur est permise dans le cadre de l'article 7.1 de la convention de Rome lors de la mise en œuvre d'une loi de police étrangère. Ainsi, dans les relations réciproques entre Etats membres, les lois nationales de transposition des directives seraient réputées remplir les critères prévus dans ce texte concernant la nature et l'objet des lois de police, ainsi que les conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application. En l'occurrence, ces conséquences seraient qu'à défaut de les appliquer, le consommateur serait privé de la protection offerte par les

directives. Par ailleurs, les Etats s'étant réservé le droit de ne pas appliquer l'article 7.1¹³⁶⁷ s'y verraient d'une certaine manière contraints dans les domaines couverts par les dispositions impératives contenues dans les directives.

Cependant, le rapprochement avec une technique comportant de nombreuses zones d'ombre, qui est loin de faire l'unanimité en doctrine et qui n'a pas fait non plus ses preuves en pratique, risque de mener à une impasse. En effet, le problème qui nous occupe, qui est, rappelons-le, de s'efforcer de traduire par la méthode la mieux appropriée les exigences communautaires, ne sera que déplacé si l'on décide, à cette fin, de recourir à une méthode peu fiable. En outre, la formulation négative des clauses insérées dans les directives contraste avec la fonction positive des lois de police. Cette dernière caractéristique conduit alors à comparer les clauses des directives avec le mécanisme de l'exception d'ordre public international.

D. L'exception d'ordre public international ?

527. S'il est parfaitement concevable de procéder à un rapprochement entre les formules insérées dans les directives et le mécanisme de l'exception d'ordre public international (1), sa mise en œuvre concrète montre qu'il n'est pas apte à aboutir à des solutions satisfaisantes (2).

1. Rapprochement.

528. On pourrait faire le rapprochement entre le mécanisme bien connu de l'exception d'ordre public international et la formule employée dans les directives. C'est ainsi que M. de VAREILLES-SOMMIERES¹³⁶⁸ estime, en raisonnant à partir de l'exemple de la directive *timesharing*, qu'il est envisageable de recourir au mécanisme de l'exception d'ordre public international (de proximité) pour traduire les exigences de la directive.¹³⁶⁹ L'analyse présente l'avantage de faire ressortir l'approche finaliste retenue par les auteurs de la directive. Par ailleurs, la formulation négative, permettant de faire jouer la règle de rattachement avant de faire intervenir, si nécessaire, un mécanisme en vue de faire respecter l'ordre public, est indiscutablement conforme à la formulation des dispositions touchant au droit international

¹³⁶⁷ Il s'agit de la Grande-Bretagne, du Grand Duché de Luxembourg, de l'Irlande et de l'Allemagne.

¹³⁶⁸ « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 781, spéc. p. 799. V. également J.-S. BERGE et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, note sous CJCE, 9 sept. 2004, *Commission c/ Espagne*, aff. C-70/03, *JDI* 2005, p. 819, spéc. p. 829. Les auteurs estiment que la mise en œuvre des règles spéciales de droit international privé insérées dans certaines directives « devrait se faire davantage par le jeu d'une exception d'un ordre public de proximité que par l'effet d'une loi de police ».

¹³⁶⁹ L'auteur écrit que l'article 9 de la directive *timesharing* aurait tout aussi bien pu être rédigé en ces termes : « Les Etats prennent toute mesure de nature à conférer un caractère d'ordre public international à la protection accordée à l'acquéreur par la présente directive dès lors que l'immeuble sur lequel porte le droit d'utilisation est sis sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne ». *Op. cit.*, *loc. cit.*

privé insérées dans les directives. Enfin, l'exigence du « lien étroit » permet de faire le rapprochement avec le concept d'ordre public de proximité¹³⁷⁰. Reste que la mise en œuvre de ce mécanisme risque de présenter un certain nombre d'incertitudes et, partant, de conduire à des solutions peu satisfaisantes.

2. Les incertitudes lors de la mise en œuvre du mécanisme.

529. Une incertitude concernera la question du choix de la loi de substitution, à supposer que le mécanisme de l'exception d'ordre public ait été amené à jouer (a). Une autre incertitude entoure l'étendue de la substitution (b).

a) *L'incertitude concernant le choix de la loi de substitution.*

530. Telle qu'elle est présentée habituellement, l'exception d'ordre public ne permet pas de jouer en faveur d'une autre loi que celle du for. Théoriquement, ce mécanisme a pour fonction de préserver les valeurs fondamentales du for, et d'elles seules. C'est ainsi que de nombreux systèmes de droit international privé prévoient que la *lex fori* doit remplacer la loi étrangère évincée¹³⁷¹.

531. Toutefois, cette solution ne s'impose pas de façon si absolue dans les Etats membres. Ainsi, en Allemagne, par exemple, une décision souvent citée du *Reichsgericht* du 19 décembre 1921¹³⁷² illustre un autre procédé consistant à substituer à la disposition évincée une autre disposition du droit étranger, dont l'application ne heurterait pas les valeurs fondamentales du for. En l'espèce, la disposition suisse évincée déclarait une créance imprescriptible. Le *Reichsgericht* ne lui a pas substitué le droit allemand en matière de prescription (contrairement à ce qu'avaient fait les juges d'appel), mais la disposition du droit suisse prévoyant la prescription la plus longue. La solution a été critiquée à juste titre, selon nous. En effet, ce souci de préserver l'application de la loi étrangère, qui est louable en soi, est ici malvenu puisque le système aboutit à « déformer » la loi étrangère. D'où l'on voit que le remède proposé (l'alternative à la substitution de la loi étrangère par la *lex fori*) est pire que le mal combattu (l'éviction de la loi étrangère et sa substitution par la *lex fori*).

En dépit des critiques qui ont pu être adressées à ce procédé, on en trouve des applications en droit positif comparé. C'est ainsi qu'en droit international privé portugais, l'article 22 du code civil prévoit qu'en cas de déclenchement de l'exception d'ordre public international, la

¹³⁷⁰ Sur ce concept, V. *supra*, chap. prélim., n° 57 et s.

¹³⁷¹ V. not., en France, BATIFFOL et LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8^{ème} éd. 1993, LGDJ, Paris, spéc. p. 591, n° 367. En jurisprudence française, V. not. Cass., Civ., 15 juillet 1963, *RCDIP* 1964, *somm.* p. 732 ; Cass., Civ., 15 mai 1963, *JCP éd. G*, 1963, II, n° 13365, note H. MOTULSKY ; *JDI* 1963, p. 1016, note Ph. MALAURIE ; *RCDIP* 1964, p. 532, note P. LAGARDE. Pour des exemples européens, V. not. l'Autriche (loi du 15 juin 1978, art. 6), l'Espagne (décret-loi du 31 mai 1974, art. 12, paragraphe 3).

¹³⁷² *Rev. dr. inter. pr.* 1926, p. 278, exemple cité et critiqué not. par BATIFFOL et LAGARDE, *Traité*, p. 593, n° 369, note 2.

solution de substitution doit d'abord être recherchée dans les règles les plus appropriées de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, avant d'appliquer, à titre subsidiaire, la *lex fori*.¹³⁷³

Le droit international privé italien fournit lui aussi un exemple d'alternative au recours à la *lex fori*. En effet, l'article 16 de la loi du 31 mai 1995¹³⁷⁴ dispose que lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit contrevient à l'ordre public, il faut appliquer la loi désignée par un facteur de rattachement subsidiaire. Ce n'est que si un tel facteur de rattachement ne peut pas être utilisé ou s'il mène également à un résultat contraire à l'ordre public que la *lex fori* intervient. On le voit, le système postule l'existence d'une règle de conflit complexe qui propose plusieurs facteurs de rattachement.¹³⁷⁵ Reste que cette règle spéciale ne concerne pas les obligations contractuelles, à propos desquelles l'article 57 renvoie à la convention de Rome. L'intérêt de l'exemple est toutefois de montrer qu'il est parfaitement envisageable d'en étendre la portée.

532. Ces méthodes visant à proposer une alternative à la *lex fori* dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public méritent d'être méditées dans un contexte européen. En effet, le procédé consistant à recourir de façon inconditionnelle à la *lex fori* en guise de loi de substitution y semble particulièrement peu satisfaisant. On pourrait légitimement s'attendre à plus de coopération entre les Etats, eu égard au rapprochement des droits substantiels des Etats membres constaté au fil des interventions du législateur communautaire à cette fin. En outre, ce recours systématique à la *lex fori* risque d'encourager le *forum shopping*. Par ailleurs, il est tout à fait possible que la loi du pays avec lequel la situation juridique entretient un lien étroit soit plus favorable au consommateur que la *lex fori*, dans la mesure où l'on sait que les Etats membres peuvent, selon les directives, prévoir des règles renforçant la protection du consommateur dans le cadre des transpositions nationales.

C'est pourquoi on peut s'interroger sur une possible mise en œuvre de la loi du pays avec lequel la situation présente le « lien étroit » requis par les directives lorsque la loi étrangère choisie par les parties a été évincée. Admettre une telle ouverture conduit à admettre du même

¹³⁷³ Ce texte prescrit d'appliquer, par substitution à la disposition étrangère évincée, « les règles les plus appropriées de la législation étrangère compétente ou, subsidiairement, les règles du droit interne portugais ». R. M. MOURA RAMOS insiste à ce sujet sur la vocation vraiment subsidiaire de la *lex fori* en droit international privé portugais, celle-ci n'étant appliquée qu'après qu'ait été établie l'impossibilité de recourir à une disposition alternative du droit étranger compétent. V. « Rapport portugais », in *L'ordre public*, Travaux de l'association H. CAPITANT, journées libanaises, tome XLIX/1998, LGDJ, p. 264, spéc. p. 266.

¹³⁷⁴ Entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1995. (V. la traduction française in *RCDIP* 1996, p. 177.) Sur cette loi, V. not. A. GIARDINA, « Les caractères généraux de la réforme », *RCDIP* 1996, p. 1 ; F. POCAR, « Le droit des obligations dans le nouveau droit international privé italien », *ibidem*, p. 41.

¹³⁷⁵ Tel est le cas par ex. de la règle de conflit française relative aux effets du mariage qui désigne en premier lieu la loi nationale commune des époux, à défaut, la loi du domicile commun, à défaut, la *lex fori*.

coup une altération du fonctionnement habituel de l'exception d'ordre public (du moins, tel qu'il est unanimement présenté en droit international privé français), ce qui, après tout, peut parfaitement se concevoir : le droit communautaire n'a-t-il pas habitué les internationalistes à d'autres perturbations de ses mécanismes habituels ? On peut donc admettre que le droit communautaire infléchisse le mécanisme et invite à revoir sous un éclairage nouveau la question de la loi de substitution.¹³⁷⁶ On remarquera toutefois que chemin faisant, on s'éloigne du mécanisme de l'exception d'ordre public international pour se rapprocher de celui des « dispositions impératives protectrices » dont on a au demeurant souligné le lien qu'elles entretenaient avec l'exception d'ordre public¹³⁷⁷.

Mais c'est surtout la question de l'étendue de la substitution qui pourrait soulever davantage de difficultés.

b) L'incertitude entourant l'étendue de la substitution.

533. Pour s'en tenir au droit international privé français, on sait que l'exception d'ordre public n'évince la loi étrangère que dans la stricte mesure de son inadéquation aux canons du for.¹³⁷⁸

Mais encore faut-il préciser la portée de cette affirmation. Généralement, on en déduit que le juge du for ne doit pas évincer la loi étrangère dans son ensemble, mais seulement la (ou les) disposition(s) aboutissant, en l'espèce, à heurter les valeurs fondamentales du for.

Partant de là, une première possibilité, qui a notre faveur, conduit à n'évincer la loi étrangère que dans la stricte mesure de sa contrariété à l'ordre public, en ajustant la disposition de la loi étrangère évincée. La substitution doit alors se faire au plus près possible de la solution évincée, par un aménagement concernant le droit matériel.¹³⁷⁹ Ce procédé est d'ailleurs parfaitement en phase avec l'appréciation concrète menée pour vérifier si l'application de la loi étrangère ne heurte pas, au cas d'espèce, les conceptions fondamentales du for. Ainsi, si la loi choisie n'est pas protectrice des consommateurs, ce mécanisme conduit à s'en tenir quoi qu'il en soit au seuil minimum prévu par la directive.¹³⁸⁰

¹³⁷⁶ Reste que si l'on admet de faire jouer le mécanisme de l'exception d'ordre public, des disparités de solutions entre les Etats membres quant à la loi de substitution se retrouveront logiquement dans les lois de transposition.

¹³⁷⁷ V. *supra*, n° 59.

¹³⁷⁸ V. not. BATIFFOL et LAGARDE, *Traité*, p. 592, n° 368.

¹³⁷⁹ Certains auteurs allemands ont proposé ce mécanisme vers lequel va notre préférence (du moins toutes les fois qu'il est possible de le mettre en œuvre). V. not. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 6ème éd. 1987, p. 335; SPICKHOFF, *Der Ordre public im internationalen Privatrecht, Entwicklung, Struktur, Konkretisierung*, 1989, p. 105; KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 1990, § 36, V (réf. citées par H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, spéc. p. 593, n° 369, note 4.)

¹³⁸⁰ En Allemagne, au cours des discussions ayant mené aux transpositions des directives consuméristes, un auteur, M. STAUDINGER, a d'ailleurs proposé, dans l'hypothèse où la loi choisie par les parties ne respecterait pas le seuil minimum prévu par celles-ci, de recourir à la *lex fori* (donc la loi allemande de transposition) mais de s'en tenir à ses règles qui s'en tiennent rigoureusement au seuil minimal de protection prévu par les directives. Ainsi, le surplus de protection prévu par le législateur allemand serait neutralisé dans cette hypothèse.

Concrètement, en ce qui concerne la directive *timesharing*, ce raisonnement nous conduit à considérer que l'article 9 fournit les canons de référence en la matière et que, par conséquent, la loi étrangère ne respectant pas les seuils prévus par la directive devra être ramenée aux exigences minimales prescrites par celle-ci. Cependant, M. de VAREILLES-SOMMIERES ne suit pas notre raisonnement, puisqu'une fois la loi du pays tiers évincée, du moins en matière de *timesharing*, il hésite entre une substitution par la *lex fori* et une substitution par la loi du lieu de situation de l'immeuble¹³⁸¹.

Lorsque les parties auront porté leur choix en faveur d'une loi étrangère à l'Union, le mécanisme de l'exception d'ordre public pourrait conduire, selon la méthode retenue, soit au seuil minimal prévu par la directive (si l'on retient la méthode consistant à aménager, au plan matériel, la mise en œuvre de la loi désignée par la règle de conflit de principe); soit à l'application de la *lex fori* ou de la loi du pays avec lequel la situation entretient un lien étroit par hypothèse plus protectrices.

L'absence de consensus concernant le choix de la loi de substitution ainsi que l'étendue de la substitution montre que l'exception d'ordre public international n'est pas la panacée...

534. Le rapprochement entre les formules utilisées dans les directives et l'exception d'ordre public international présente néanmoins le mérite de mettre en évidence leur appartenance à une conception finaliste de l'ordre public. En revanche, la mise en œuvre du mécanisme présente certaines incertitudes. C'est que par définition, c'est un mécanisme correcteur, régulateur, et donc inapte à assurer correctement une fonction de répartition. C'est pourquoi nous pensons que seules des règles bilatérales, en ce qu'elles prennent en charge cette fonction répartitrice, sont capables de traduire de façon satisfaisante les exigences véhiculées par les directives. Et comme elles ont pour particularité de jouer *in favorem*, c'est le mécanisme des « dispositions impératives protectrices » qui nous paraît le plus apte à traduire correctement leurs exigences.

§ III : Le choix en faveur d'une disposition impérative protectrice.

535. En raison de la différence apparente entre la formule employée dans les directives, marquée par le sceau de l'unilatéralisme et le caractère bilatéral des dispositions impératives protectrices, le choix en faveur de ces dernières dans le cadre des lois nationales de transposition doit être justifié (A). Alors pourra être mise en évidence la fonction du « lien étroit » en tant que facteur de rattachement dans l'élaboration de règles de conflit bilatérales

¹³⁸¹ Art. préc. note 1368, spéc. p. 798, note 40.

in favorem (B). L'analyse se concentrera ensuite sur le cas un peu particulier de la directive *timesharing*, dans laquelle le législateur a concrétisé le lien étroit (C).

A. Justification de ce choix.

536. Un rapprochement peut être fait entre les règles spéciales contenues dans les directives et le concept de « dispositions impératives protectrices » au sens de l'article 5 de la convention de Rome.¹³⁸² Comme ces dernières, en effet, elles se caractérisent par leur mise en œuvre *in favorem*. Quant à la nature des dispositions en cause, celles-ci relèvent de l'impérativité du droit interne (communautaire). Mais le législateur communautaire a voulu projeter cette impérativité au plan international, à l'instar de l'article 5, afin d'assurer le bénéfice de la protection offerte aux situations entretenant un lien étroit avec l'espace communautaire. Il existe toutefois certaines différences entre la méthode adoptée dans les directives et celle retenue dans la convention, mais elles ne remettent aucunement en cause l'analyse. L'une de ces différences concerne la méthode : l'article 5.2 de la convention de Rome énonce une règle bilatérale, tandis que le législateur communautaire a eu recours à une formulation unilatérale. Cette différence est certes essentielle.

537. Cependant, ce n'est pas parce que le législateur communautaire y a eu recours que les Etats ont pu légitimement en faire autant dans leur processus de transposition. En effet, s'agissant de directives, par définition, les Etats membres sont libres des moyens devant être utilisés afin de parvenir aux buts fixés par le législateur communautaire. Il n'appartenait pas à celui-ci de créer des règles de conflit élaborées. Rappelons en effet que jusqu'à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les compétences du droit communautaire en matière de droit international privé étaient très minces. Il incombe donc aux législateurs nationaux de traduire ses exigences en employant la méthode la mieux adaptée. Or seule l'unilatéralité de la méthode empêche de formuler une règle positive permettant de désigner un ordre juridique, telle que celle énoncée à l'article 5 de la convention de Rome. C'est pourquoi l'utilisation, dans les directives, d'une formule bilatérale aux fins de déterminer le domaine d'application spatiale des dispositions impératives eût été préférable, car elle aurait contribué à restreindre les disparités constatées entre les diverses lois nationales de transposition.¹³⁸³ Une formule bilatérale des règles retenues par le législateur communautaire dans ces directives aurait pu être rédigée comme suit : « *Lorsqu'un contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou*

¹³⁸² V. not. en ce sens L. GANNAGE qui insiste cependant sur la différence essentielle qui les séparent de l'article 5, à savoir l'unilatéralisme de la méthode. V. « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mélanges J. CALAIS-AULOY, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 421-445, spéc. p. 428.

¹³⁸³ V., en ce sens, M. FALLON et S. FRANCO, art. préc. note 1366, spéc. p. 167.

*de plusieurs Etats membres, les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur, en cas de choix de loi désignant un pays tiers, ne soit pas privé de la protection offerte en application de la présente directive par la loi de l'Etat membre avec lequel ce contrat entretient un lien étroit »*¹³⁸⁴.

Mais puisque le législateur communautaire n'a pas prétendu imposer une méthode, en dépit de la formulation unilatérale employée dans les directives, il est parfaitement possible d'obtenir le résultat souhaité par le législateur communautaire en recourant à des règles de conflit bilatérales. Ce qui est essentiel, en effet, dans les directives, c'est d'accorder une protection aux consommateurs dès lors que la situation juridique en cause entretient des liens étroits avec le territoire communautaire. Et il est parfaitement possible d'atteindre ce résultat en recourant à une formule du type de celle prévue à l'article 5.

On peut même considérer que la logique de coopération entre Etats membres innervant le droit communautaire commande que le critère du « lien étroit » conduise les Etats membres à soumettre le contrat en cause à la loi de l'Etat membre avec lequel ce lien étroit existe. Ainsi, la formule unilatérale employée par le législateur communautaire ne doit pas masquer l'exigence de bilatéralisation de la règle au sein de l'Union. Au demeurant, celui-ci a déjà eu recours, en droit des assurances, à des règles de conflit formulées de façon unilatérale à l'égard des Etats tiers et de façon bilatérale entre les Etats membres. De fait, c'est assez naturellement que certains législateurs nationaux ont transposé la directive « timesharing » en considérant le lieu de situation de l'immeuble comme un véritable facteur de rattachement permettant de désigner, au sein de l'Union, la loi applicable au contrat. C'est certainement parce que le choix du facteur de rattachement n'est pas aussi aisé en ce qui concerne les autres matières couvertes par des directives consuméristes que le législateur communautaire n'a pas souhaité (osé) formuler explicitement des facteurs de rattachement. Bien lui en a pris puisque finalement, ce faisant, il a précisément mis en évidence les difficultés soulevées par la détermination du « lien étroit » et, partant, a contribué à l'ouverture des débats sur ce sujet, qui vont déboucher sur une modification prochaine de l'article 5 de la convention de Rome.

538. Une autre différence entre la formule employée dans les directives et la méthode des dispositions impératives protectrices tient à la tournure positive de ces dernières, laquelle contraste avec l'approche négative des premières. Mais justement, les rapprochements opérés précédemment ont permis de mettre en évidence tout l'intérêt qu'il y avait, dans le contexte

¹³⁸⁴ Dans ce processus de bilatéralisation de la règle, on est inéluctablement tenté de recourir à l'expression de « liens les plus étroits » en vue de désigner plus précisément la loi applicable au sein de l'ordre juridique communautaire, lorsque le contrat présente des liens avec plusieurs Etats membres.

européen, de permettre aux différents juges de l'Union d'appliquer la loi du pays avec lequel la situation juridique en cause entretient le lien conditionnant le déclenchement de la protection offerte par les directives. En somme, on peut considérer que le lien étroit requis à cette fin n'est autre que le facteur de rattachement des dispositions impératives permettant, précisément, de désigner l'Etat dont les lois impératives devront être appliquées.

Seraient ainsi résolues les difficultés rencontrées *supra* à propos de la comparaison entre les dispositions contenues dans les directives et les lois de police ainsi que l'exception d'ordre public international. En effet, on a vu que ces mécanismes ne permettaient, du moins selon une approche traditionnelle, que d'opérer une désignation (que ce soit de façon positive pour les lois de police ou de façon négative pour l'exception d'ordre public) au profit de la loi du for uniquement.

539. Ce rapprochement entre les formules insérées dans les directives consuméristes et le concept de disposition impérative protectrice permet d'entrevoir le rôle que pourrait jouer le droit communautaire dans l'élaboration de règles de conflit *in favorem* : il pourrait enrichir ce mécanisme en précisant, dans chaque directive, quelles sont les dispositions tenues pour impératives (au sens du droit interne, puisque l'on a vu que ce texte se distinguait nettement des dispositions « internationalement impératives »). Serait ainsi du même coup préservée l'unité formelle entre les règles de droit international privé conçues pour s'appliquer indistinctement aux situations intracommunautaires et extracommunautaires.

Un point mérite cependant d'être clarifié dans le cadre du rapprochement qui vient d'être opéré entre le concept de dispositions impératives protectrices et les formules utilisées dans les directives. En effet, la question se pose de savoir si la fonction attribuée par le droit communautaire au concept de « proximité »¹³⁸⁵ se concilie bien avec celle qui est sous-jacente à l'article 5.

B. La fonction du « lien étroit » dans l'élaboration de règles de conflit *in favorem*.

540. Le rapprochement opéré entre les directives et les dispositions impératives protectrices conduit à s'interroger sur l'expression « lien étroit » ; autrement dit, quelles sont ses relations avec l'article 5 de la convention de Rome ? S'inscrit-elle en porte-à-faux par rapport à ce dernier texte ? Cette dernière question semble *a priori* avoir reçu une réponse positive relativement récemment par la Cour de justice dans un arrêt de constatation en manquement

¹³⁸⁵ Sur le principe de proximité, V. l'incontournable étude de référence de P. LAGARDE: « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. 196, p. 9. V. également M. FALLON, « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 241.

de l'Espagne¹³⁸⁶. C'est dire que la motivation retenue par le juge dans cet arrêt (1) est décisive en vue d'en tirer les conséquences sur l'analyse des formules insérées dans les directives en termes de dispositions impératives protectrices (2).

1. Présentation de l'arrêt CJCE, 9 septembre 2004, *Commission contre Espagne*.

541. Le législateur espagnol, dans sa loi de transposition de la directive relative aux clauses abusives, avait concrétisé le « lien étroit » par référence à la convention de Rome, en particulier son article 5. Le procédé est clairement condamné par la Cour de justice comme posant une restriction incompatible avec le domaine spatial de la protection du consommateur voulu par le législateur communautaire.

L'insuffisance de l'article 5 de la convention de Rome au regard des exigences posées par les directives consuméristes ne surprendra pas. Cette insuffisance peut se vérifier à travers deux exemples. Ainsi, le consommateur « dynamique » qui conclut un contrat présentant un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre de la Communauté, et contenant une clause de choix de loi désignant le droit d'un Etat moins protecteur dans les matières dans lesquelles le législateur communautaire a instauré une protection minimale impérative, sera privé de cette protection ; le même sort serait réservé au consommateur « statique » résidant habituellement sur le territoire d'un Etat non membre de la Communauté, dont le droit de la consommation serait moins protecteur que le standard minimum communautaire, et qui serait partie à un contrat contenant une clause de choix de loi désignant un droit lui aussi faiblement protecteur, la situation présentant par ailleurs un lien étroit avec le territoire communautaire (par exemple parce que le contrat y serait exécuté et que le professionnel y serait établi.)

542. Dès lors, cet arrêt présente surtout l'intérêt de préciser la fonction que la Cour entend attribuer au concept de « lien étroit ». Selon elle, « *Cette formule générale vise à permettre la prise en considération de divers éléments de rattachement en fonction des circonstances de l'espèce.* »¹³⁸⁷ Elle souhaite donc instaurer une certaine souplesse dans l'appréciation des diverses situations juridiques impliquant un consommateur, ce qui la conduit à s'opposer au recours à une « *combinaison de critères de rattachement prédéfinis, telles que les conditions cumulatives (...) visées à l'article 5 de la convention de Rome.* »¹³⁸⁸ Plus précisément, ces règles ne doivent pas, selon elle, être rigides, mais au contraire, flexibles, souples. Cependant, la Cour n'exclut pas la possibilité de concrétiser, par le biais de présomptions, ce lien étroit.

¹³⁸⁶ CJCE, 9 septembre 2004, *Commission contre Espagne*, aff. C-70/03, *Rec.*, p. I-7999; *Europe* 2004, *comm.* n° 376, obs. L. IDOT ; *JDI* 2005, p. 819, note J.-S. BERGE et M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *RCDIP* 2005, p. 457, note Mathias AUDIT.

¹³⁸⁷ Point 32.

¹³⁸⁸ Point 33.

Au plan des méthodes du droit international privé, les exigences communautaires semblent pouvoir être correctement traduites par des règles visant à poser des présomptions concernant le lien étroit, mais celles-ci ne doivent pas empêcher la prise en compte éventuelle d'autres facteurs et s'il n'en existe qu'une, elle ne doit pas être irréfragable. On voit qu'à travers cette description se profile le mécanisme de la « clause d'exception », telle que celle notamment de l'article 6.2 *in fine*¹³⁸⁹ de la convention de Rome.

Finalement, ce qu'elle semble rechercher, c'est un équilibre entre le souci de sécurité juridique que traduit l'établissement de présomptions concernant l'ordre juridique avec lequel la situation présente un lien étroit, et la prise en compte des circonstances de l'espèce dans l'appréciation de ce critère du « lien étroit », en vue d'adapter celui-ci aux différentes situations juridiques se présentant notamment au juge¹³⁹⁰.

543. Au-delà de la législation espagnole en cause, cette décision est d'une importance capitale dans la mise en œuvre de l'article 6 de la directive sur les clauses abusives dans l'ensemble des Etats membres. Ces derniers doivent en effet, nonobstant la lettre de leurs lois respectives de transposition, intégrer ce mode souple de concrétisation du lien étroit. Cette solution est commandée par le principe d'interprétation des directives non ou mal transposées¹³⁹¹. Il en résulte que d'une certaine manière, les divergences apparues entre les lois nationales est estompée. Et par-delà la directive concernant les clauses abusives, c'est évidemment à l'ensemble des directives consuméristes se référant à un tel lien étroit que l'analyse à laquelle le juge a procédé doit s'étendre, même s'il n'est pas exclu que l'appréciation du lien étroit diffère quelque peu selon les directives, en fonction des objectifs qui peuvent leur être propres.

On peut dès lors regretter la tardiveté de l'intervention communautaire sur un point essentiel, d'autant plus que l'on peut se demander si elle n'est pas de nature à avoir des répercussions sur le mécanisme même retenu dans l'article 5 de la convention de Rome.

2. Répercussions sur le parallèle entre les formules des directives et les dispositions impératives protectrices.

¹³⁸⁹ Rappelons que ce texte, par dérogation aux règles de principe énoncées à l'article 6, permet de rattacher le contrat de travail à un autre pays que celui dont la loi serait applicable en application de ces règles, lorsque ce contrat « présente des liens plus étroits avec un autre pays ».

¹³⁹⁰ Rappr. le considérant (8) de la proposition de règlement « Rome I » (qui concerne en tout cas les règles générales) selon lequel « Afin de contribuer à l'objectif général de l'instrument qu'est la sécurité juridique dans l'espace de justice européen, les règles de conflit doivent présenter un haut degré de prévisibilité. Le juge doit toutefois disposer d'une marge d'appréciation afin de déterminer, dans des hypothèses limitées, la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation. »

¹³⁹¹ V. not. l'arrêt CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Rec.*, p. I-3349 ; *JDI* 1995, p. 425 ; *Europe* 1994, *comm.* 358.

544. L'arrêt *Commission contre Espagne* conduit à se demander si la fonction que la Cour a entendu attribuer au concept de proximité est compatible avec le mécanisme prévu à l'article 5 de la convention de Rome. A cet égard, la thèse soulignant la spécificité de la fonction du lien étroit en droit communautaire (a) ne nous semble pas en mesure de conclure à son incompatibilité avec l'article 5 (b).

a) *Présentation de la thèse soulignant la spécificité de la fonction du lien étroit en droit communautaire.*

545. M. FALLON, raisonnant notamment à partir des directives consuméristes, a mis en évidence la fonction particulière que revêtait le principe de proximité en droit communautaire en tant qu'instrument au service d'une politique législative conflictuelle. Il sert alors à déterminer, de façon unilatérale, le champ d'application spatial de règles appartenant à l'ordre juridique communautaire. C'est surtout, selon l'auteur, dans le droit dérivé que le principe de proximité assure cette fonction. La proximité procède alors « *de l'impérativité des règles matérielles dont l'applicabilité est en cause, impérativité affirmée comme l'instrument d'une politique de protection d'intérêts de particuliers.* »¹³⁹² On reconnaît, à travers cette description, ce que de nombreux auteurs ont pris l'habitude de nommer des « lois de police » communautaires. Cette fonction attribuée au principe de proximité diffère de celle qui soutient la convention de Rome, dont les règles générales visent à déterminer l'ordre juridique avec lequel la situation entretient les « liens les plus étroits ».

Ce rapprochement entre les clauses spéciales insérées dans les directives et les lois de police visées à l'article 7.1 de la convention de Rome¹³⁹³ conduit M. FALLON à appréhender le concept de proximité comme générateur d'« *une règle mise au service d'une politique législative ne cherchant pas à réaliser un objectif de proximité vu en soi.* »¹³⁹⁴ L'objectif est substantiel, plus concret que le principe abstrait de proximité conduisant à rattacher les situations juridiques à l'ordre juridique avec lequel elles entretiennent les liens les plus étroits. En résumé, la règle de proximité est mise au service d'une politique substantielle.

La fonction assignée au lien étroit commandant le choix du mode de transposition, l'auteur tire une conséquence d'ordre technique de ce rapprochement : les Etats membres seraient conduits en principe à laisser tel quel le concept dans le cadre des transpositions des directives, puisque la marge d'appréciation laissée à l'interprète dans la caractérisation du lien

¹³⁹² « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 241, spéc. p. 253.

¹³⁹³ Ce rapprochement est fait par M. FALLON, *op. cit.*, spéc. p. 255.

¹³⁹⁴ *Op. cit.*, spéc. p. 256.

étroit est inhérente au mécanisme décrit à l'article 7.1.¹³⁹⁵ Et il est vrai que la décision précitée de la Cour de justice accrédite d'une certaine manière cette idée. Cependant, on a vu aussi qu'elle ne s'opposait pas à un système de présomptions, ce qui conduit à restreindre la spécificité de la fonction attribuée par l'auteur au principe de proximité.

b) Notre position : l'absence de spécificité du principe de proximité en droit communautaire.

546. Il n'y a pas lieu d'opposer la souplesse du concept volontairement flou de « lien étroit » avec l'élaboration de critères de rattachement préétablis, en ce sens que ces derniers ne seraient, au fond, que l'aboutissement d'une évolution juridique initiée à partir du lien étroit. Ces rattachements ne sont donc que la concrétisation de liens étroits qui ont paru, au fil du temps, s'imposer dans des types de situations définies. Ainsi, on a vu, en droit du travail, que le critère du lieu d'exécution s'était progressivement dégagé en vue de déterminer la loi applicable au contrat de travail. De même, l'article 5 poursuit un objectif de protection des consommateurs tout en prenant en compte la proximité dans le processus de détermination de la loi applicable (la loi de référence à laquelle il faut, le cas échéant, confronter la loi choisie par les parties est celle du lieu de résidence habituelle du consommateur). L'idée de proximité y est donc présente, et elle est orientée de façon à servir un objectif substantiel : celui de protéger le consommateur ; étant rappelé que l'application, à un consommateur, des règles appartenant à la sphère juridique dans laquelle il s'insère, et partant, qui lui sont familières, contribue à en assurer la protection. Le principe de proximité apparaissant dans les directives s'inscrit dans cette logique.

M. NUYTS¹³⁹⁶ met lui aussi en évidence le lien entre le principe de proximité et celui d'ordre public de protection. Pour l'auteur, ce qu'il nomme les « lois de police administratives »¹³⁹⁷ se contentent parfois, pour revendiquer leur application, d'un lien purement factuel avec la situation juridique, cette dernière n'étant pas ancrée sur le territoire de l'ordre juridique comportant la norme revendiquant un domaine d'application territorial. En revanche, cette exigence de proximité concerne ce que l'auteur nomme les « lois de police protectrices »¹³⁹⁸. Elle paraît être une condition de la mise en œuvre de la protection offerte et consiste à exiger que les situations juridiques impliquant des personnes jugées dignes de protection s'inscrivent

¹³⁹⁵ *Op. cit.*, spéc. p. 256.

¹³⁹⁶ « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245, spéc. p. 50 et s., n° 11 et s.

¹³⁹⁷ Sur cette distinction établie par l'auteur entre les « lois de police administratives » et les « lois de police protectrices », V. *supra*, n° 376 et s.

¹³⁹⁸ Rappelons que nous réfutons cette distinction établie par l'auteur entre les lois de police administratives et les lois de police protectrices, ces dernières étant étrangères aux lois de police. Aussi, bien plus qu'une subdivision des lois de police, nous voyons dans ces deux catégories en réalité deux concepts théoriquement nettement distincts. V. *supra*, n° 377.

de façon relativement stable dans l'ordre juridique qui édicte la norme protectrice. Ainsi, par exemple, seul l'agent commercial ayant son établissement principal dans un pays donné pourra en bénéficier. Cette proximité, qui sert de fondement à la protection, est appréciée au regard de l'ensemble de la situation juridique en cause. Le caractère vague du concept de lien étroit retenu par la Cour de justice s'inscrit dans cette logique et rappelle que l'impérativité attachée à une norme peut tout à fait être fondée sur le concept de proximité. Du reste, des auteurs estiment que l'article 6.2 *in fine* de la convention de Rome est un instrument entre les mains du juge en vue notamment de permettre au salarié qui serait privé, en application de la règle de principe contenue à l'article 6, de protection, de pouvoir néanmoins en bénéficier¹³⁹⁹.

547. A partir du rapprochement opéré entre la formule recourant au « lien étroit » et la méthode des dispositions impératives protectrices, il devient parfaitement envisageable de préciser le lien étroit dans le cadre de règles de conflit bilatérales. Le principe de proximité est parfaitement apte à servir de circonstance de rattachement à un ordre juridique déterminé. Il peut servir de base à l'élaboration de règles de conflit bilatérales telles que les dispositions impératives protectrices.

Ce concept de « lien étroit » jouerait alors un rôle essentiel, consistant à suppléer provisoirement le défaut de consensus sur la concrétisation de ce concept. Mais dès lors qu'un consensus se dégagerait autour d'un critère déterminé, il devrait céder la place à des présomptions plus précises, tels par exemple le lieu de situation de l'immeuble dans le cas d'un contrat de *timesharing*, ou encore le lieu de résidence habituelle du consommateur en général s'agissant des contrats de consommation. De telles présomptions présentent un atout décisif car elles contribuent à la prévisibilité des solutions et plus généralement à la sécurité juridique. En fait, la tâche du droit communautaire pourrait consister à préciser ce lien étroit selon les situations juridiques en cause, ce qui permettrait, à terme, d'unifier, au sein de l'Union, le facteur de rattachement incarnant ce lien étroit.

548. De fait, le législateur communautaire semble bien avoir compris tout l'intérêt que peuvent présenter des règles de rattachement rigides en termes de sécurité juridique. C'est ainsi que la rédaction de l'actuel article 4 de la convention de Rome¹⁴⁰⁰ se trouve largement

¹³⁹⁹ V. not. en ce sens, J. DEPREZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international (articles 3, 6 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980) », *Dr. soc.* 1995, p. 323, spéc. p. 327 ; « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 737, spéc. p. 741, note 11. Pour un ex., cependant, d'utilisation de la clause d'exception dans un sens défavorable au salarié, V. BAG, 3 mai 1995, cité par P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP* 2003, p. 37 et s., spéc. note 51.

¹⁴⁰⁰ On rappelle que ce texte permet de déterminer la loi applicable au contrat à défaut de choix exercé par les parties. En schématisant, le texte soumet le contrat à loi du pays avec lequel il entretient les liens les plus étroits,

modifié dans la proposition de règlement « Rome I ». Et il ressort de l'exposé des motifs de la proposition que « *les modifications proposées visent à renforcer la sécurité juridique grâce à la transformation de simples présomptions en règles fixes, d'une part, et la suppression de la clause d'exception de l'autre.* »¹⁴⁰¹

Dès lors que l'on admet le principe de l'élaboration de règles de conflit reposant sur des rattachements préétablis, la question se pose inévitablement du choix de ce facteur de rattachement¹⁴⁰². A cet égard, le facteur de rattachement au lieu de situation de l'immeuble retenu dans la directive *timesharing* n'est pas exempt de critiques.

C. Analyse critique du facteur de rattachement de la directive *timesharing*.

549. Le facteur de rattachement retenu par la directive *timesharing* laisse quelque peu perplexe dans la mesure où la protection offerte à l'acquéreur n'est pas subordonnée à l'établissement de celui-ci sur le territoire communautaire, mais à la situation du bien immobilier sur ce territoire. L'hypothèse du bien situé à l'étranger alors que les deux contractants seraient des ressortissants communautaires n'a pas suscité la bienveillance du législateur communautaire. Et curieusement, dès lors que le bien immobilier sera situé sur le territoire communautaire, quand bien même les cocontractants seraient des ressortissants de pays tiers où la législation est peu protectrice, le consommateur pourra bénéficier de la protection minimale prévue dans la directive, si un tribunal du pays de situation de cet immeuble est compétent pour trancher un éventuel litige.

ce pays étant en principe présumé être celui où « le débiteur de la prestation caractéristique » est établi. Le paragraphe 5 écarte toutefois cette présomption « *lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.* »

¹⁴⁰¹ V. point 4.2, art. 4.

¹⁴⁰² La proposition de règlement établit un certain nombre de facteurs de rattachement qui diffèrent selon les catégories de contrats. Ainsi, l'article 4, paragraphe 1 prévoit qu'à défaut de choix de loi, « (...) (a) le contrat de vente est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ; (b) le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de service a sa résidence habituelle ; (c) le contrat de transport est régi par la loi du pays dans lequel le transporteur a sa résidence habituelle ; (d) le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble est régi par la loi du pays où est situé l'immeuble ; (e) nonobstant le point d), le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays où le propriétaire a sa résidence habituelle, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays ; (f) le contrat portant sur la propriété intellectuelle ou industrielle est régi par la loi du pays dans lequel celui qui transfère ou concède les droits a sa résidence habituelle ; (g) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ; (h) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ».

Par ailleurs, selon le paragraphe 2, « (l)es contrats qui ne sont pas visés au paragraphe 1 sont régis par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle. Et ce n'est que « (lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée [que] le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. » (Art. 4, paragraphe 2 *in fine*).

Il est vrai que dans ce cas, l'article 5 pourrait éventuellement intervenir. Mais son application n'est pas acquise. En effet, l'article 5 de la convention de Rome, rappelons-le, ne s'applique actuellement qu'aux « *contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services* » ainsi qu'aux « *contrats destinés au financement d'une telle fourniture* » (paragraphe 1). Ce qui exclut donc les contrats portant sur les biens immobiliers. Cependant, le *timesharing* recouvre des pratiques variées.¹⁴⁰³ Il peut parfois consister en une agrégation d'obligations contractuelles assumées par le professionnel, comprenant notamment la prestation de différents services, telle la mise en place d'un système d'échange permettant aux consommateurs de jouir, à tour de rôle, de droits d'utilisation d'immeubles situés dans le monde entier. C'est pourquoi M. JAYME s'est fait le défenseur, en Allemagne notamment, de la qualification, dans certaines situations, de contrat de prestations de services à propos du contrat de *timesharing*.¹⁴⁰⁴

550. De fait, la Cour de justice, amenée à interpréter la directive du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, laquelle se déclare applicable aux contrats de fournitures de marchandises et de services (art. 1, par. 1), a estimé que celle-ci « *s'appliqu[ait] à un contrat portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier et sur la fourniture de services qui ont une valeur supérieure à celle du droit d'utilisation du bien immobilier.* »¹⁴⁰⁵ Il en résulte que l'article 5 pourrait bien s'appliquer aux contrats de *timesharing*. En tout cas, cela n'est pas *a priori* exclu et il conviendrait, d'après cette

¹⁴⁰³ Sur les pratiques contractuelles en la matière, V. not. A. LOBSIGER, « Time Sharing » von Ferienimmobilien aus schweizerischer internationalprivatrechtlicher und zivilprozessualer Sicht », *Aktuelle Juristische Praxis* 1994, p. 556 ; C. MOSTIN et B. FERON, « Le Time-sharing : une nouvelle forme de propriété ? Analyse en droit belge et en droit comparé », *Annales de droit de Louvain* 1994, p. 3 ; M. MARTINEK, « Das Teilzeiteigentum und Immobilien in der Europäischen Union », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1994, p. 470, spéc. p. 475, réf. citées par E. JAYME et Ch. KOHLER in « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *RCDIP* 1995, p. 1, spéc. p. 30, note 52.

¹⁴⁰⁴ V. not. « Timesharing-Verträge im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht », *IPRax* 1996, p. 234. *Adde*, du même auteur, « Prozessuale Hindernisse für Timesharing-Anbieter in Auslandsfällen », *IPRax* 2/1996, p. 87, réf. citées par P. LAGARDE, note sous Bundesgerichtshof, 19 mars 1997, *RCDIP* 1998, p. 610, spéc. p. 622, notes 5 et 7.) Cette opinion défendable ne semble pas avoir été reçue généralement par les juridictions allemandes : V. not. l'arrêt préc. De fait, la prestation décisive, pour le consommateur, sera, dans l'immense majorité des cas, l'acquisition d'un droit d'habitation.

¹⁴⁰⁵ CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac SL c/ Manuel José Antelm Sanchis*, aff. C-423/97, *Rec.*, p. I-2195 (spéc. point 26), *Europe* 1999, *comm.* n° 227 ; *JCP éd. G* 1999, I, n° 187, *chron.* C. BOUTARD-LABARDE. *Adde* l'étude de L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur : un pas vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff. C-423/97 », *JCP éd. G* 2000, I, n° 218. En l'espèce, le contrat stipulait que Travel Vac cédait à un acquéreur un droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier conférant à celui-ci, dans le cadre du régime de « multipropriété », l'usage exclusif de ce bien durant une semaine par an. Travel Vac assumait par ailleurs l'obligation de fournir certains services tels que l'entretien de l'immeuble, la gestion et l'administration de la multipropriété. Selon le contrat, l'acquéreur devait payer 1 090 000 PTA dont 285 000 PTA représentaient la valeur immobilière de la part indivise, le solde du prix correspondant notamment aux services pris en charge par Travel Vac.

jurisprudence, de tenir compte, selon les figures contractuelles, de la valeur respective du droit d'utilisation du bien immobilier et de la fourniture de services qui y est associée. La portée de la solution est d'autant plus significative que l'article 3, paragraphe 2, de la directive du 20 décembre 1985 exclut son application notamment aux contrats relatifs à la location de biens immobiliers ainsi qu'aux « *contrats portant sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers* ». Cette solution paraît par ailleurs bien s'accorder avec la décision rendue par la Cour de Cour de justice dans l'affaire *Klein*¹⁴⁰⁶. Saisie d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 16, point 1, *littera a*) de la convention de Bruxelles selon lequel « *(s)ont seuls compétents, sans considération de domicile (...) en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'Etat contractant où l'immeuble est situé* », elle a dit pour droit que ce texte ne s'appliquait pas au contrat de *timesharing*.

551. Cela étant, en tout état de cause, dans le cadre de la convention de Rome, l'article 5 ne pourrait intervenir en matière de contrat de *timesharing* lorsque les services (si tant est que la qualification « contrat de prestation de services » puisse être retenue à son sujet) seraient fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.¹⁴⁰⁷

L'extension du bénéfice de la protection offerte par la directive à l'hypothèse où les parties n'auraient pas choisi la loi applicable à leur contrat ne remet pas en cause cette impression de « lacune » dans la protection du consommateur. En effet, à défaut de choix, si le contrat en cause ne rentre pas dans le domaine de l'article 5 de la convention de Rome, c'est l'article 4.3 qui s'appliquera. Or ce texte prévoit que les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble sont soumis en principe à la loi du pays de situation de l'immeuble.¹⁴⁰⁸ On verra plus loin les modifications induites par la proposition de règlement « Rome I » en matière de contrat de *timesharing*¹⁴⁰⁹.

552. Conclusion de la section II - Bien que les dispositions insérées dans les directives communautaires apparaissent comme des appendices aux règles substantielles énoncées dans les directives en cause, elles ont également une autre fonction qui affecte plus généralement le droit international privé. Non seulement il s'agit d'éviter une sorte de fraude à la loi

¹⁴⁰⁶ CJCE, 13 octobre 2005, *époux Klein c. Rhodos Management Ltd.*, affaire C-73/04, *Rec.*, p. I-8667, *RCDIP* 2006, p. 183, note H. MUIR WATT. Dans cet arrêt, la Cour fait d'ailleurs une référence expresse à l'arrêt *Travel Vac*. préc. note précédente: V. point 21.

¹⁴⁰⁷ V. l'article 5, paragraphe 4, *littera b*) de la convention de Rome.

¹⁴⁰⁸ Ces contrats sont en effet présumés présenter les liens les plus étroits avec ce pays. Toutefois, cette présomption est écartée « *lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente(ra)it des liens plus étroits avec un autre pays.* »

¹⁴⁰⁹ V. *infra*, n° 609.

impérative communautaire, mais en plus, l'utilisation du concept de « lien étroit » avec la Communauté indique bien que le législateur s'est soucié de la délimitation spatiale de la norme qu'il édictait. Et s'il en a éprouvé le besoin, c'est que le droit international privé commun (issu de la convention de Rome) ne lui a pas paru suffisamment efficace au regard des exigences du droit communautaire. C'est du reste l'impression qui ressort lorsque l'on s'intéresse à l'articulation des règles de droit international privé contenues dans les directives avec celles contenues dans la convention de Rome.

Dès lors que les exigences posées par le législateur communautaire ne pouvaient être atteintes en recourant à la convention, une intervention des législateurs nationaux était inéluctable, sous peine, pour les Etats membres, de risquer de se voir condamnés pour manquement à leurs obligations découlant du traité. Et c'est là que commencèrent à apparaître les conséquences les plus désastreuses de l'expérience communautaire en droit de la consommation. En effet, la diversité des solutions qui ont été retenues par les Etats membres dans le cadre de leurs transpositions nationales a largement contribué au sombre bilan résultant de l'intervention du droit communautaire dans le droit transfrontière de la consommation.

Section III : *Le bilan de l'expérience du droit de la consommation.*

553. L'approche parcellaire du droit communautaire, intervenant en droit international privé au gré de l'élaboration de normes substantielles, présente un double inconvénient. D'une part, la matière contractuelle se trouve éparpillée, au regard du conflit de lois, en fonction de la question juridique soulevée. Sur un plan purement théorique, d'autre part, le recours à des méthodes unilatérales dans certains Etats a abouti à remettre en cause l'objectif d'harmonie internationale des solutions recherché par les auteurs de la convention de Rome. Ce qui est pour le moins paradoxal lorsque l'on sait que cette méthode ne correspond pas du tout aux exigences communautaires concernant la sécurité juridique.

Finalement, le bilan négatif des initiatives communautaires touchant au droit international privé peut être résumé en quelques points : on constate que les formules retenues par les législateurs nationaux dans le cadre de la transposition des directives consuméristes varient selon les Etats¹⁴¹⁰, ce qui altère l'unification du conflit de lois opérée dans une certaine mesure par la convention de Rome (§ I) ; par ailleurs, la sécurité juridique se trouve malmenée en raison notamment de l'éclatement de la règle de conflit en matière de contrats

¹⁴¹⁰ Pour une étude des dispositions de droit international privé insérées dans les directives consuméristes, ainsi que leurs transpositions dans les divers droits nationaux, V. C. BLANCHIN, *Sources et méthodes du droit international privé de l'Union européenne. L'exemple des contrats transfrontières de consommation*, thèse dact. Paris II, 2000, spéc. p. 358 et s.

internationaux de consommation (§ II). Les tentatives récentes de certains Etats membres visant à améliorer les mécanismes de transposition ne permettent pas de remédier à ces inconvénients (§ III). Enfin, pour avoir un aperçu exhaustif du bilan, les spécificités techniques de la configuration communautaire doivent être prises en compte (§ IV).

§ I : L'atteinte à l'unification du conflit de lois.

554. Des exemples de lois nationales de transposition de la directive « clauses abusives » (A) montreront que les méthodes de droit international privé adoptées par les législateurs nationaux varient sensiblement (B). Il en résulte une atteinte à l'unification du conflit de lois opérée dans une certaine mesure par la convention de Rome. Et c'est sans doute le recours à des formules unilatérales qui lui porte le coup fatal (C).

A. Exemples de lois de transposition de la directive « clauses abusives ».

555. Les méthodes utilisées par les législateurs nationaux en vue de procéder à la transposition de la directive sur les clauses abusives sont variées. Ceci s'explique essentiellement par trois facteurs. D'abord, on a vu que l'analyse, au regard du droit international privé, de la formule employée par le législateur communautaire, n'est pas aisée. Ensuite, hormis la directive *timesharing*, les autres ont eu recours au critère du « lien étroit » pour décrire le lien requis entre la situation et le territoire communautaire afin de déclencher le mécanisme protecteur qu'elles mettent en place. Or certains législateurs ont pu légitimement chercher à concrétiser ce lien ; mais dans ce cas, rien ne garantit que tous les législateurs des Etats membres auront recours aux mêmes critères. La récente décision rendue dans l'affaire *Commission contre Espagne*¹⁴¹¹ fournit des indications concernant la concrétisation du lien étroit. Mais on ne peut que regretter qu'une telle décision soit rendue plus de dix ans après les premières transpositions. En effet, il s'avère qu'elle remet en cause un certain nombre de solutions adoptées par les législateurs nationaux. Enfin, un dernier facteur expliquant la diversité des lois nationales de transposition est lié certainement à l'utilisation, par le législateur communautaire, de la méthode unilatérale. Ce choix de méthode a sans doute influencé les Etats membres qui ont transposé les directives en utilisant cette même méthode. Pourtant, le contexte communautaire, qui incite à une coopération accrue entre les Etats membres, a manifestement conduit certains Etats membres à élaborer des

¹⁴¹¹ CJCE, 9 septembre 2004, *Commission contre Espagne*, aff. C-70/03, *Rec.*, p. I-7999; *Europe* 2004, *comm.* n° 376, obs. L. IDOT ; *JDI* 2005, p. 819, note J.-S. BERGE et M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; *RCDIP* 2005, p. 457, note Mathias AUDIT. Sur cette arrêt, V. *supra*, n° 541 et s.

règles bilatérales au sein de l'Union, permettant de désigner la loi de l'Etat membre avec lequel la situation juridique entretient le lien étroit.

556. Pour toutes ces raisons, donc, les lois nationales de transposition présentent un certain nombre de disparités entre elles.

En France, l'article 6, paragraphe 2 de la directive sur les clauses abusives est transposé à l'article L 135-1 du code de la consommation, selon lequel « *Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté.* »¹⁴¹²

L'article 23 du décret-loi n° 220/95 du 31 janvier 1995¹⁴¹³ transposant, au Portugal, la directive « clauses abusives », dispose qu'« *Indépendamment de la loi que les parties ont choisie pour régir le contrat, les dispositions de la présente section trouvent application lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres de l'Union européenne.* » Toutefois, le décret-loi du 7 juillet 1999¹⁴¹⁴ a modifié cette disposition. Désormais, l'article 23 prévoit que « *Dans le cas où le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne, les dispositions correspondantes de ce pays s'appliquent dans la mesure où celui-ci détermine leur champ d'application* ».

La loi de transposition britannique¹⁴¹⁵ énonce que ses dispositions « *s'appliquent nonobstant toute clause contractuelle qui applique ou vise à appliquer la loi d'un Etat non membre [de l'Espace économique européen], si le contrat a un lien étroit avec le territoire des Etats membres [de l'Espace économique européen]* ».

Le législateur belge a transposé la directive relative aux clauses abusives en ces termes : « *Une clause déclarant applicable au contrat la loi d'un Etat tiers à l'Union européenne est réputée non écrite en ce qui concerne les matières régies par la présente loi lorsque, en l'absence de cette clause, la loi d'un Etat membre de l'Union européenne serait applicable et que cette loi procure une meilleure protection au client dans lesdites matières* »¹⁴¹⁶.

¹⁴¹² Sur cette loi, V. notamment G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, *chron.*, p. 99.

¹⁴¹³ *Diário da República*, I, série A, n° 201/95 du 31 août 1995, p. 5469 s.

¹⁴¹⁴ Décret-loi n° 249/99 du 7 juillet 1999 modifiant le décret-loi n° 446/85 du 25 octobre 1985 relatif au régime de clauses contractuelles générales, tel que modifié par le décret-loi n° 220/95 du 31 janvier 1995 (*Diário da República*, I, série A, n° 156/99 du 7 juillet 1999, p. 4202 s.)

¹⁴¹⁵ Art. 7 des *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994, *Statutory Instruments* 1994, n° 3159. Les *Regulations* de 1994 ont été remplacées en 1999, *Statutory Instruments*, 1999, n° 2083.

¹⁴¹⁶ Loi du 3 avril 1997 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales (*Moniteur belge*, 30 mai 1997, p. 14326).

Le législateur allemand avait initialement adopté la formule suivante : « *Lorsqu'un contrat est soumis à un droit étranger, les dispositions de la présente loi trouvent néanmoins application si le contrat présente un lien étroit avec le territoire de la République fédérale d'Allemagne. Un lien étroit est réputé exister notamment lorsque :*

- 1. Le contrat a été conclu suite à une offre publique, une publicité publique ou une activité commerciale similaire engagée par celui qui fait usage [des clauses générales] sur le territoire où s'applique la présente loi et que*
- 2. l'autre partie contractante a, au moment où elle déclare vouloir conclure le contrat, son domicile ou sa résidence habituelle sur le territoire où s'applique la présente loi et y fait sa déclaration »¹⁴¹⁷.*

Cette disposition a été modifiée par la loi du 27 juin 2000¹⁴¹⁸ modifiant la loi introductive au Code civil allemand (EGBGB) par l'ajout d'un article transposant les règles de conflit de lois contenues dans les directives sur les clauses abusives, sur le *timesharing* et sur les contrats conclus à distance. L'article 29 a EGBGB, intitulé « Protection des consommateurs dans des domaines spécifiques » est rédigé comme suit :

« (1) *Lorsque, suite à un choix de la loi applicable, un contrat n'est pas soumis au droit d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat contractant de l'accord sur l'Espace économique européen, si le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un des Etats membres, les dispositions de la loi sur les clauses générales d'affaires trouvent application.*

Un lien étroit est réputé exister notamment lorsque :

- 1. le contrat a été conclu suite à une offre publique, une publicité publique ou une activité commerciale similaire exercée dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat contractant de l'accord sur l'Espace économique européen et que*
- 2. l'autre partie contractante a, au moment où elle déclare vouloir conclure le contrat, son domicile ou sa résidence habituelle dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat contractant de l'accord sur l'Espace économique européen (...) ».*

¹⁴¹⁷ Art. 1^{er} de la loi du 19 juillet 1996 modifiant le paragraphe 12 de la loi du 9 décembre 1976 sur les clauses générales d'affaires (*Bundesgesetzblatt* 1996, I, p. 1013).

¹⁴¹⁸ Loi du 27 juin 2000 relative aux contrats à distance ainsi qu'à d'autres questions du droit des consommateurs et portant transposition de dispositions sur l'euro (*Bundesgesetzblatt*, année 2000, 1^{ère} partie, n° 28, 29 juin 2000, p. 897.) Les dispositions de droit international privé contenues dans cette loi sont reproduites in *RCDIP* 2000, p. 924, *comm.* P. LAGARDE. Sur cette loi allemande, V. R. WAGNER, « Zusammenführung verbraucherschützender Kollisionsnormen aufgrund EG-Richtlinien in einem neuen Art. 29 a EGBGB – Ein Beitrag zur internationalprivatrechtlichen Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie », *IPRax* 4/2000, p. 249, réf. citée par P. LAGARDE, *op. cit.*

En Espagne, la transposition de la directive résulte de deux dispositions issues de la loi du 13 avril 1993¹⁴¹⁹. L'article 10 bis paragraphe 3 (nouveau) de la loi modifiée du 19 juillet 1984 dispose que « *(l)es dispositions protégeant les consommateurs contre les clauses abusives s'appliquent, quelle que soit la loi choisie par les parties pour régir le contrat, dans les conditions prévues à l'article 5 de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* ».

Par ailleurs, la loi du 13 avril 1998 contient un article 3 intitulé « Champ d'application territorial. – Dispositions impératives » selon lequel « *(l)a présente loi s'applique aux clauses de conditions générales faisant partie de contrats régis par la législation espagnole.*

Elle s'applique également, sous réserve des dispositions contenues dans des traités et des conventions internationales, aux contrats soumis à une législation étrangère lorsque la partie adhérente a émis sa déclaration visant à la conclusion du contrat sur le territoire espagnol et qu'elle y a sa résidence habituelle ».

En Finlande, la formule retenue est la suivante : « *Le choix du droit d'un Etat n'appartenant pas à l'Espace économique européen comme droit applicable au contrat n'a pas pour effet d'écarter les dispositions sur les clauses contractuelles abusives en vigueur dans un Etat appartenant à l'Espace économique européen qui seraient applicables à défaut de choix du droit applicable, si ces dispositions assurent une meilleure protection du consommateur contre les clauses contractuelles abusives que les dispositions du droit choisi comme droit applicable au contrat* »¹⁴²⁰.

En Irlande, les *European Communities (Unfair Terms in Consumer Contracts) Regulations* de 1995 prévoient qu'elles « *s'appliquent nonobstant toute clause contractuelle qui applique ou vise à appliquer la loi d'un pays autre qu'un Etat membre et qui, de ce fait, priverait le consommateur de la protection offerte par la directive du Conseil [sur les clauses abusives]* ».

La loi italienne n° 52 du 6 février 1996¹⁴²¹ dispose qu'« *est privée d'effet toute clause contractuelle qui, en prévoyant que la législation d'un pays extracommunautaire est applicable au contrat, a pour effet de priver le consommateur de la protection assurée par le présent article, lorsque le contrat présente un lien plus étroit avec le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne* ».

¹⁴¹⁹ Loi n° 26/1984 du 19 juillet 1984 concernant la protection des consommateurs, modifiée par la loi n° 7/1998 du 13 avril 1998 sur les conditions générales des contrats (*B.O.E.* n° 89 du 14 avril 1998).

¹⁴²⁰ Loi sur la protection du consommateur, modifiée par la loi n° 416/1999 du 18 décembre 1998 (*Finlands Författningssamling* du 1^{er} avril 1999, p. 1043).

¹⁴²¹ *Gazz. uff.* du 10 février 1996, suppl. ord. n° 24.

L'article 6, paragraphe 2 de la directive sur les clauses abusives est transposée, en droit grec, à l'article 2 de la loi n° 2251 du 16 novembre 1994 sur la protection des consommateurs¹⁴²², selon lequel « *Les dispositions du présent article trouvent application lorsque le contrat est conclu ou exécuté en Grèce. Ceci vaut également lorsque le droit grec ne s'applique pas au contrat.* »

Au Danemark, l'article 38 d de la loi n° 1098 du 21 décembre 1994 modifiant le *Contracts (Consolidated) Act* n° 600 du 8 septembre 1986, dispose qu' « *En matière de clauses abusives, une clause de choix de la loi d'un Etat non membre de l'Espace Economique Européen est dépourvue d'effets dès lors qu'en son absence, la loi d'un Etat membre de l'Espace Economique Européen aurait régi le contrat et que cette loi assurerait au consommateur une meilleure protection contre les clauses abusives.* » Le législateur suédois a utilisé une formulation similaire dans l'article 13 de la loi n° 1512 du 15 décembre 1994 concernant les clauses contractuelles dans les relations avec les consommateurs, selon lequel « *(u)ne clause contractuelle qui stipule que la loi d'un pays extérieur à l'Espace économique européen est applicable au contrat n'est pas valable en ce qui concerne les règles relatives aux clauses contractuelles abusives, si la loi qui s'appliquerait à défaut est celle d'un Etat membre de l'Espace économique européen et si cette loi offre au consommateur une meilleure protection contre les clauses contractuelles abusives* ».

B. La disparité des méthodes de droit international privé.

557. En dépit de la variété des formules adoptées par les législateurs nationaux dans le cadre de la transposition de la directive sur les clauses abusives, on peut opérer un rapprochement entre elles en fonction de plusieurs paramètres.

Les législateurs danois, belge, italien et suédois ont opté pour une analyse de l'article 6, paragraphe 2 de la directive sur les clauses abusives en tant que règle matérielle de droit international privé. Une telle analyse est défendable, en tout cas à propos de la directive sur les clauses abusives. Le résultat auquel aboutit ce type de formulation semble conforme aux objectifs du droit communautaire. Les solutions belge, suédoise et danoise présentent en outre le grand avantage de ne pas perturber le système de résolution des conflits de lois en vigueur dans ces Etats puisqu'elles se bornent à neutraliser le choix de loi. On en déduit qu'elles laissent intact le mécanisme ordinaire objectif de détermination de la loi applicable. Reste que

¹⁴²² *Journal officiel hellénique*, partie A, fasc. 191, du 16 novembre 1994.

la décision *Commission contre Espagne* met en doute leur compatibilité au regard des exigences communautaires.

558. La formule italienne soulève une question d'interprétation. En effet, la clause de désignation de la loi d'un Etat tiers est écartée lorsque la situation en cause entretient « un lien plus étroit » avec le territoire communautaire. On croit comprendre qu'il faut « mesurer » en quelque sorte les liens respectifs qu'entretiennent la situation en cause avec le territoire communautaire d'un côté et la loi tierce de l'autre. Mais de quel pays s'agit-il exactement ? Celui dont la loi a été choisie et avec lequel le contrat peut n'entretenir aucun lien ? Ou bien s'agit-il de la loi du pays dont relèvent les éléments (objectifs) d'extranéité de la situation en cause ? Car on peut parfaitement concevoir que la situation entretienne objectivement des liens avec un Etat tiers (par exemple, le contrat lie un consommateur résidant en Italie à une entreprise établie au Canada et il doit être exécuté dans ce dernier pays) et que le contrat stipule que la loi applicable est la loi d'un Etat tiers (par exemple, la loi chilienne). Si la comparaison doit être faite entre le pays dont la loi a été choisie et le territoire communautaire, il est évident que la situation entretiendra par hypothèse forcément des liens plus étroits avec le territoire communautaire. En revanche, s'il faut comparer les lois canadienne et italienne, on pourrait raisonnablement penser que la situation entretient des liens plus étroits avec le Canada, auquel cas on déduit que la clause de choix de loi serait parfaitement valable.

Par ailleurs, la disposition italienne comporte une curiosité puisqu'il en ressort que c'est toujours à l'aune du droit italien que le degré de protection offert éventuellement par la loi tierce choisie est mesuré. Or on aurait pu s'attendre à ce que la loi servant d'« étalon de mesure » de la protection soit celle du pays avec lequel la situation entretient le lien étroit.

Quant à ce critère du « lien étroit », il a été diversement transposé par les législateurs nationaux. Certains ont manifestement cherché une conciliation avec l'article 5 de la convention de Rome. Par exemple, le système retenu par le législateur finlandais ressemble tout à fait à celui évoqué plus haut de MM. JAYME et KOHLER puisque la loi de transposition tend seulement à paralyser le jeu d'une clause de choix de la loi d'un Etat tiers lorsqu'à défaut de celle-ci, les règles de droit international privé objectives désigneraient la loi d'un Etat membre de l'Union.

559. Certains ont concrétisé le lien étroit grâce au critère du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat (tel est le cas de la Grèce). Le législateur français, pour sa part, exige que le consommateur ait sa résidence habituelle sur le territoire de l'Union et que le contrat y ait été proposé, conclu ou exécuté. Le législateur allemand a, quant à lui, concrétisé ce lien étroit en

posant deux conditions cumulatives pour que le consommateur bénéficie de la protection organisée par la directive. Il faut que celui-ci ait sa résidence habituelle ou son domicile sur le territoire de l'Union ou de l'Espace économique européen et que le contrat ait été conclu notamment suite à une offre ou une publicité publique faite sur ce territoire.

D'autres ne se sont pas risqués à une précision du lien étroit et s'en sont donc tenus à ce critère vague. Tel est le cas des lois portugaise et italienne. Le législateur irlandais a curieusement omis, pour sa part, toute référence d'ordre spatial en vue du déclenchement de la protection prévue par la directive.

La variété des solutions retenues par les législateurs nationaux dans le cadre de la transposition de la directive « clauses abusives » altère l'unification des règles de conflit opérée par la convention de Rome. Et il nous semble que, parmi toutes les formules, ce sont celles qui empruntent la méthode unilatérale qui encourent particulièrement la critique.

C. Les inconvénients des formules unilatérales.

560. Sur le plan de la méthode, certains législateurs nationaux ont cherché à imposer le respect de la loi nationale de transposition de l'Etat membre avec lesquels le contrat entretient un lien étroit. La règle est alors bilatérale au sein de l'Union. Tel est le cas des secondes formules allemande et portugaise. D'autres dispositions sont au contraire formulées de façon unilatérale : telle est le cas de la loi française, des premières lois de transposition portugaise et allemande, des lois grecque, irlandaise et britannique. Ces formules présentent selon nous les inconvénients les plus graves au regard de la théorie du droit international privé.

561. Lorsque les législateurs nationaux ont eu recours à la méthode unilatérale en vue de transposer la directive sur les clauses abusives, différents procédés ont été employés. Certains ont pris en compte la dimension communautaire de la situation (tel est le cas des lois française, britannique et irlandaise ainsi que de la première version portugaise), tandis que d'autres ont formulé une règle unilatérale de façon traditionnelle, c'est-à-dire en raisonnant exclusivement à partir du for (tel est le cas de la loi grecque et de la première version allemande). Dans ce dernier cas, les exigences de la directive ne sont pas respectées. Dans le premier cas, elles le sont, mais au prix d'un « lex forisme » exacerbé puisque souvent, la loi de transposition du for voit son champ d'application étendu aux hypothèses où la situation entretient un lien étroit avec l'espace communautaire, mais pas nécessairement avec le for.

Un exemple du « recul » sur le chemin menant à l'harmonie internationale des solutions est offert par la loi française de transposition de la directive « clauses abusives ». La formule unilatérale utilisée est franchement critiquable à plusieurs égards. Elle étend considérablement

son domaine potentiel d'application par rapport à la philosophie sous-tendant l'article 5 de la convention de Rome. Certes, elle prend bien en compte la dimension communautaire de la situation juridique, mais c'est pour mieux étendre son domaine d'application. Il y a là un prétexte commode de pratiquer un certain impérialisme, voire un nationalisme juridique. L'impérialisme, qui est un avatar traditionnel de la méthode unilatérale, prend ici une ampleur inédite puisque l'espace de référence permettant de déterminer la loi applicable n'est pas le seul territoire national, mais tout le territoire communautaire. Ce « lex forisme » exacerbé présente toutefois l'« avantage » de remédier à un inconvénient bien connu de la méthode unilatérale, à savoir le risque de lacune dans le processus de détermination de la loi applicable. Ce constat est logique : en effet, puisque, par hypothèse, la règle de conflit unilatérale comporte un domaine d'application très large, ce risque se trouve restreint d'autant. Quant à la question du cumul, elle ne devrait pas se poser puisque l'unilatéralisme, dans le cadre des lois de transposition des directives, n'est que partiel. Si, en effet, la loi du for ne se veut pas applicable, le juge recourra à la règle de conflit de droit commun. Et un peu paradoxalement, il pourrait en résulter finalement une protection accrue du consommateur.¹⁴²³

Le risque de lacune ressurgit néanmoins dans le cas de la loi de transposition grecque puisque le législateur grec, qui a lui aussi eu recours à la méthode unilatérale, n'a pas pris en compte la dimension communautaire de la situation. Ainsi, si l'on raisonne à partir de la loi grecque, que devra faire le juge grec s'il est saisi d'un litige concernant une situation entretenant des liens avec le territoire d'un Etat membre autre que la Grèce ? En tout état de cause, l'objectif de la directive risque de ne pas être atteint. En effet, la loi grecque ne permet pas d'assurer la protection du consommateur partie à un contrat entretenant un lien étroit avec l'Union à l'exclusion de la Grèce.

562. Par ailleurs, la loi française est critiquable en ce qu'elle ne rend pas compte de la finalité protectrice de la règle prévue par la directive. Au demeurant, l'approche unilatérale *stricto sensu* est réfractaire, par définition, à toute idée de comparaison entre plusieurs lois. Dès lors, on peut remettre en cause la protection offerte par le mécanisme français, ce dont un exemple

¹⁴²³ Soit un contrat conclu entre un vendeur français et un consommateur établi en Suisse. Supposons que la loi suisse soit plus protectrice des consommateurs que la loi française. Le contrat contient une clause d'*electio juris* désignant la loi thaïlandaise. Si le consommateur assigne le vendeur devant les tribunaux français, il pourra se voir appliquer la loi de sa résidence habituelle, donc la loi suisse, s'il remplit les conditions de l'article 5 de la convention de Rome. En revanche, soit un consommateur résidant en Belgique dont la loi est elle aussi plus protectrice que la loi française. Il conclut un contrat avec un vendeur français ; celui-ci contient une clause d'*electio juris* désignant la loi thaïlandaise. Si la situation n'entre pas dans le domaine de l'article 5 de la convention de Rome et si ce consommateur a la mauvaise idée de saisir un tribunal français, il ne pourra pas bénéficier de la loi de son pays de résidence habituelle. Il devra s'en tenir à la protection conférée par la loi française de transposition de la directive quand bien même le contrat aurait été conclu en Belgique.

permettra aisément de rendre compte. Ainsi, soit un contrat conclu entre un vendeur français et un consommateur établi en Suisse. Il contient une clause d'*electio juris* désignant la loi britannique. Si le consommateur assigne le vendeur devant les tribunaux français, il pourra se voir appliquer la loi de sa résidence habituelle, donc la loi suisse, s'il remplit les conditions de l'article 5 de la convention de Rome. En revanche, si un consommateur établi au Luxembourg passe un contrat avec une société établie en France qui est venue le solliciter chez lui et que le contrat contient une clause d'*electio juris* désignant le droit turc, le juge français appliquera le cas échéant la loi française en matière de clauses abusives, quand bien même la loi luxembourgeoise serait davantage protectrice du consommateur. Où l'on voit que le mécanisme des lois de police, tel qu'il est traditionnellement conçu, en ce qu'il n'autorise pas la comparaison entre la protection offerte respectivement par la *lex fori* et la loi normalement applicable, n'est pas adapté en vue d'assurer la protection de certaines parties à un contrat. Par ailleurs, on constate que la solution de l'exemple débouche sur un dépeçage du contrat puisqu'en principe, l'article 5 de la convention de Rome désigne dans ce cas la loi du pays de résidence habituelle du consommateur, soit en l'espèce la loi luxembourgeoise. Cette dernière devra être combinée avec la loi française qui régira uniquement la question relative aux clauses abusives. Le dépeçage n'est pas en soi condamnable, mais il apparaît particulièrement inapproprié dans l'exemple¹⁴²⁴.

563. Les lois nationales de transposition ayant eu recours à la méthode unilatérale aboutissent en outre à des disparités de traitement selon les situations juridiques. Et dans un tel contexte, le risque de *forum shopping* n'est pas à exclure, même si les dispositions spéciales du règlement « Bruxelles I » concernant les contrats conclus par les consommateurs l'encadrent dans des limites strictes.

Et si l'on songe à l'éventualité où tous les législateurs européens auraient procédé de la sorte, on imagine facilement la régression manifeste au regard de la recherche de l'harmonie internationale des solutions. La situation serait alors aux antipodes de l'ouverture vers les autres Etats que traduit la méthode bilatérale. On en arriverait à la situation paradoxale où chaque législateur européen profiterait d'un élargissement du domaine spatial de sa disposition nationale.

¹⁴²⁴ M. MAYER dénonce aussi l'illogisme des solutions auxquelles peut mener la loi française en raison de sa limitation à l'hypothèse du choix de la loi d'un Etat tiers. Mais les exemples qu'il donne pour illustrer le propos nous semblent bien davantage mettre en évidence le non respect de la finalité protectrice pourtant expressément prévue dans la directive. V. « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, LGDJ, Paris, 1996, tome 261, p. 511, spéc. p. 539, n° 46.

Le recours à la méthode unilatérale, par les Etats membres, a conduit à « défaire » ce que la convention de Rome avait brillamment réussi à atteindre dans une certaine mesure, à savoir l'harmonie des solutions au sein de l'Union. En effet, le caractère bilatéral de la règle permet de s'assurer que quel que soit le for compétent au sein de l'Union, les juges appliqueront la même règle de droit substantiel puisque par hypothèse, les règles de conflit sont unifiées. En revanche, la règle unilatérale est critiquable en ce qu'elle traduit un certain retour en force du particularisme. Et l'on peut regretter que se trouve ainsi accentuée la différence de traitement, au regard du conflit de lois, entre les situations intracommunautaires et extracommunautaires en matière de protection des consommateurs, qui n'est pas l'apanage de l'Union européenne. Autant une différenciation paraît justifiée en ce qu'il faut tenir compte, dans les relations intracommunautaires, des exigences liées aux libertés fondamentales véhiculées par l'Union, autant elle ne l'est plus s'agissant d'un souci qui préoccupait déjà les Etats membres avant l'émergence de ces règles de conflit spéciales.

Outre l'atteinte à l'unification du conflit de lois, le bilan de l'expérience communautaire met en évidence une atteinte à la sécurité juridique.

§ II : la sécurité juridique malmenée.

564. Non seulement la diversité des méthodes retenues par les législateurs nationaux a abouti à un « éclatement »¹⁴²⁵ des solutions du conflit de lois en matière de protection des consommateurs, mais en outre, la disparité des facteurs de rattachement retenus par certains législateurs nationaux au gré des directives (A) conduit à traiter différemment, au plan du droit international privé, des situations juridiques impliquant des consommateurs sans véritable justification. Elle soulève par ailleurs des questions au regard des exigences communautaires en matière de libre circulation (B).

A. Un éparpillement de la règle de conflit.

565. M. LAGARDE récapitule bien les problèmes actuels en matière de protection internationale du consommateur dans le contexte européen¹⁴²⁶ : un droit international privé des contrats que l'on pourrait qualifier de « commun » coexiste avec des règles de conflit spéciales régissant des contrats spéciaux ou seulement certains aspects de la relation contractuelle, étant précisé que ces règles de conflit diffèrent quelque peu selon les directives.

¹⁴²⁵ L'expression est utilisée par P. LAGARDE in « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 511, not. p. 522.

¹⁴²⁶ L'auteur parle à ce sujet d'un « constat affligeant » : *op. cit.*, spéc. p. 523.

Or la Cour de justice a clairement affirmé, si besoin était, qu'un même contrat pouvait être soumis cumulativement à plusieurs directives consuméristes.¹⁴²⁷ Dès lors, les inconvénients résultant de la disparité des solutions nationales de transposition sont aggravés lorsque le législateur national ne retient pas le même facteur de rattachement selon les directives qui, pourtant, pour la plupart, se réfèrent au « lien étroit ». Ainsi, le facteur de rattachement pour déterminer la loi applicable à la question relative aux clauses abusives risque de différer de celui utilisé pour déterminer la loi applicable au contrat dans son ensemble ainsi que de celui utilisé pour déterminer la loi applicable au contrat de *timesharing*. Que l'on songe par exemple à l'hypothèse du contrat conclu à distance soulevant un problème relatif aux clauses abusives et portant sur un contrat de jouissance à temps partagé ! Il n'est pas du tout certain que l'on aboutisse à la désignation de la même loi pour résoudre chacune des difficultés qui pourraient surgir à l'occasion de ce même contrat. Or un tel dépeçage à propos d'un contrat de consommation paraît d'autant moins souhaitable que les consommateurs ne sont pas censés être des juristes avertis. Et le phénomène est tout autant préjudiciable au professionnel qui aura bien du mal à prévoir les lois applicables aux contrats qu'il propose. Ce constat permet de mettre en évidence une atteinte au principe de sécurité juridique auquel aspire le droit communautaire.

Par ailleurs, dans la mesure où les premières directives consuméristes ne contiennent pas de règles particulières d'applicabilité¹⁴²⁸, la sphère d'application des lois nationales de transposition doit en principe être déterminée conformément au droit commun de la convention de Rome. Or une telle disparité de traitement selon le contrat en cause est difficilement justifiable à la fois aux plans théorique et pratique.

Ainsi, l'éclatement de la règle de conflit est préjudiciable à la sécurité des transactions, puisqu'elle favorise les hypothèses de dépeçage. De son côté, la variété des formules retenues par les législateurs nationaux, en ce qu'elle soulève des questions au regard des exigences communautaires en matière d'interdiction des entraves, renforce l'atteinte ainsi portée au principe de sécurité juridique.

B. Incertitudes liées à l'issue des tests communautaires.

¹⁴²⁷ Arrêt *Travel Vac. SL* préc. note 1405, spéc. point 22. En l'espèce, la Cour estime qu'il n'est pas exclu qu'un contrat de multipropriété relevant comme tel de la directive *timesharing*, soit cumulativement soumis à la directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (*JOCE* n° L 372 du 31 décembre 1985, p. 31).

¹⁴²⁸ Ainsi en va-t-il notamment de la directive 85/577/CEE préc. note précédente, de la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation (*JOCE* n° L 42 du 12 février 1987, p. 48-53).

566. La diversité des lois de transposition nationales pourrait bien avoir une autre conséquence au regard des exigences communautaires en matière de liberté de circulation. Le problème a été mis en lumière par Mme JOBARD-BACHELLIER.¹⁴²⁹ En effet, de nombreuses directives consuméristes empruntent le schéma de l'harmonisation dite « minimale », qui se traduit par l'insertion, dans celles-ci, à l'image de la directive du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, d'un article intitulé « Droit national et protection minimale » prévoyant que « *Les Etats membres peuvent adopter ou maintenir en vigueur, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité pour assurer un niveau de protection plus élevé du consommateur* » (article 8.2).¹⁴³⁰

Mme JOBARD-BACHELLIER, prenant l'exemple de la directive « *timesharing* », s'interroge à juste titre sur la compatibilité, au regard des libertés communautaires, d'une loi de transposition qui prévoirait un domaine d'application spatial plus étendu que celui de la directive, alors que la loi de transposition du pays dans lequel serait établi le professionnel s'en serait tenu au champ d'application strict prévu par la directive *timesharing*.¹⁴³¹

567. Pour notre part, nous pensons que rien ne permet, à la lecture des directives en cause, d'affirmer qu'une telle possibilité leur est fermée.¹⁴³² Dès lors, dans les relations intracommunautaires, notre prise de position sur cette question rejoint celle de Mme

¹⁴²⁹ V. « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 475, spéc. p. 485 et s.

¹⁴³⁰ V. également notamment l'art. 11 de la directive *timesharing*, l'article 14 de la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

¹⁴³¹ Cette question implique de prime abord une prise de position sur le débat concernant la nature des règles visées par la faculté laissée aux législateurs nationaux d'accorder une protection supplémentaire au consommateur par rapport à celle prévue par les directives: ces règles ne doivent-elles concerner que le droit matériel, à l'exclusion des règles de droit international privé? Certains auteurs estiment que la faculté ainsi laissée aux législateurs nationaux ne concerne pas le droit conflictuel. V. not. : A. STAUDINGER, « Rom, Brüssel, Berlin und Amsterdam: Chiffren eines Europäischen Kollisionsrechts für Verbraucherverträge » *ZfRV* 2000, p. 93, spéc. p. 97 ; C. RUHL, « § 12 AGBG im System des internationalen Verbraucherschützens », *RIW* 1999, p. 321. Mais alors la question se pose de savoir si les lois étendant le domaine spatial de la protection prévu par les directives au moyen notamment de lois de police peuvent être apparentées à des règles de conflit. Une conception large de ces dernières (qui est celle couramment retenue) invite à répondre par la positive.

¹⁴³² V. toutefois l'arrêt rendu par la Cour de justice le 25 avril 2002 (CJCE, 25 avril 2002, aff. C 52/00, *D.* 2002, p. 1670, obs. C. RONDEY. A propos de cette décision, V. aussi J. CALAIS-AULOY, *D.* 2002, p. 2458 ; G. VINEY, *JCP* 2002, I, 177 ; LARROUMET, *D.* 2002, p. 2462 ; J.-S. BERGE et S. ROBIN, « La marge de manœuvre des Etats membres dans la transposition des directives », *chron. de droit européen, Petites Affiches* du 19 mai 2003, n° 99, p. 9.), par lequel elle a condamné la France pour avoir ajouté, dans sa loi du 19 mai 1998 transposant la directive du Conseil du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux (directive 85/374/CE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOCE* n° L 210, p. 29), des dispositions protectrices du consommateur non prévues par la directive. Cette décision invite donc à plus de circonspection à propos de la question de la détermination de la marge de manœuvre laissée aux Etats membres lors de la transposition des directives communautaires, qui englobe notamment leur champ d'application spatial. *Adde* l'arrêt *Commission contre Espagne* préc. note 1411.

JOBARD-BACHELLIER, en ce sens qu'elle dépend de l'issue des tests de compatibilité au regard des libertés communautaires. L'auteur souligne toutefois la particularité du contexte de mise en œuvre de ces tests dans le cas de la directive *timesharing* qui, à la différence des autres directives consuméristes, précise clairement l'élément localisateur justifiant le jeu de la protection qu'elle confère aux consommateurs, à savoir le lieu de situation de l'immeuble. En effet, si le « lien étroit » a été diversement concrétisé (lorsqu'il l'a été) dans les lois nationales de transposition, conduisant ainsi à des différences quant à leur domaine spatial respectif, - ce qui peut engendrer les mêmes difficultés que celles relevées à propos de la directive « *timesharing* » -, contrairement à cette dernière, ces disparités étaient certainement inéluctables en raison du caractère vague du critère tiré du « lien étroit ». Il en résulte qu'en ce qui concerne ces directives, comme le souligne Mme JOBARD-BACHELLIER, en raison de la marge de manœuvre laissée aux Etats membres, le test retrouvera sa fonction habituelle de vérification, au cas par cas, du respect des exigences du droit communautaire¹⁴³³.

568. S'agissant de la directive « *timesharing* », en revanche, la mise en œuvre du test de compatibilité risquera souvent d'empêcher la loi du pays d'accueil d'imposer le respect des règles protectrices sur le fondement de facteurs de rattachement élargissant le domaine spatial de la protection octroyée par le législateur communautaire. En effet, si celui qui entendra s'en prévaloir ne manquera pas d'invoquer la protection des consommateurs au titre d'une raison impérieuse d'intérêt général permettant de légitimer une entrave, encore faudra-t-il que le domaine « exorbitant » assigné à cet objectif par la norme nationale en cause soit notamment réellement nécessaire en vue d'assurer la protection des consommateurs. La disposition en cause devra donc passer en particulier le test d'interchangeabilité en vertu duquel il faudra évaluer si la protection du but qu'elle poursuit ne peut pas être assurée selon des moyens moins restrictifs de la circulation. En revanche, le test d'équivalence trouvera difficilement sa place car il sera particulièrement difficile de mesurer l'équivalence entre deux lois nationales de transposition ayant par hypothèse retenu des critères de rattachement différents.¹⁴³⁴ L'auteur en déduit qu'en principe, une extension du domaine spatial de la protection ne devrait pas franchir avec succès les tests communautaires¹⁴³⁵.

Au contraire, en ce qui concerne les relations extracomunautaires, on pourrait admettre que les Etats étendent le domaine de la protection accordée par les directives consuméristes.

¹⁴³³ Art. préc. note 1429, spéc. p. 489.

¹⁴³⁴ Comme le souligne Mme JOBARD-BACHELLIER, « (l)entrave est, (...) en quelque sorte, inscrite dans la règle de transposition ». V. *op. cit.*, spéc. p. 490.

¹⁴³⁵ *Op. cit.*, *loc. cit.*

Cela étant, nous désapprouvons une telle initiative de la part des législateurs nationaux. En effet, pour ce faire, ils ont eu recours à la méthode unilatérale, et en particulier à la technique des lois de police. Dès lors, il suffit de renvoyer aux critiques que l'on a adressées à ces dernières pour comprendre les raisons de cette désapprobation. S'engouffrer dans la brèche ouverte par l'article 7.2 de la convention de Rome revient à ruiner l'effort consistant à atteindre l'harmonie internationale des solutions qui est pourtant l'une des raisons d'être de cette convention.

Le sombre tableau qui vient d'être décrit n'était pas inévitable. En effet, les lois de transposition allemande et française les plus récentes montrent que des procédés plus respectueux de l'harmonie internationale des solutions étaient envisageables. En effet, elles illustrent des tentatives visant à remédier aux inconvénients résultant notamment du recours à l'unilatéralisme.

§ III : Des tentatives récentes d'amélioration des mécanismes de transposition.

569. On constate, au fil des lois françaises de transposition des directives sectorielles adoptées par le législateur communautaire, une certaine évolution vers un perfectionnement de la méthode employée en vue de satisfaire leurs objectifs touchant au droit international privé. De même, le législateur allemand a cherché notamment à atténuer l'antagonisme (au moins sur un plan formel) entre l'article 5 de la convention de Rome et les dispositions spéciales de droit international privé résultant de la transposition des règles contenues dans les directives consuméristes. Il a pour ce faire intégré au EGBGB un article 29 a.

L'entreprise est louable à de nombreux égards. En effet, au sein de l'Union, la règle de conflit protectrice spéciale est bilatérale (on parle alors de bilatéralisme partiel) puisque le paragraphe 1 de ce texte prévoit que lorsqu'un contrat n'est pas soumis à la loi d'un Etat membre de l'Union ou d'un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen en raison d'une clause d'élection de droit, mais qu'il entretient cependant un lien étroit avec l'un de ces Etats, « *les dispositions en vigueur sur le territoire de cet Etat prises pour la transposition des directives de protection des consommateurs sont néanmoins applicables.* » Ensuite, le législateur allemand a cherché à donner un contenu unique au concept de « lien étroit » à l'ensemble des directives.

570. De même, la loi française de transposition de la directive *timesharing*¹⁴³⁶ présente un certain nombre d'améliorations par rapport à celle adoptée en matière de clauses abusives.

¹⁴³⁶ Loi n° 98-566 du 8 juillet portant transposition de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur

Elle distingue nettement deux situations. La première est celle où le bien immobilier (ou l'un d'eux) est situé sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne. Dans ce cas, selon l'article L 121-74 du code de la consommation, « *lorsque la loi qui régit le contrat ne comporte pas des règles conformes à la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, il sera fait impérativement application des dispositions mises en vigueur, pour respecter ladite directive, par l'Etat sur le territoire duquel est situé ce bien, ou, à défaut, des dispositions de la présente section.* »

L'autre situation est celle où le bien immobilier (ou l'un d'eux) n'est pas situé sur le territoire de la Communauté européenne. Dans ce cas, selon l'article L 121-75 du code de la consommation, « *le consommateur qui a sa résidence habituelle dans un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être privé, quelle que soit la loi applicable, de la protection que lui assurent les dispositions impératives prises par cet Etat en application de la directive [« timesharing »]: - si le contrat a été conclu dans l'Etat du lieu de résidence habituelle du consommateur ; - si le contrat a été précédé dans cet Etat d'une offre spécialement faite ou d'une publicité et des actes accomplis par le consommateur nécessaires à la conclusion dudit contrat ; - si le contrat a été conclu dans un Etat où le consommateur s'est rendu à la suite d'une proposition de voyage ou de séjour faite, directement ou indirectement, par le professionnel pour l'inciter à contracter.* »

Le législateur français a donc souhaité renforcer la protection du consommateur européen en lui permettant de bénéficier de la protection prévue par la directive lorsqu'il a sa résidence habituelle sur le territoire communautaire. Il a eu recours, pour ce faire, à l'instar du modèle allemand, à une règle unilatérale, qui retrouve une bilatéralité au sein de l'espace communautaire dès lors que la situation juridique répond au critère de rattachement et aux circonstances prévus dans la loi.¹⁴³⁷

On constate par ailleurs que le législateur français a pris l'heureuse initiative de pourvoir à l'hypothèse où le législateur de l'Etat membre dont la loi devrait s'appliquer en vertu de la règle spéciale française n'aurait pas transposé la directive. Dans ce cas, c'est la loi française

l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *JO* du 9 juillet 1998, p. 10486. Sur cette loi, V. notamment le commentaire de P. LAGARDE in *RCDIP* 1998, p. 741-748. Pour un commentaire de cette directive, soulignant les disparités affectant les lois de transposition, V. F. GARRON, « La protection du consommateur sur le marché européen des droits de séjour à temps partagé », *RTDE* 2002/2, p. 267.

¹⁴³⁷ Il en résulte une différence de traitement, quant au niveau de protection du consommateur, selon que ce dernier a ou n'a pas sa résidence sur le territoire communautaire. Si ce n'est pas le cas, il se verra appliquer les règles actuelles de la convention de Rome.

qui s'applique. L'initiative doit être saluée. Elle permet en effet de pallier une défaillance mise en évidence dans le cadre des affaires de la Grande Canarie.¹⁴³⁸

571. Reste que le législateur allemand, lequel a, lui aussi, on l'a vu, étendu le domaine spatial de la protection offerte par la directive à l'occasion de la transposition de celle-ci, n'a pas retenu les mêmes critères de rattachement que le législateur français. Ainsi, il a précisé le « lien étroit » à l'article 29 a de la loi d'introduction au code civil¹⁴³⁹, à titre indicatif, en posant deux conditions pour assurer au consommateur le bénéfice de la protection prévue par la directive. Il faut, selon le paragraphe 2.1, que le contrat ait été « *conclu à la suite d'une offre publique, d'une publicité publique ou d'une activité similaire exercée dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen* » et que le consommateur ait, au moment de sa déclaration de volonté de conclure le contrat, sa résidence sur le territoire de l'un de ces Etats.

Enfin, une autre circonstance, qui constitue une alternative à celle qui précède, et qui a vocation à jouer tout particulièrement dans le cas du contrat de *timesharing*, est décrite au paragraphe 3. Ce texte prévoit en effet que « *La loi sur la vente de droits d'utilisation à temps partiel d'immeubles d'habitation s'applique également à un contrat qui n'est pas soumis au droit d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen, lorsque l'immeuble d'habitation est situé sur le territoire de l'un de ces Etats.* »¹⁴⁴⁰ Les facteurs de rattachement retenus diffèrent donc de ceux de la loi française. Il en résulte qu'un litige pourra ne pas être soumis à la même loi selon qu'il est porté devant un juge allemand ou français.

572. L'article L 121-20-6 du code de la consommation¹⁴⁴¹, qui transpose la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des

¹⁴³⁸ On se rappelle, en effet, que dans la première série d'affaires, abstraction faite des questions de droit international privé, les mésaventures des touristes allemands trouvaient avant tout leur source dans la défaillance du législateur espagnol qui n'avait pas transposé la directive 85/577/CEE. Sur ces affaires, V. *supra*, n° 498.

¹⁴³⁹ Tel qu'issu de la loi du 27 juin 2000 relative aux contrats à distance ainsi qu'à d'autres questions du droit des consommateurs et portant transposition de dispositions sur l'euro (*Bundesgesetzblatt*, année 2000, 1^{ère} partie, n° 28 du 29 juin 2000, p. 897).

¹⁴⁴⁰ La directive *timesharing* obéit aux mêmes critères que les autres en ce qui concerne la définition de ce lien étroit (énumérés à l'article 29 a, paragraphe 2) lorsque l'immeuble objet du contrat n'est pas situé sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'Accord sur l'Espace économique européen. En revanche, lorsqu'il est situé sur le territoire de l'un de ces pays, le régime du contrat de *timesharing* au regard du droit international privé se distingue de celui prévu dans le cadre de la transposition des autres directives. On retrouve ainsi dans la loi de transposition allemande la particularité du contrat de *timesharing* constatée dans la directive puisque la protection jouera indépendamment de l'existence d'un choix de loi. Mais une « anomalie » le démarque des autres contrats puisqu'à la lecture du texte, ce n'est pas la loi de transposition du lieu de situation de l'immeuble qui s'applique, mais la loi allemande. (Article 29 a, paragraphe 3).

¹⁴⁴¹ Issu de l'article 12 de l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 à propos de laquelle V. not. G. RAYMOND, « Ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires en matière de

consommateurs en matière de contrats à distance¹⁴⁴², marque lui aussi un net progrès dans le perfectionnement d'une technique de droit international privé adaptée à la construction communautaire.¹⁴⁴³ La règle relève d'un bilatéralisme partiel en ce sens qu'elle permet de désigner la loi applicable au contrat en cause lorsque le consommateur a sa résidence sur le territoire d'un Etat membre. En revanche, si tel n'est pas le cas, elle ne permet pas de connaître cette loi. On présume que dans ce cas, il faut recourir à la règle de conflit de droit commun, à savoir la convention de Rome. Le texte français de transposition de la directive 97/7/CE présente par ailleurs un autre avantage. En effet, dans la mesure où il ne mentionne aucune circonstance définie par des éléments localisateurs justifiant le déclenchement du dispositif protecteur, il paraît particulièrement adapté à l'hypothèse des contrats électroniques qui sont évidemment concernés par la directive.¹⁴⁴⁴ Par ailleurs, ce même constat le met à l'abri d'un recours en manquement au regard de la jurisprudence récente de la Cour de justice.¹⁴⁴⁵ Tel n'est pas le cas du texte français de transposition de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, qui s'inspire largement des critères décrits à l'article 5.2 de la convention de Rome.¹⁴⁴⁶

L'épisode des règles de droit international privé insérées dans les directives consoméristes permet enfin de tirer des enseignements au regard des considérations purement techniques liées aux spécificités de la configuration communautaire.

§ IV : Considérations techniques.

droit de la consommation », *JCP éd. E* 2001, *act.*, p. 2025 ; *JCP éd. G* 2001, *act.*, n° 50 ; « Nouvelles modifications du Code de la consommation », *C.C.C.* 2001, *comm.* n° 164.

¹⁴⁴² *JOCE* n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

¹⁴⁴³ Selon ce texte, « *Lorsque les parties ont choisi la loi d'un Etat non membre de la Communauté européenne pour régir le contrat, le juge devant lequel est invoquée cette loi est tenu d'en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur assurant la transposition de la directive [concernant les contrats à distance], lorsque cette résidence est située dans un Etat membre.* »

¹⁴⁴⁴ Sur les problèmes soulevés par l'application de l'article 5 de la convention de Rome aux contrats passés par Internet, V. *infra*, n° 617 et s.

¹⁴⁴⁵ V. l'arrêt *Commission c/ Espagne* du 9 septembre 2004 préc. note 1411.

¹⁴⁴⁶ Selon l'article L 211-18 du code de la consommation (dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, *JO* du 18 février 2005, p. 2778, reproduit in *RCDIP* 2005, p. 362, obs. B. ANCEL), « *Quelle que soit la loi applicable au contrat, l'acheteur qui a sa résidence habituelle dans un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions prises par cet Etat en application de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 et qui ont un caractère impératif : - si le contrat a été conclu dans l'Etat du lieu de résidence habituelle de l'acheteur ; - ou si le contrat a été précédé dans cet Etat d'une offre spécialement faite ou d'une publicité et des actes accomplis par l'acheteur nécessaires à la conclusion dudit contrat ; - ou si le contrat a été conclu dans un Etat où l'acheteur s'est rendu à la suite d'une proposition de voyage ou de séjour faite, directement ou indirectement, par le vendeur pour l'inciter à contracter.* » Ce texte témoigne manifestement d'une volonté du législateur de mettre la loi de transposition de la directive au diapason avec l'article 5 de la convention de Rome.

573. L'expérience malheureuse des transpositions des directives consuméristes a permis de mettre en évidence que le recours à des directives en vue de poser des règles de droit international privé n'était pas la panacée. En effet, l'efficacité du dispositif qu'elles tendent à mettre en œuvre est battue en brèche en cas de défaut de transposition puisqu'elles sont dépourvues d'effet direct horizontal (A) ; en outre, dans la mesure où, par définition, elles laissent une marge de manœuvre aux Etats membres dans le cadre des transpositions nationales, elles ne permettent pas d'unifier le conflit de lois (B).

A. Les problèmes liés au défaut de transposition.

574. Un problème risque de surgir en cas de recours à une directive : il s'agit de l'hypothèse où le juge de l'Etat dont la loi est désignée par la règle de conflit n'a pas transposé la directive en cause. En effet, en l'état actuel du droit, la directive est dépourvue d'effet direct horizontal¹⁴⁴⁷. Le respect de ses prescriptions est conditionné par une transposition (adéquate) dans chacun des Etats membres qui en sont les destinataires. Il en résulte qu'une directive ne peut être invoquée dans les relations entre particuliers. En revanche, les particuliers peuvent invoquer, à l'encontre de l'Etat, les dispositions d'une directive non transposée en temps utile, lorsqu'elles sont inconditionnelles et suffisamment précises.¹⁴⁴⁸ Par ailleurs, la juridiction nationale doit interpréter la loi nationale, dans la mesure du possible, à la lumière de la directive non ou mal transposée, dès lors que son contenu est suffisamment clair et inconditionnel¹⁴⁴⁹.

S'il est impossible d'interpréter la loi de transposition défectueuse à la lumière de la directive, M. FALLON en appelle à un « impératif de cohérence du législateur du for »¹⁴⁵⁰. A défaut, l'Etat qui se rendrait « complice » d'une violation du droit communautaire s'exposerait, outre

¹⁴⁴⁷ CJCE, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, 14 juillet 1994, *Rec.*, p. I-3325. La raison en est que reconnaître un tel effet direct horizontal « reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter, avec effet immédiat, des obligations à la charge des particuliers, alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements. » (Point 24). Toutefois, il est désormais admis que l'inopposabilité d'une norme technique non notifiée, malgré les exigences posées par la directive (en particulier, la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques, *JOCE* n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37) peut être invoquée par un cocontractant selon les arrêts CJCE, 26 septembre 2000, *Unilever Italia* (aff. C-443/98, *Rec.*, p. I-7535) et CJCE, 6 juin 2002, *Sapod Audic* (aff. C-159/00, *RTDciv.* 2002, p. 873, obs. J. RAYNARD) à l'encontre de l'Etat.

¹⁴⁴⁸ V. CJCE, 19 janvier 1982, *Becker*, aff. 8/81, *Rec.*, p. 53 ; CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, *Rec.*, p. 1839.

¹⁴⁴⁹ En ce sens, V. not. M. FALLON, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la dir. d'A. FUCHS, É. PATAUT et H. MUIR WATT, Dalloz Actes, 2004, p. 31 et s., spéc. p. 75, n° 45.

¹⁴⁵⁰ « Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993, *Rev. eur. dr. cons.* 1996, p. 3, spéc. p. 15, n° 14.

à un arrêt en constatation de manquement de la part de la Cour de justice, à une action en réparation du préjudice causé par la non application des droits prévus par la directive.¹⁴⁵¹

La doctrine et la jurisprudence allemandes ont suggéré différentes solutions en cas de défaut de transposition, par un Etat membre dont la loi a été désignée par les règles de conflit du juge saisi. Une première solution consiste à appliquer, par analogie, l'article 5 de la convention de Rome ou encore de recourir à l'article 7. Une seconde solution consiste à appliquer directement la directive non transposée. Enfin, une troisième solution consiste à mettre en œuvre le mécanisme de l'exception d'ordre public allemand.¹⁴⁵² Aucune de ces solutions ne s'avère en réalité satisfaisante, et la Haute Juridiction allemande avait globalement rejeté ces analyses¹⁴⁵³.

575. Une solution serait de recourir au système préconisé par S. GRUNDMANN¹⁴⁵⁴. Selon l'auteur, les juridictions suprêmes nationales ont le devoir de saisir la Cour de justice sur le fondement de l'art 234 par. 3 TCE lorsque le juge saisi ne veut pas faire prévaloir une disposition nationale contraire à une directive et que le droit national ne peut pas être interprété en conformité avec la directive. Pour l'auteur, cela vaut tout particulièrement lorsque le législateur national n'a pas volontairement mal transposé la directive en cause. Le problème est que la procédure dont il est question risque de prendre du temps.

576. Dès lors, une solution plus efficace peut consister, pour les législateurs nationaux, à régler eux-mêmes la question, à l'image de ce que prévoit la loi française de transposition de la directive sur le *timesharing*¹⁴⁵⁵. Celle-ci dispose que sous réserve de certaines conditions étudiées *supra*, « *il sera fait impérativement application des dispositions mises en vigueur, pour respecter ladite directive, par l'Etat sur le territoire duquel est situé ce bien, ou, à défaut, des dispositions de la présente section.* »

C'est dans cette même logique que s'inscrit l'article 16 de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers. Selon ce texte, « *Les États membres peuvent imposer des règles nationales conformes à la présente directive à l'égard des*

¹⁴⁵¹ V. notamment CJCE, *Faccini Dori*, préc. note 1447 ; CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci c. Italie*, aff. C-6/90 et 9/90, *Rec.*, p. I-5357.

¹⁴⁵² V. à ce sujet notamment le résumé de MARTINY in *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. X, 3^{ème} éd. 1998, in *MünchKomm (-Martiny)* (N 3), art. 29 EGBGB, n° 29-31, réf. citée par J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 55, spéc. p. 62, note 20.

¹⁴⁵³ V. l'arrêt préc. Cour fédérale d'Allemagne (8^{ème} ch. civ.), 19 mars 1997, *RCDIP* 1998, p. 610, note P. LAGARDE.

¹⁴⁵⁴ « Internal Market Conflict of Laws : from Traditional Conflict of Laws to an Integrated Two Level Order », in H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004, p. 5, spéc. p. 17 et s.

¹⁴⁵⁵ V. le texte *supra*, n° 570.

fournisseurs établis dans un État membre qui n'a pas encore transposé la présente directive et dont le droit n'impose pas d'obligations correspondant à celles prévues par celle-ci. » Ce type de formules permet de pallier les carences de certains législateurs nationaux au regard des exigences communautaires en matière de protection des consommateurs. Il est suffisamment large pour remédier tout à la fois à l'hypothèse du défaut de transposition d'une directive dans les délais et à celle de la transposition erronée ou lacunaire. Il paraît de toute évidence souhaitable de généraliser une telle pratique qui permet de remédier aux inconvénients découlant de l'approche moniste du droit communautaire qui le conduit à occulter le phénomène de carence du législateur national.

Mais à supposer que le problème du défaut de transposition, par un Etat membre, d'une directive, trouve une solution, reste que la directive ne permet pas d'unifier le conflit de lois.

B. L'impossible unification du conflit de lois par le recours à des directives.

577. La directive, si elle présente l'avantage de préserver la diversité formelle des droits substantiels, trouve mal sa justification lorsqu'elle est utilisée en vue de poser des règles visant à coordonner les droits nationaux. En effet, elle ne permet pas d'atteindre l'harmonie internationale des solutions au sein de la Communauté puisque, par définition, elle tolère les disparités entre les lois nationales de transposition, dont la mesure est fonction de la précision de la directive. Seule l'unification des règles de conflit de lois permet d'aspirer à l'harmonie internationale des solutions, de telle sorte que quel que soit le juge saisi au sein de l'Union, celui-ci désigne la même loi applicable à une situation juridique donnée. Certes, en droit des assurances, le législateur a bien eu recours à cet instrument pour poser des règles de conflit de lois¹⁴⁵⁶. Mais leur grande précision a largement atténué les disparités entre les lois nationales. Au demeurant, certaines options laissées aux législateurs nationaux n'ont pas été exercées ou, lorsqu'elles l'ont été, ne l'ont pas été dans le même sens. Or ce point a été précisément souligné par la doctrine spécialisée qui y a vu une faille dans le système mis en place par les directives « assurances »¹⁴⁵⁷.

L'unification des règles de conflit de lois s'impose donc, sous peine d'inutilité du système, ce qui exclut le recours à la directive à cette fin. En outre, l'inconvénient résultant du recours aux directives devient tout à fait inacceptable lorsqu'existe un instrument conventionnel ayant

¹⁴⁵⁶ Sur ces règles, V. *supra*, n° 285 et s.

¹⁴⁵⁷ V. not. V. HEUZÉ, « Le droit international privé du contrat d'assurance : les conflits de lois », in J. BIGOT (dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3, LGDJ 2002, chap. XX, p. 1401 et s., n° 2011 et s., par ex. p. 1465 et s., n° 2071 et s. à propos de l'option concernant le renvoi dans la directive non vie ; p. 1451, n° 2054 à propos de l'option concernant la prise en compte des lois de police étrangères.

contribué à unifier le droit international privé des Etats signataires qui, par ailleurs, sont membres de l'Union européenne. D'ailleurs, lors de l'élaboration de la convention de Rome, il avait un temps été envisagé d'adopter une directive fondée sur l'article 100 du Traité.¹⁴⁵⁸ Cette voie a été finalement abandonnée, étant jugée inadaptée à l'entreprise.

Si l'on se place sous l'angle communautaire, cette même exigence d'uniformité s'impose, dans la mesure où un droit international privé unifié peut être perçu comme un moyen mis au service des objectifs communautaires. En effet, la diversité des droits substantiels associée à la diversité des règles conflictuelles ne contribue pas à la prévisibilité des solutions et partant, peut constituer un frein à la libre circulation au sein de l'Union en décourageant les individus à s'engager dans un contrat transfrontière¹⁴⁵⁹.

Ces considérations techniques mettent en évidence l'intérêt d'exploiter la voie du règlement, permise par les compétences nouvelles du droit communautaire, en vue d'élaborer un droit international privé communautaire.

578. Conclusion du chapitre I – De nombreux obstacles doivent être surmontés dans la perspective de l'élaboration d'un régime juridique de protection des consommateurs transfrontières satisfaisant. Ils entretiennent cependant des liens certains entre eux, dans la mesure où ils découlent d'une certaine manière des termes restrictifs de l'article 5 de la convention de Rome au regard de la protection des consommateurs transfrontières. Le remède pourrait dès lors être unique. Il consisterait à exploiter davantage le concept de « dispositions impératives protectrices ».

579. Ainsi, on a vu, dans un premier temps, que la combinaison entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome n'était pas sans poser des difficultés. La doctrine n'est pas unanime sur la possibilité du cumul, et les auteurs qui l'admettent ne s'accordent pas tout à fait sur les conditions exactes posées pour le permettre. De son côté, la pratique judiciaire, en particulier allemande, montre que le refus du cumul peut conduire à des résultats peu satisfaisants en termes de protection des consommateurs. En effet, l'article 5 ne concerne que les crédits mobiliers liés. En outre, la protection spéciale est réservée au consommateur passif, par opposition au consommateur actif. Un élargissement des critères de mise en œuvre de l'article

¹⁴⁵⁸ Comm. CE, compte-rendu de la réunion des experts gouvernementaux en matière de droit international des 20-22 octobre 1969, doc. 21177/XIV/69, p. 7, cité par I. SCHWARTZ, « Article 220 », *comm. Mégret*, vol. XV, dispositions générales et finales, Bruxelles, éd. de l'Université, 1987, p. 333-417, spéc. p. 380, n° 116, notes 130-132.

¹⁴⁵⁹ V. en ce sens P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 781, spéc. p. 794.

5 contribuerait indéniablement à apaiser la discussion. Il faudrait parallèlement nettement distinguer, au plan théorique, d'un côté, les dispositions impératives protectrices et de l'autre, les lois de police.

580. Ensuite, la combinaison entre le droit commun (incarné par la convention de Rome) et les règles spéciales de droit international privé insérées dans certaines directives communautaires n'est pas sans poser des difficultés. Au lendemain de la directive « clause abusive », le souci essentiel des juristes semble avoir été de rechercher une lecture conciliatrice entre sa disposition touchant au droit international privé et les solutions classiques de droit international privé antérieures. Le réflexe était parfaitement compréhensible. On a, à cette occasion, beaucoup critiqué le législateur communautaire pour ne pas avoir pris en compte le droit conventionnel (la convention de Rome en particulier) lorsqu'il s'est mis à insérer des règles spéciales d'applicabilité dans certaines directives consuméristes. Mais on peut aussi reprocher au droit international privé (donc aux Etats membres) d'être resté insensible au message délivré par le droit communautaire. En effet, on peut considérer qu'implicitement, l'insertion de règles de conflit dans de nombreuses directives adoptées en droit de la consommation témoigne d'un reproche adressé à la règle générale de l'article 5 de la convention de Rome, qui ne permet pas de procurer une protection suffisante aux consommateurs transfrontières. Et la Cour de justice, dans sa décision *Commission contre Espagne*, semble d'une certaine manière en appeler à une modification de l'article 5 de la convention de Rome à l'occasion du reformatage de celle-ci en instrument communautaire. Ainsi, un premier apport du droit communautaire a été de mettre en évidence les limites des solutions de droit international privé élaborées en matière de protection des consommateurs.

581. Faut-il en conclure pour autant que les exigences que traduisent les directives invitent à condamner les solutions consacrées par la convention de Rome, en particulier le recours à des dispositions impératives protectrices visées par l'article 5 ? Une réponse positive serait à déplorer. On a vu, en effet, que le mécanisme des « dispositions impératives protectrices » permettait de franchir une étape dans la voie menant à l'universalisme, contrairement à la méthode unilatérale retenue dans les directives. Car c'est certainement là le phénomène le plus désastreux à inscrire au passif du bilan des transpositions des directives : l'atteinte grave portée à l'unification du conflit de lois opérée par la convention de Rome. Alors que cette dernière était parvenue, dans une certaine mesure, à coordonner les droits nationaux, permettant ainsi d'aspirer à l'harmonie internationale des solutions (certes, dans un espace limité), la diversité des règles nationales de transposition des directives a marqué un certain

retour au particularisme, portant ainsi un coup fatal aux entreprises aspirant à l'harmonie internationale des solutions, dont la convention de Rome fournit un bel exemple.

582. Un tel bilan était-il inéluctable ? La réponse à cette question découle de l'analyse des règles de droit international privé contenues dans les directives consuméristes. Celle-ci nous a invitée à nous placer dans une perspective globale, permettant de comprendre l'appréhension, par le droit communautaire, de la problématique de la protection des consommateurs transfrontières. Il en est ressorti qu'en dépit d'une différence fondamentale d'approche qui se traduit par une différence de méthode entre le droit communautaire et le droit international privé conventionnel, la philosophie sous-tendant les règles spéciales contenues dans les directives est, au fond, la même que celle transparaissant notamment dans l'article 5 de la convention de Rome. En effet, le droit communautaire semble recourir largement à des règles établies *in favorem* en vue d'assurer la protection des consommateurs. Il appelle donc à une délimitation précise du domaine de ces règles qui reposent sur un mécanisme *in favorem* par rapport à celui des « véritables » lois de police. Autrement dit, il faut clarifier les domaines respectifs de ces deux méthodes.

Cette ressemblance entre les règles contenues dans les directives et l'article 5 de la convention de Rome incite à maintenir la méthode des dispositions impératives protectrices et même à en étendre le domaine de telle sorte qu'elle prenne en compte le caractère impératif conféré à certaines dispositions du droit de la consommation par le législateur communautaire. De son côté, le droit communautaire dispose de l'outil de l'harmonisation permettant de rapprocher les droits nationaux des Etats membres en vue d'instaurer un marché intérieur. Il permet donc de préciser l'impérativité (au sens du droit interne) des normes qu'il édicte. L'impérativité est alors unifiée. Or l'article 5 de la convention de Rome concerne justement l'impérativité au sens du droit interne. On comprend dès lors qu'en étendant le domaine de ce texte, sera satisfait l'objectif qui était recherché par le droit communautaire lorsqu'il a édicté des règles spéciales. En outre, l'élaboration d'une règle générale visant à satisfaire l'objectif de protection du consommateur permettra de remédier à l'éclatement de la règle de conflit qui se traduit par la coexistence d'une pluralité de textes gouvernant un aspect donné du contrat ou un type de contrat déterminé.

Reste donc maintenant à tirer les leçons de cette expérience malheureuse et à trouver les remèdes les plus appropriés en vue de parvenir à une solution satisfaisante, c'est-à-dire à la fois respectueuse des objectifs généralement assignés au droit international privé et des exigences communautaires. Notamment, l'approche parcellaire retenue par le droit communautaire ne donne pas de résultats satisfaisants. Il paraît dès lors nécessaire de

généraliser la méthode des dispositions impératives protectrices. Aussi, analysant les raisons de l'émergence des règles spéciales d'applicabilité, il faut en tirer les conséquences à l'occasion des actions désormais imparties au législateur communautaire en droit international privé.

Chapitre II : Les remèdes envisagés dans le cadre d'une communautarisation des règles de conflit de lois.

583. L'évolution institutionnelle des traités constitutifs associée à une optimisation des méthodes du droit international privé prenant en compte le rapprochement substantiel opéré par le droit communautaire permettent de mener une réflexion sur la combinaison entre les deux matières dans le cadre du reformatage (actuellement en préparation) de la convention de Rome en instrument communautaire. C'est dire que l'occasion s'offre aujourd'hui au droit communautaire de procéder à une clarification des méthodes du droit international privé des contrats concernant en particulier l'ordre public.

Le plan d'action adopté par le Conseil à Vienne en 1998¹⁴⁶⁰ invitait déjà à une révision de la convention de Rome, en tant que de besoin, en vue de tenir compte des règles spéciales de droit international privé contenues dans divers instruments communautaires. De même, le programme de reconnaissance mutuelle,¹⁴⁶¹ en soulignant la complémentarité existant entre l'unification du conflit de juridictions et celle du conflit de lois, appelait à un rapprochement des législations des Etats membres dans ce dernier domaine.

584. Hormis les avantages concernant le « fond » et qui seront développés par la suite, un reformatage de la convention de Rome apportant certaines modifications aux textes actuels présente de nombreux intérêts¹⁴⁶². Ils sont exposés notamment dans le Livre vert lui-même qui met en évidence les avantages de cohérence avec les autres instruments communautaires et internationaux¹⁴⁶³ en matière de droit international privé ainsi que l'application immédiate

¹⁴⁶⁰ Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de la mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice du 3 décembre 1998, *JOCE C 19* du 23 janvier 1999, p. 1.

¹⁴⁶¹ *JOCE n° C 12* du 15 janvier 2001, p. 8.

¹⁴⁶² V. M. WILDERSPIN, « Les perspectives d'une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in (dir. A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT) *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz Actes 2004, p. 173-183, spéc. p. 175.

¹⁴⁶³ La proposition de règlement « Rome I » a recherché un équilibre entre le respect, par les Etats membres, de leurs engagements internationaux et l'objectif d'instaurer un véritable espace de justice européen. (V. l'exposé des motifs, point 4.2, v. art. 23). L'article 23.2 précise ainsi que les conventions internationales ratifiées par les Etats membres et ayant fait l'objet d'une mesure de publicité au journal officiel suite à une procédure décrite au paragraphe 1^{er}, ne sont pas affectées par le règlement. Cependant, lorsque tous les éléments de la situation sont, au moment de la conclusion du contrat, localisés dans un ou plusieurs Etats membres, le règlement prévaut sur la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ainsi que sur la convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Une telle clarification des rapports entre le règlement et ces engagements internationaux ratifiés par certains Etats membres ne peut qu'être approuvée. On sait en effet que les rapports entre la convention de 1955 et la convention de Rome avaient fait l'objet d'une déclaration par les Etats membres lors de la XIV^{ème} session de la conférence de La Haye, selon laquelle la convention de 1955 « *ne met pas obstacle à l'application, par les Etats parties, de règles particulières sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs* ». (V. Acte final de la XIV^{ème} session, § C-I, 25 octobre 1980, *RCDIP* 1980, p. 911). Or cette

de l'instrument aux nouveaux Etats membres adhérant à la Communauté. On peut ajouter que le « reformatage » de la convention de Rome en instrument communautaire sera l'occasion d'apaiser les incertitudes entourant la portée du principe de « reconnaissance mutuelle » tel qu'il transparaît à travers les clauses « marché intérieur »¹⁴⁶⁴. Enfin, pendant longtemps, l'un des principaux avantages avancé en vue de reformater la convention a été l'interprétation uniforme qui en résulterait, *via* la Cour de justice. Mais cette dernière a récemment reçu compétence pour interpréter la convention de Rome. En effet, les deux protocoles¹⁴⁶⁵ rédigés à cette fin ont finalement été ratifiés par le nombre d'Etats requis et sont entrés en vigueur le 1^{er} août 2004¹⁴⁶⁶. Désormais, les plus hautes juridictions et les cours d'appel peuvent poser des questions préjudicielles à la Cour de justice sur l'interprétation de la convention de Rome, des conventions consécutives d'adhésion et de ses protocoles lorsque ces juridictions estiment qu'une décision est nécessaire sur ces points pour trancher un litige. Une interprétation uniforme des règles et notions figurant dans la convention renforcera incontestablement l'harmonie internationale des solutions.

585. Les questions institutionnelles et techniques étant réglées, dans la mesure où la compétence du droit communautaire pour adopter des règlements en droit international privé est acquise¹⁴⁶⁷, reste à s'intéresser au contenu même des réformes à entreprendre. Il nous semble à cet égard que l'instrument devrait s'attacher, pour commencer, à clarifier les domaines respectifs des lois de police et des « dispositions impératives protectrices ». Le concept de loi de police nous paraît inadapté à l'objectif de protection des consommateurs, car

déclaration est dépourvue de réelle valeur juridique. Dès lors, sa portée est controversée. Sur cette question, V. P. LAGARDE, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 511, spéc. p. 519. En ce qui concerne la convention de 1978, on a vu que l'absence de texte visant spécifiquement à assurer la protection des consommateurs laissait sans doute le champ libre aux lois de police en la matière, de telle sorte que si l'on adhère à la thèse du refus du cumul entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome, l'on risque d'aboutir à une disparité de traitement selon les contrats en cause : ceux entrant dans le domaine de la convention de La Haye pouvant être soumis à un régime plus protecteur des consommateurs que ceux relevant de la convention de Rome.

¹⁴⁶⁴ Sur ces clauses, V. *supra*, n° 235 et s.

¹⁴⁶⁵ Deux protocoles devaient entrer en vigueur afin que la Cour puisse interpréter la convention de Rome : n° 89/128/CEE, *JOCE* n° L 48, p. 1 ; n° 89/129/CEE, *JOCE* n° L 48, p. 17. Le premier protocole concernait l'interprétation, par la Cour de justice, de la convention de Rome ; le second attribuait à la Cour de justice certaines compétences en matière d'interprétation de cette convention. Sur ces protocoles, V. les obs. de P. LAGARDE in *RCDIP* 1989, p. 419. L'entrée en vigueur du premier protocole était subordonnée à sa ratification par sept Etats au moins à l'égard desquels la convention de Rome était en vigueur (art. 6, par. 1). Ce nombre fut relativement rapidement atteint. Mais pour que la Cour de justice soit compétente aux fins d'interpréter cette convention, il fallait que le second protocole ait été ratifié par tous les Etats contractants (art. 3). C'est cette seconde condition qui, à défaut d'être remplie, a longtemps fait obstacle à la compétence de la Cour. V. le rapport sur les protocoles concernant l'interprétation par la Cour de justice de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par A. TIZZANO, *JOCE* n° C 219 du 3 décembre 1990, p. 1-19.

¹⁴⁶⁶ V. le décret n° 2005-17 du 5 janvier 2005, *JORF* du 12 janvier 2005, p. 501.

¹⁴⁶⁷ V. cependant, en 1999, les réticences exprimées à ce sujet notamment par M. KOHLER : « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *RCDIP* 1999, p. 1.

il ne relève pas d'une approche finaliste. Or c'est bien une telle approche, nous semble-t-il, qui doit être retenue lorsqu'il s'agit d'assurer la protection d'une partie en situation d'infériorité par rapport à son cocontractant.

Cette clarification ouvrira la voie à un élargissement du domaine de l'article 5 de la convention de Rome de telle sorte que le concept de « disposition impérative protectrice », - qui constitue selon nous une avancée remarquable du droit international privé -, soit davantage exploité. Parallèlement, il faudrait revoir le concept d'internationalité en distinguant bien la notion de « disposition impérative » (selon le droit interne) de celle de « disposition internationalement impérative » visée par l'article 7 de la convention de Rome. C'est du reste dans cette direction que s'orientaient les propositions formulées dans le Livre vert sur la transformation de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation.¹⁴⁶⁸

Par ailleurs, le reformatage de la convention est l'occasion de s'interroger sur l'adaptation du dispositif actuel de protection des consommateurs aux nouvelles technologies. En effet, des doutes ont surgi sur la pertinence de l'article 5 dans le contexte du commerce électronique qui s'est largement développé et continuera certainement dans cette voie. Il faudra donc, le cas échéant, procéder aux éventuelles adaptations impliquées par l'essor des contrats conclus en ligne.

La proposition de règlement « Rome I » s'inscrit dans une certaine mesure dans la logique du Livre vert, c'est pourquoi celui-ci s'avère très précieux pour comprendre les solutions retenues dans cette proposition. L'examen de ce Livre vert fera ressortir deux axes majeurs résultant de la combinaison entre droit communautaire et droit international privé dans le processus de reformatage de la convention de Rome : il s'agit, d'une part, de l'extension du domaine des dispositions impératives protectrices (I) ; d'autre part, de l'adaptation de l'actuel article 5 de la convention de Rome aux contrats passés par Internet (section II).

Section I : *Une exploitation accrue du concept de « disposition impérative protectrice ».*

586. Si le concept de « disposition impérative protectrice » permet d'espérer, à terme, une résorption des lois de police, force est de constater qu'aujourd'hui, il n'est pas suffisamment

¹⁴⁶⁸ COM (2002), 654 final. Son objet est de soumettre un certain nombre de questions soulevées dans le cadre de l'application de la convention de Rome à l'appréciation d'un large cercle de juristes, en vue d'aboutir à un perfectionnement de cet instrument dans la perspective de son reformatage. Cette consultation a reçu de nombreuses réponses.

exploité, en ce sens que l'actuel article 5 de la convention de Rome¹⁴⁶⁹ comporte un champ d'application matériel et spatial étroit. C'est que l'évolution du droit international privé en matière de protection des consommateurs n'est pas achevée. Le concept de « lois de police » est encore trop étendu puisque son domaine n'a pas encore été suffisamment résorbé par une extension corrélative de celui des « dispositions impératives protectrices ». La transformation de la convention de Rome en instrument communautaire est alors l'occasion de procéder à une réforme en ce sens.

On a vu, par ailleurs, que les exigences posées par les directives adoptées en droit de la consommation se prêtaient bien à la méthode des dispositions impératives protectrices telle qu'inaugurée par la convention de Rome, notamment dans son article 5. On comprend dès lors qu'en étendant le domaine de ce texte, sera satisfait l'objectif qui était recherché par le droit communautaire lorsqu'il a édicté des règles de droit international privé. C'est du reste dans cette direction que s'orientent les auteurs de la proposition de règlement « Rome I » (§ II). Cette extension doit se faire en prenant en compte certaines données du droit communautaire (§ I).

§ I : Les données du droit communautaire.

587. La très jeune expérience du droit communautaire en droit international privé montre que celui-ci a tout à gagner d'une clarification entre les « dispositions impératives protectrices » et les lois de police. C'est du reste l'impression qui ressort de la lecture de l'arrêt *Ingmar*¹⁴⁷⁰ (A). Le droit communautaire invite par ailleurs à revoir le concept d'impérativité interne qui est au cœur du dispositif des « dispositions impératives protectrices » en raison de l'émergence de nombreuses dispositions impératives de source communautaire (B).

A. L'impact de la jurisprudence *Ingmar* sur le droit de la consommation.

588. C'est notamment en raison des inquiétudes suscitées par l'arrêt *Ingmar* (1) que la proposition de règlement « Rome I » s'inspire d'une suggestion du Livre vert visant à clarifier les domaines respectifs des lois de police et des « dispositions impératives protectrices » (2).

¹⁴⁶⁹ Pour une application récente de ce texte à un contrat de courtage matrimonial, V. Cass., 1^{ère}, civ., 12 juillet 2005, *RCDIP* 2006, p. 94, note P. LAGARDE ; *Droit et Patrimoine*, nov. 2005, p. 113, obs. M.-E. ANCEL ; LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit de la famille*, oct. 2005, *comm.* n° 203. La Haute Juridiction censure dans cet arrêt les juges du fond au visa de l'article 5.3 de la convention de Rome pour avoir admis un choix de loi implicite.

¹⁴⁷⁰ CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Rec.*, p. I-9305; concl. Av. Gén. Ph. LEGER du 11 mai 2000, p. I-9307. Sur cet arrêt, V. les développements *supra*, n° 397 et s.

1. Les inquiétudes suscitées par l'arrêt *Ingmar*.

589. Au lendemain de l'arrêt *Ingmar*, certains auteurs, faisant le parallèle entre la situation de l'agent commercial et celle des consommateurs, se sont demandés si en consacrant, en l'espèce, une loi de police, la Cour de justice n'avait pas ouvert « *très grande la voie des lois de police aux consommateurs* »¹⁴⁷¹. Les juges nationaux seraient ainsi incités à « découvrir » des lois de police, notamment dans les premières directives consuméristes dépourvues de règles particulières d'applicabilité.¹⁴⁷²

De fait, la directive 85/577 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, par exemple, contient une formule qui n'est pas sans rappeler celle de l'article 19 de la directive relative aux agents commerciaux. Or c'est notamment sur elle que l'Avocat général, dans l'affaire *Ingmar*, s'est fondé pour appuyer l'impérativité particulière qu'il a conférée aux articles 17 et 18 de cette directive. Ainsi, elle prévoit que le consommateur ne peut pas renoncer aux droits que lui confère la directive (article 6). De même, l'article 14.1 de la directive concernant les crédits à la consommation impose aux Etats membres de veiller « *à ce que les contrats de crédit ne dérogent pas, au détriment du consommateur, aux dispositions de droit national qui mettent en application* » cette directive. Il est donc envisageable que le juge communautaire, s'il venait à être saisi d'une interprétation concernant le champ d'application spatial de ces instruments, se fonde sur ces précisions pour assigner un champ d'application particulièrement étendu aux règles protectrices consuméristes.

590. Pourtant, il nous semble que les formules utilisées dans ces directives laissent clairement entendre que le mécanisme approprié en vue de permettre le respect des exigences communautaires n'est pas celui des lois d'application immédiate, mais celui des règles *in favorem*, dans la mesure où le législateur communautaire entend faire en sorte que le consommateur ne soit pas privé d'une certaine protection qui lui est offerte par ces directives. Cependant, le principe de primauté du droit communautaire obligera les Etats membres à se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice. Et, à l'instar de ce que l'on a constaté à propos des directives consuméristes comportant des règles d'applicabilité, l'approche unilatérale retenue par le juge communautaire risque de se répercuter sur le mode de détermination du champ d'application spatial des lois nationales de transposition des

¹⁴⁷¹ V. L. BERNARDEAU, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'arrêt CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98 », *JCP éd. G* 2001, I, 328, spéc. n° 16.

¹⁴⁷² V. not., cherchant à mesurer les implications méthodologiques de l'approche unilatéraliste retenue par le juge dans l'affaire *Ingmar* en matière de droit de la consommation, L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mélanges J. CALAIS-AULOY, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 421-445, spéc. p. 432 et s.

directives consuméristes. C'est dire qu'un recours au mécanisme des lois de police notamment par les juges nationaux est à redouter. Un tel recours accru à la méthode des lois de police se fera au détriment de l'utilisation de la règle bilatérale contenue dans l'article 5 de la convention de Rome. Il en résulterait que l'article 5 de la convention de Rome se verrait largement mis en concurrence avec l'article 7 de cette convention.

D'un point de vue méthodologique, le raisonnement mené par le juge communautaire dans l'affaire *Ingmar*, focalisé autour des objectifs initiaux des Traités institutifs, appliqué aux rapports transfrontières de consommation, risquerait donc d'altérer la méthode visant à permettre aux consommateurs de se prévaloir de dispositions *in favorem*. On sait, en effet, que les bases juridiques des directives adoptées par le législateur communautaire en droit de la consommation font généralement apparaître la même ambivalence que celle constatée dans la directive relative aux agents commerciaux indépendants¹⁴⁷³. Dès lors, si l'on estime, - à l'instar du juge, semble-t-il, dans l'affaire *Ingmar* -, que ce sont les objectifs visant notamment à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur ainsi que des conditions de concurrence saine qui justifient l'harmonisation des droits nationaux et la nécessité d'assurer un certain niveau de protection aux consommateurs, le risque est de faire l'impasse sur le mécanisme *in favorem*. Pourtant, selon nous, l'application de la loi protectrice ne pouvait se justifier par les objectifs communautaires de libre circulation dans une espèce où ceux-ci n'étaient pas vraiment en cause, le commettant étant établi hors du territoire communautaire.

Les inquiétudes suscitées par l'arrêt *Ingmar* ont trouvé un écho dans le Livre vert.

2. Les suggestions présentées dans le Livre vert.

591. Au vu de l'arrêt *Ingmar*, le Livre vert s'interrogeait sur l'opportunité de clarifier les différentes notions ayant trait à l'ordre public dans la convention de Rome¹⁴⁷⁴. En particulier, il avait été suggéré que la distinction entre les dispositions impératives protectrices des articles 5 et 6 d'une part, et les lois de police au sens de l'article 7, d'autre part, devrait

¹⁴⁷³ On songe en particulier aux premières directives consuméristes basées exclusivement sur l'ancien article 100 du traité CEE (actuel article 94 TCE), telle la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative à au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (*JOCE* n° L 42 du 12 février 1987, p. 48-53). Les plus récentes sont fondées à la fois sur l'article 95 et l'article 153, paragraphes 1 et 3 TCE, telle la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (*JOCE* n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12-16). Sur l'évolution des bases juridiques constatée depuis la signature des traités constitutifs en matière de droit de la consommation, V. J. CALAIS-AULOY, « Un code européen de la consommation ? », in F. OSMAN (sous la dir. de), *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 399, spéc. p. 404/405; V. égal. J.-P. PIZZIO, « L'application du droit primaire », in *Vers un code européen de la consommation* préc., p. 87, spéc. p. 88/89, n° 3.

¹⁴⁷⁴ Livre vert, point 3.2.8.3 et question 13.

apparaître plus nettement, ce qui permettrait de résoudre l'épineuse question de leur combinaison.

A cette fin, il était proposé d'inscrire, dans le futur règlement « Rome I », une définition des lois de police (en particulier la définition classique reprise dans l'arrêt *Arblade*.) Et pour que la distinction entre ces deux types de normes soit encore plus claire, il ne serait pas inutile de préciser qu'une loi visant la protection d'intérêts purement privés ne peut être qualifiée de loi de police¹⁴⁷⁵.

592. La proposition de règlement dote effectivement le concept d'une définition¹⁴⁷⁶. Celle-ci doit être approuvée, en raison des termes restrictifs qui y sont employés pour autoriser le recours aux lois de police. Mais il n'est pas certain qu'à elle seule, elle contribue vraiment à résorber le domaine des lois de police en évitant qu'il n'empiète sur celui des dispositions impératives protectrices. En effet, cette définition est bien connue des internationalistes et n'éclaire pas la question de savoir si les dispositions protectrices des consommateurs peuvent être qualifiées de lois de police.

Aussi ne pouvons nous que regretter que le législateur communautaire n'ait pas clarifié plus nettement la distinction entre les lois de police et les dispositions impératives protectrices. Cela aurait certainement contribué, en effet, à résorber le domaine des lois de police et ainsi à restreindre leur nuisance à l'égard de l'harmonie internationale des solutions. Corrélativement, le domaine des « dispositions impératives protectrices » s'en trouverait accru. Rappelons que contrairement aux lois de police, ces dispositions relèvent de

¹⁴⁷⁵ Rapp. avec la proposition de M. JUNKER qui propose d'insérer un paragraphe 3 à l'actuel article 7 de la convention de Rome, précisant qu'une disposition impérative qui régit impérativement une situation quelle que soit la loi applicable ne peut être considérée comme telle si elle ne poursuit que l'équilibre ou la protection d'intérêts privés. V. « Empfiehlt es sich, Art. 7 EVÜ zu revidieren oder aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu präzisieren? », *IPRax* 2000, p. 65-73, spéc. p. 71 et 73. Exprimant la même idée, V. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 4^{ème} éd. 2001, p. 479. L'auteur suggère de réécrire l'article 7 de la convention de Rome afin de préciser que ce texte ne peut s'appliquer en vue d'assurer notamment la protection d'intérêts purement privés. Ces deux références sont citées par S. FRANCO, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005, p. 448, note 1303.

Il est par ailleurs intéressant de remarquer que dans l'arrêt *Allium* (Cass., com., 28 novembre 2000, *SA Allium c/ Sté Alfin incorporated et a.*, *JCP éd. G* 2001, II, 10527, note L. BERNARDEAU ; *JCP éd. E*, 2001, p. 997, note L. BERNARDEAU ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. JACQUET ; *D. Aff.* 2001, *Act. jurispr.*, p. 305, note E. CHEVRIER), la Cour de cassation, en rejetant la qualification de loi de police à propos d'une disposition de la loi du 25 juin 1991 visant à protéger l'agent (l'octroi d'une indemnité de rupture), a précisé qu'il s'agissait d'une « loi protectrice d'ordre public interne ». La précision n'est pas anodine et laisse à penser que la Haute Juridiction a entendu faire le départ entre les dispositions protectrices qui ne relèveraient pas de la catégorie des lois de police, car protectrices d'intérêts purement privés, et les « véritables » lois de police, visant à la sauvegarde d'intérêts collectifs.

¹⁴⁷⁶ Selon l'article 8. 1, « (u)ne 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. »

l'impérativité du droit interne. La qualification relative à leur impérativité incombe à la *lex causae*. Elles marquent en quelque sorte une étape cruciale dans l'évolution du droit international privé dans la mesure où elles combinent droit substantiel et droit conflictuel. Puisque les « dispositions impératives » concernent l'impérativité du droit interne, on en déduit que les articles 5 et 6 de la convention de Rome sont à même de donner une « dimension internationale » au droit communautaire impératif (au sens du droit interne). En effet, lorsque le législateur édicte une directive, il a la faculté de décider qu'une norme est impérative. S'il le fait, et dès l'instant où il le fait, cette règle impérative nourrit le concept de « disposition impérative » du lieu d'exécution du travail (en principe, dans le cadre de l'article 6) et du lieu de résidence habituelle du consommateur (dans le cadre de l'article 5) tout en l'harmonisant au sein de l'Union.

Certes, lorsque le législateur du pays de résidence habituelle du consommateur sera allé au-delà du seuil minimum de protection prévu dans la directive, il faudra regarder si ce surplus de protection a été érigé par celui-ci au rang de règle impérative de droit interne. On rappellera toutefois qu'il est plus facile de « repérer » une disposition impérative au sens du droit interne qu'une « loi de police ».

L'impérativité au sens du droit interne étant au cœur du mécanisme des « dispositions impératives protectrices », il convient de s'intéresser à l'incidence de l'harmonisation communautaire des dispositions impératives en matière contractuelle.

B. La prise en compte de l'altération du concept d'internationalité.¹⁴⁷⁷

593. M. LANDO est, semble-t-il, l'un des premiers auteurs à avoir mis clairement en évidence le phénomène d'altération du concept d'internationalité à partir du constat de la multiplication des dispositions impératives apparaissant dans les directives¹⁴⁷⁸. L'auteur proposait ainsi de considérer la Communauté comme un seul Etat, de telle sorte qu'un contrat conclu entre deux ressortissants d'Etats membres différents ne puisse échapper à ces dispositions impératives.

Le phénomène d'éclosion des dispositions impératives insérées dans les directives s'étant depuis lors largement confirmé, cette idée a été reprise et précisée par la suite. Comme l'a très

¹⁴⁷⁷ Sur le thème de l'internationalité en droit communautaire, V. notamment S. POILLOT-PERUZZETTO, « L'internationalité du point de vue de l'ordre communautaire », *suppl. Revue Lamy droit des affaires*, fév. 2002, p. 31 ; J.-S. BERGÉ, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *TCFDIP 2005/2006*, Pédone, à paraître.

¹⁴⁷⁸ « The EEC Convention on the Law applicable to contractual obligations », *Common Market Law Rev.* 1987, p. 159-214, spéc. p. 180-182. V. aussi, du même auteur, « The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods », *RabelsZ* 1993, t. 57, p. 155-174, spéc. p. 163.

justement fait remarquer depuis quelque temps M. LAGARDE, il apparaît que « *de plus en plus aujourd'hui, un conflit entre les lois de deux Etats membres ressemble davantage à un conflit interne qu'à un conflit international.* »¹⁴⁷⁹ Se profile alors le concept d'extranéité à géométrie variable.

En matière contractuelle, la liberté étant la règle, ce sont essentiellement les dispositions impératives qui constituent l'enjeu de toutes mesures d'harmonisation. Et c'est notamment pour préserver cette impérativité que le législateur communautaire a pris l'habitude, depuis les années 1990, d'insérer des dispositions spéciales dans certaines directives, visant à écarter en particulier le choix d'une loi étrangère¹⁴⁸⁰. Ainsi, « *dans la mesure de l'harmonisation du droit matériel impératif, les contrats intracommunautaires peuvent être considérés comme des contrats internes, pour lesquels le choix de la loi d'un Etat tiers a des effets limités.* »¹⁴⁸¹

Dès lors, il semble intéressant de chercher à tirer les conséquences de cette altération du concept d'internationalité suivant une approche plus systématique, permettant ainsi de tempérer le besoin d'insérer des règles spéciales. Un autre avantage de la prise en charge, par une règle générale, de ce phénomène, est de permettre d'éviter une césure, au plan du conflit de lois, entre le traitement des situations juridiques internationales (intracommunautaires) et les situations impliquant un Etat membre et un Etat tiers à l'Union. Ainsi, plutôt que de faire coexister des règles de droit international privé propres aux relations intracommunautaires avec un autre corps de règles applicables dans les relations entre un Etat membre de l'Union et un Etat tiers, il faudrait s'attacher à préciser l'impact de l'harmonisation du droit substantiel sur la notion d'extranéité, dont on sait qu'elle est la condition de la mise en œuvre des normes de droit international privé.

Conscient des changements induits par l'émergence d'un espace communautaire transcendant les ordres juridiques nationaux, M. LAGARDE estimait, dans le débat concernant la combinaison entre la convention de Rome et les directives consuméristes, qu'il aurait fallu modifier l'espace de référence dans l'appréciation des circonstances prévues par l'article 5, de façon à tenir compte de la « dimension communautaire » d'une situation juridique. Ainsi, pour déterminer si un consommateur peut bénéficier de la protection qui lui est offerte par ce texte, il faudrait admettre que les conditions à cette fin en sont satisfaites dès lors qu'elles se

¹⁴⁷⁹ « Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? » in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mél. Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 571, spéc. p. 574.

¹⁴⁸⁰ Rappelons que la directive *timesharing* fait figure d'exception puisque c'est la seule directive consumériste à faire obstacle, le cas échéant, aussi bien à la loi d'autonomie qu'à la mise en œuvre de la règle de conflit objective.

¹⁴⁸¹ P. LAGARDE, « Rapport de synthèse » in *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, colloque de Toulouse, mars 2002, *Petites Affiches* du 12 déc. 2002, p. 44-48, spéc. p. 47.

sont produites sur le territoire d'un Etat membre, sans qu'il soit nécessaire qu'elles l'aient été dans le pays dans lequel il a sa résidence habituelle.¹⁴⁸²

La directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance rend davantage compte que les autres de cette nécessité de modifier le point de vue de l'appréhension, par les ordres juridiques nationaux, d'une situation juridique de telle sorte que chaque Etat membre détermine le domaine d'application des règles issues des directives non pas au regard des liens que la situation juridique entretient avec son Etat, mais avec le territoire de l'un quelconque des Etats membres, ou de plusieurs d'entre eux.¹⁴⁸³

594. C'est à la lumière de ce qui précède qu'il faut comprendre la modification proposée par le groupe européen de droit international privé et présentée (selon une version légèrement différente) dans le Livre vert, de l'actuel article 3.3 de la convention de Rome.¹⁴⁸⁴ Evoquant la nécessité d'être en présence d'un contrat international afin d'autoriser les parties à choisir la loi qui y est applicable, on peut considérer que ce texte, tel qu'il est actuellement rédigé, présente une « lacune » au regard des spécificités de la construction communautaire, car aucun sort particulier n'est réservé à la situation qui présente certes un élément d'extranéité, ce qui aboutit à la qualification de contrat international, mais sans pour autant déborder le territoire de la Communauté. Selon la formule présentée dans le Livre vert, destinée à compléter ce texte par un second alinéa, « *Le choix, par les parties, de la loi d'un Etat tiers, ne peut, lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la conclusion du contrat, localisés dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire* ». ¹⁴⁸⁵ Cette précision mérite approbation. Celle-ci permettrait par ailleurs de remédier aux injustices pouvant résulter d'une mauvaise

¹⁴⁸² V. « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 511, spéc. p. 522.

¹⁴⁸³ En effet, selon l'article 12.2 de cette directive, le « lien étroit » requis pour assurer la protection du consommateur doit exister « *avec le territoire d'un ou de plusieurs des Etats membres.* » A cet égard, la formule est plus significative que celle employée par exemple dans la directive « clauses abusives » qui exige un lien étroit « *avec le territoire des Etats membres* » (article 6.2.)

¹⁴⁸⁴ Selon ce texte, « *Le choix, par les parties, d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat (...)* »

¹⁴⁸⁵ Point 3.1.2.2. La proposition du groupe européen de droit international privé est rédigée en des termes quelque peu différents puisqu'elle évoque les « *dispositions impératives qui trouvent leur origine dans des actes de la Communauté et qui sont applicables dans un Etat membre dont la loi aurait été applicable à défaut de choix.* » V. la « proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980 et de l'article 15 de la proposition de règlement « Bruxelles I » » et son commentaire, publiées à la *RCDIP* 2000, p. 929 et s.

transposition, voire d'un défaut de transposition des directives posant un socle de règles protectrices impératives¹⁴⁸⁶.

595. Mais finalement, l'article 3.5 de la proposition de règlement « Rome I » retient une formule différente. En effet, selon ce texte, « *Le choix par les parties de la loi d'un Etat non membre ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce.* » Cet article ne se contente pas de déjouer les fraudes au droit communautaire, contrairement à ce que le laisse entendre l'exposé des motifs¹⁴⁸⁷, mais il va bien au-delà. Il semble en effet que dès lors que la loi objectivement applicable (c'est-à-dire désignée par l'une des règles figurant dans l'instrument) sera celle d'un Etat membre, les parties devront en tout état de cause respecter les dispositions impératives (au sens du droit interne) du droit communautaire, quand bien même le contrat entretiendrait par ailleurs des liens sérieux avec un Etat tiers. Le système aboutit à paralyser le jeu de l'autonomie de la volonté à l'égard des Etats tiers et donc à rendre les règles de conflit posées dans l'instrument obligatoires. Il faut y voir une regrettable extension du domaine spatial du droit communautaire impératif au détriment du droit étranger. Autant l'on peut parfaitement admettre qu'un contrat signé entre deux ressortissants communautaires résidant dans des Etats membres différents et devant s'exécuter sur le territoire d'un autre Etat membre doive être soumis aux dispositions impératives du droit communautaire, autant on ne voit pas pourquoi il devrait en être nécessairement ainsi si la situation implique un élément d'extranéité la rattachant à un Etat tiers.

Il faudrait des raisons particulièrement solides pour justifier une telle atteinte à un principe si solidement ancré dans les relations nouées par les particuliers au-delà des frontières nationales, tel que celui de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle¹⁴⁸⁸. Or on ne voit pas en quoi les exigences communautaires pourraient fonder le droit communautaire, de façon unilatérale, à imposer ses critères de l'impérativité au reste du monde en assignant un vaste domaine d'application spatial à tout un pan normatif.

¹⁴⁸⁶ La formule présentée dans le livre vert nous semble à cet égard préférable à celle proposée par le Groupe européen. Celle-ci exige en effet que pour que les dispositions impératives du droit communautaire ne puissent être écartées par les parties, elles aient fait l'objet d'une transposition. Ainsi, dans l'hypothèse du défaut de transposition ou de la mauvaise transposition, par le législateur national, des dispositions impératives contenues dans une directive, la formule proposée par le Groupe ne permet pas d'en imposer le respect.

¹⁴⁸⁷ V. l'exposé des motifs, 4.2, art. 3.5.

¹⁴⁸⁸ V., pour la France, l'arrêt considéré comme fondateur dans la jurisprudence contemporaine : Civ., 5 décembre 1910, *American Trading Co.*, S. 1911, I, p. 129, note LYON-CAEN ; *Rev. dr. inter. pr.* 1911, p. 395 ; *JDI* 1912, p. 1156 ; *GAJDIP*, n° 11. MM. MAYER et HEUZÉ notamment rapportent que l'arrêt fondateur en Angleterre remonte quant à lui à 1760 ! V. *Droit international privé*, Montchrestien, 8^{ème} éd. 2004, spéc. p. 511, n° 692.

En restreignant l'autonomie de la volonté au profit du droit communautaire impératif, le législateur communautaire porte non seulement gravement atteinte au principe même de l'autonomie de la volonté, mais aussi – et cela nous paraît beaucoup plus grave – à l'harmonie internationale des solutions ainsi qu'à la prévisibilité des solutions ; en effet, s'il est un principe universellement admis, c'est bien celui de la liberté, pour les parties à un contrat international, de choisir la loi qui y est applicable. Soit un contrat entretenant des liens avec un Etat membre et un Etat tiers. Les parties l'ont soumis au droit de ce dernier Etat. En raisonnant à partir de la proposition de règlement, le juge de l'Etat membre saisi devrait écarter ce choix dans la mesure où il aurait pour effet de contrevenir au droit communautaire impératif (au sens du droit interne), dès lors que les règles mises en place dans la proposition désigneraient la loi de cet Etat membre. Mais si l'affaire est portée devant les juridictions de l'Etat tiers, il y a de très fortes chances pour que le choix de loi soit reconnu parfaitement valable. Imaginons un instant que les législateurs du monde entier paralysent de la sorte le jeu de l'autonomie de la volonté dès lors que la règle de conflit objective applicable dans leurs systèmes respectifs désigne la *lex fori*, la prévisibilité des solutions serait ruinée et les risques de *forum shopping* considérables. S'engager dans un contrat international deviendrait une entreprise bien téméraire. L'économie moderne, qui repose sur la globalisation, subirait inévitablement les répercussions d'un tel schéma...

En outre, un tel système encourage le phénomène du dépeçage. Or il est parfaitement illogique de la part du législateur communautaire de stigmatiser celui-ci tout en lui donnant l'occasion de jouer un rôle important. En effet, on le verra, ce sont précisément les inconvénients du dépeçage en termes de sécurité juridique qui ont justifié le choix de la formule retenue à l'article 5¹⁴⁸⁹.

Pour toutes ces raisons, la suggestion présentée dans le Livre vert nous semble de loin préférable à la formule retenue dans la proposition. Cependant, à elle seule, elle ne permettrait pas d'assurer une protection suffisante aux consommateurs. En effet, sa mise en œuvre est tributaire d'une intervention du législateur communautaire conférant un caractère impératif à certaines règles. Or son initiative en la matière est seulement ponctuelle. Seule la modification de la règle générale ayant vocation à assurer la protection du consommateur permettra d'assurer cette protection. Il faut donc chercher à étendre le domaine des « dispositions impératives protectrices » de l'article 5 de la convention de Rome.

¹⁴⁸⁹ V. *supra*, n° 465.

§ II : L'extension du domaine de l'actuel article 5 de la convention de Rome.

596. C'est en raison de « lacunes » mises en évidence dans la protection que tend à octroyer l'article 5 de la convention de Rome aux consommateurs (A) qu'une réflexion s'est amorcée en vue de le modifier (B).

A. Le caractère trop restrictif de l'actuel article 5.

597. La doctrine quasi-unanime s'accorde à estimer que le domaine matériel de l'actuel article 5 est trop étroit.¹⁴⁹⁰ De même, les circonstances permettant au consommateur de bénéficier de l'application de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle sont décrites de façon trop restrictive.¹⁴⁹¹ Elles visent à cantonner la protection offerte par ce texte aux seuls consommateurs passifs, à l'exclusion des consommateurs actifs¹⁴⁹².

Si l'on peut parfaitement comprendre que ces derniers ne soient pas autant protégés que les premiers, en revanche, on a plus de mal à accepter qu'ils soient privés de toute protection. *A fortiori* en va-t-il pour les consommateurs passifs qui ne relèvent pas du domaine matériel de l'article 5. Ainsi, il aurait sans doute été opportun de permettre à ceux-ci au moins d'échapper à un choix de loi de leur cocontractant, en les laissant invoquer les dispositions impératives en vigueur dans le pays d'établissement du professionnel¹⁴⁹³.

En outre, lorsque le contrat entre dans le domaine matériel de l'article 5, le consommateur passif est uniquement protégé contre un choix de loi dont les conséquences lui seraient néfastes. En effet, l'article 5, dans sa rédaction actuelle, ne permet pas au consommateur de se prévaloir de l'application de la règle de principe à laquelle elle déroge. Or il est tout à fait concevable que la loi du pays de résidence habituelle (ou du lieu d'établissement de son administration centrale s'il s'agit notamment d'une société) du professionnel, qui serait normalement applicable au contrat en vertu de l'article 4 de la convention de Rome, soit plus favorable au consommateur que celle en vigueur dans le pays de résidence de celui-ci.

¹⁴⁹⁰ V. not. P. LAGARDE, « Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? » in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mél. Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 571, spéc. p. 581.

¹⁴⁹¹ En outre, il incombe au consommateur qui se prévaut de l'une de ces circonstances d'en rapporter la preuve.

¹⁴⁹² Pour un exemple récent de mise en œuvre de l'article 5 de la convention de Rome, V. Cour de Cassation du Grand Duché du Luxembourg, 12 mai 2005, *Anen c. Hotel Management and Consulting* (n° 2160). La Haute Juridiction y censure les juges du fond pour avoir débouté un demandeur au motif que l'action qu'il intentait à l'encontre d'un opérateur de voyage belge était prescrite selon le droit belge choisi par les parties. Or le consommateur avait sa résidence habituelle au Luxembourg et il avait souscrit le contrat litigieux par l'intermédiaire d'une agence luxembourgeoise. Il en résulte que nonobstant la clause de choix désignant le droit belge, il ne pouvait être privé de la protection de la loi luxembourgeoise qui prévoit un délai de prescription plus long.

¹⁴⁹³ V. en ce sens, à propos du consommateur actif, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La protection du contractant non professionnel », in J. CALAIS-AULOY et H. CAUSSE (sous la dir. de), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 71, spéc. p. 81. Il cite en sens contraire (*op. cit.*, note 24) A.-C. IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, éd. Georg, Genève, 1981, spéc. p.205-207.

Enfin, une « lacune » de l'article 5 a été mise en évidence par M. HARTLEY¹⁴⁹⁴. En effet, soit un consommateur français se rendant au Luxembourg pour y conclure un contrat de consommation, sans y avoir été incité par son cocontractant, un professionnel établi au Luxembourg. Dans une telle hypothèse, qui n'entre pas dans le domaine de l'article 5, rien n'empêche à celui-ci de stipuler l'application de la loi mauritanienne...

Les diverses directives adoptées par le droit communautaire en droit de la consommation ont elles aussi mis en évidence les lacunes de l'article 5. Elles manifestent en effet une réaction face à ce texte. On a vu qu'elles avaient abouti à un éclatement de la règle de conflit en matière de contrats internationaux de consommation.

On comprend dès lors que l'élaboration d'une règle générale permettant de satisfaire l'objectif de protection du consommateur contribuera à remédier à l'éclatement induit par la coexistence d'une pléthore de textes en la matière gouvernant une question donnée du contrat. Pour toutes ces raisons, l'extension du domaine de l'article 5 paraît souhaitable. Elle est du reste envisagée dans la proposition de règlement.

B. Les suggestions d'extension du domaine de l'article 5.

598. La proposition de règlement « Rome I », conformément aux vœux de la doctrine unanime, étend le domaine de l'actuel article 5 de la convention de Rome. Il est cependant intéressant de présenter les diverses suggestions présentées à ce sujet notamment dans le Livre vert en vue d'apprécier si la voie choisie nous paraît la meilleure.

En effet, celui-ci proposait un certain nombre d'alternatives en vue de prendre en compte la nécessité d'assurer la protection des consommateurs transfrontières. Un consensus entre les solutions admises en droit international privé européen et le droit communautaire se dégagait sur le principe du rattachement à la résidence habituelle du consommateur en matière de contrats de consommation.¹⁴⁹⁵ Pour le reste, diverses pistes étaient envisageables dans la perspective d'une extension de l'article 5 (1). La formule finalement retenue dans la proposition ne nous semble pas la plus satisfaisante (2).

1. Tour d'horizon des principales suggestions.

a) La question préalable de l'incidence des libertés communautaires.

599. Par-delà la recherche de la technique la plus appropriée en vue d'assurer la protection des consommateurs, une question générale concerne l'impact que pourraient avoir les

¹⁴⁹⁴ T. C. HARTLEY, « Consumer protection provision in the EEC Convention » *in Contracts conflicts*, Amsterdam 1982, spéc. p. 111.

¹⁴⁹⁵ V. not. la résolution du Conseil du 19 janvier 1999 concernant les aspects de la société de l'information concernant les consommateurs, *JOCE* 1999, n° C 23.

exigences communautaires relatives à la libre circulation des biens, services et capitaux sur l'article 5. Le Livre vert comporte une proposition à ce sujet. Ainsi, il a été suggéré que dans les matières dans lesquelles le législateur communautaire a adopté une mesure d'harmonisation, les dispositions de la loi choisie par les parties (par hypothèse, la loi d'un Etat membre) devraient s'appliquer au détriment de celles de la loi du pays de résidence habituelle du consommateur, même si celles-ci sont davantage protectrices. Ce n'est qu'en dehors du domaine harmonisé que le consommateur pourrait se prévaloir des dispositions impératives en vigueur dans son pays de résidence¹⁴⁹⁶.

Nous n'approuvons pas une telle réserve. En effet, elle vient rompre l'équilibre que permet, selon nous, d'atteindre l'article 5 de la convention de Rome. Imposer aux opérateurs établis dans un Etat membre de respecter les dispositions impératives protectrices locales permet de garantir, dans une certaine mesure, des conditions de concurrence saines entre les opérateurs. A défaut, les opérateurs locaux seraient soumis à une concurrence féroce sur leur propre territoire. Car il existe parfois des disparités très importantes entre les lois de transposition. Alternativement, on peut craindre un alignement de la protection sur le seuil de protection minimum prévu par la directive. Et les règles de conflit spéciales élaborées par le législateur communautaire en droit des assurances¹⁴⁹⁷ témoignent de ce que celui-ci n'est pas insensible à cette question. Cette discussion se retrouve en tout cas quelle que soit la formule retenue à l'occasion d'une réécriture de l'article 5 de la convention de Rome.

b) Première suggestion.

600. Le Livre vert présentait une suggestion visant à restreindre l'autonomie de la volonté en matière de contrats de consommation, en permettant aux parties de choisir uniquement entre la loi du pays de résidence habituelle du consommateur et celle du pays du professionnel.¹⁴⁹⁸ La solution concernait tous les contrats de consommation, sans distinguer selon les circonstances de leur conclusion ainsi que selon la nature des contrats en cause. Seules étaient cependant visées les hypothèses où le professionnel est domicilié sur le territoire d'un Etat

¹⁴⁹⁶ V. la formule exacte proposée par Mme Ana Quiñones Escamez et rapportée par P. LAGARDE (« Vers une révision de la convention de Rome (...) » préc. note 1490, spéc. p. 582, note 40) qui suggère d'ajouter au texte proposé par le groupe européen de droit international privé un alinéa 3 aux termes duquel « 3. Toutefois, les dispositions protectrices applicables en vertu de l'alinéa 2 du présent article sont celles de l'Etat membre choisi ou, à défaut de choix, celles de l'Etat membre où le professionnel est établi, lorsqu'elles appartiennent à un domaine harmonisé par les directives. »

Sur les rapports entre libertés communautaires et l'article 5 de la convention de Rome, V. les développements *infra*, n° 457 et s.

¹⁴⁹⁷ V. *supra*, n° 285 et s.

¹⁴⁹⁸ Point 3.2.7.3, viii.

membre, dans la mesure où la suggestion trouve son fondement dans l'existence de règles communes de protection du consommateur sur le territoire communautaire.

Le principe, simple dans son énoncé, ne nous semble pas satisfaisant. En effet, les parties, même dans un contrat de consommation, pourraient avoir un intérêt légitime à soumettre leur contrat à la loi d'un Etat autre que celui de résidence habituelle du consommateur ou du professionnel. L'autonomie de la volonté dans le domaine des contrats internationaux est un principe communément admis sur l'ensemble de la planète. S'il nous semble évidemment souhaitable que celui-ci soit tempéré, son exclusion totale nous semble inopportune.

En outre, le système proposé risque de présenter de nombreuses difficultés lors de sa mise en œuvre, notamment parce qu'il déplace le débat sur le terrain de la preuve. En effet, la validité du choix en faveur de la loi du professionnel serait subordonnée à la condition que celui-ci apporte la preuve que le consommateur a fait un choix éclairé et qu'il a été informé de tous les droits et obligations résultant pour lui de l'application de cette loi.

Outre sa complexité, on peut craindre que le procédé ne soit pas efficace, dans la mesure où l'on peut penser que le professionnel se préconstituera cette preuve en faisant signer au consommateur un document dans lequel il reconnaîtra que le professionnel l'a bien informé dans les conditions requises. Reste que rien ne permet de garantir que le consommateur aura vraiment eu conscience de la portée de son engagement. En attestent les hypothèses nombreuses où un consommateur signe un contrat contenant une clause de choix de loi qui ne lui est pas favorable sans en prendre conscience. Après tout, pour lui, il ne s'agira jamais que de signer un document supplémentaire. Cette solution serait par ailleurs limitée aux relations intracommunautaires. On aboutirait dès lors à une disparité de traitement du consommateur international selon que la situation est intracommunautaire ou extracommunautaire. Or une telle césure, lorsqu'aucune raison d'ordre juridique ou pratique ne la justifie, est à éviter, puisqu'elle aboutit à une discrimination selon les situations en cause.

c) Deuxième suggestion.

601. Un auteur¹⁴⁹⁹ propose d'étendre le domaine de l'article 5 en vue d'assurer une protection accrue aux consommateurs en substituant le critère de l'« ignorance inexcusable »¹⁵⁰⁰ à celui tiré de la distinction entre consommateurs passif et actif, d'une part ; ainsi qu'à celui se référant à des repères localisateurs (lieux de formation et d'exécution du contrat), d'autre part. Autrement dit, l'auteur suggère de faire abstraction de tout repère localisateur dans le

¹⁴⁹⁹ V. N. COSQUER-HERAUD, *Ordre public de protection du consommateur et conflit de lois*, thèse dact., Paris I, 2001, p. 104 et s., n° 84.

¹⁵⁰⁰ Sur ce critère, V. *infra*, n° 649 et s.

processus de détermination de la loi applicable (que le contrat ait été conclu en ligne ou non) et de priver de protection uniquement le consommateur qui cache au professionnel sa qualité et son lieu de résidence habituelle. Ainsi, cette extension concernerait particulièrement deux points : d'une part, le domaine de la protection ne se cantonnerait pas uniquement à l'hypothèse du consommateur statique ; d'autre part, seule la mauvaise foi du consommateur le priverait de la protection de la loi de sa résidence habituelle, *i. e.* il faudrait que l'ignorance du professionnel de la situation du consommateur soit le fait de ce dernier.

602. Cette proposition nous semble excessivement protectrice des intérêts des consommateurs, au détriment de ceux du professionnel et ne permet pas d'atteindre l'équilibre pourtant revendiqué par l'auteur. Certes, on peut parfaitement concevoir que le critère tiré de la connaissance, par le professionnel, de la qualité de son cocontractant joue un rôle dans le processus de détermination de la loi applicable¹⁵⁰¹, mais pas au point de le généraliser en faisant abstraction de tout élément localisateur. Ainsi, lorsqu'un consommateur (touriste) se rend à l'étranger et y conclut un contrat, que le professionnel connaisse le lieu de résidence habituelle du consommateur ou qu'il l'ignore du fait de ce dernier, il ne nous semble pas opportun de permettre au consommateur de bénéficier des dispositions impératives protectrices en vigueur dans son pays de résidence habituelle. C'est pourtant, il nous semble, la conclusion à laquelle invite l'auteur.

Ce qui nous paraît opportun, en revanche, dans ce type de transactions conclues à l'étranger, c'est d'empêcher le professionnel de priver le consommateur de la protection des dispositions impératives de la loi en vigueur dans le pays du professionnel, en stipulant l'application d'une loi tierce.¹⁵⁰² De deux choses l'une, en effet : ou le professionnel ignore la situation du consommateur (que ce soit du fait de ce dernier ou non), auquel cas il ignorera par là même que le contrat est international. Ou il connaît sa situation, mais rien ne nous semble alors imposer l'application des dispositions impératives protectrices en vigueur dans le pays de résidence du consommateur.

Cette solution nous semble la mieux à même de concilier les différents impératifs en jeu. En effet, le souci de sécurité juridique est préservé car le consommateur qui effectue des achats à l'étranger peut raisonnablement s'attendre à l'application de la loi locale. Ainsi, dans ce type d'hypothèses, selon nous, la théorie de l'apparence n'a pas à jouer au profit du consommateur.

¹⁵⁰¹ On verra d'ailleurs qu'il nous semble particulièrement adapté aux contrats conclus en ligne, V. *infra*, n° 649 et s.

¹⁵⁰² Il serait ainsi remédié à la « faille » mise en évidence par M. HARTLEY.

Aucune des solutions qui précèdent n'emporte notre adhésion. Aussi, une dernière proposition, qui reprend la solution du groupe européen et qui nous semble la plus satisfaisante, mérite d'être davantage développée.

c) Troisième suggestion : la proposition du Groupe européen de droit international privé.

603. Si la proposition du Groupe européen nous semble particulièrement satisfaisante, c'est parce qu'elle nous semble réaliser un bon compromis entre les intérêts bien compris du professionnel et le souci d'assurer une certaine protection aux consommateurs. C'est ce dont rendra compte la présentation du domaine général de la protection (α) puis de ses limites opportunes (β).

α) Le domaine général de la protection.

604. Antérieurement au Livre vert, le groupe européen de droit international privé avait suggéré de modifier l'article 5¹⁵⁰³. Trois points essentiels méritent pour l'heure d'être signalés concernant cette proposition. D'abord, elle étend largement le domaine matériel de l'actuel article 5 de la convention de Rome¹⁵⁰⁴ : désormais, selon la rédaction proposée de l'article 5.1, seraient visés tous les contrats portant sur un bien mobilier ou immobilier, ainsi que sur des services, sous réserve de quelques exceptions toutefois. Cette extension du domaine matériel de l'article 5 de la convention de Rome conduit à le rapprocher sensiblement de celui de l'article 15.1 du règlement « Bruxelles I » qui concerne tous les contrats de consommation. Ensuite, cette solution érige en principe l'application des dispositions impératives protectrices en vigueur dans le pays de résidence habituelle du consommateur. Elle pose deux exceptions limitatives à cette règle et une « exception aux exceptions » (en somme, un retour au principe). Ainsi, le consommateur n'est pas protégé s'il se rend dans le pays du professionnel et y conclut le contrat (article 5.2, lettre a), de même que « *lorsque le bien ou le service a été*

¹⁵⁰³ Le texte envisagé en remplacement de l'actuel article 5 est le suivant : « 1. *Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'un bien mobilier ou immobilier ou d'un service à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, par une personne agissant dans l'exercice de son activité professionnelle.*

2. *La loi applicable en vertu des articles 3, 4 et 9 [posant les règles de principe en matière de détermination de la loi applicable aux obligations contractuelles] ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat, à moins que le fournisseur établisse qu'il ignorait le pays de cette résidence du fait du consommateur.*

L'alinéa précédent n'est pas applicable :

a) lorsque le consommateur s'est rendu dans le pays du fournisseur et y a conclu le contrat, ou b) lorsque le bien ou le service a été ou devait être fourni dans le pays où était situé l'établissement en charge de cette fourniture,

à moins que, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur ait été incité par le fournisseur à se rendre dans ledit pays en vue d'y conclure le contrat. » (Texte reproduit avec un commentaire de P. LAGARDE à la RCDIP 2000, p. 929 et s.)

¹⁵⁰⁴ Lequel, rappelons-le, ne concerne que les contrats portant sur des objets mobiliers corporels ou des crédits mobiliers liés, ainsi que les contrats portant sur des services.

ou devait être fourni dans le pays où était situé l'établissement en charge de cette fourniture » (article 5.2, lettre b). Dans les deux hypothèses qui viennent d'être décrites, le consommateur pourra néanmoins bénéficier des dispositions impératives protectrices de la loi de son pays de résidence habituelle s'il a été incité par le fournisseur à se rendre dans le pays de celui-ci pour y conclure le contrat.

Ces solutions montrent que l'initiative du professionnel joue un rôle déterminant dans le régime de protection de l'article 5, ce qui semble parfaitement justifié. En effet, l'actuel article 5, à travers l'énumération relativement restrictive des circonstances décrites au paragraphe 2, tend à assurer la prévisibilité de la loi applicable notamment pour le professionnel. Dans cette optique, ces circonstances permettent de révéler la connaissance, par le professionnel, du pays du consommateur. A partir de là, on peut admettre que les critères en question ne devraient pas être exhaustifs, et que l'on devrait pouvoir étendre au profit du consommateur, par un raisonnement analogique, le bénéfice de l'application de la loi de son pays de résidence dès lors que le professionnel peut légitimement s'attendre à voir s'appliquer cette loi. Et on peut raisonnablement penser que tel est le cas lorsque le professionnel a pris l'initiative de contacter le consommateur. L'initiative du professionnel paraît donc être le critère décisif permettant de présumer la connaissance, par le professionnel, de la résidence du consommateur.¹⁵⁰⁵ Ce critère de l'initiative permet de déboucher sur un élargissement de la catégorie des consommateurs passifs. En effet, si la distinction entre consommateurs passif et actif est conservée dans la proposition, elle est mieux ajustée, en ce sens que la catégorie des consommateurs passifs est définie de façon moins restrictive que dans la rédaction actuelle de l'article 5.

Enfin, la solution du groupe européen présente l'avantage, pour le consommateur, de ne pas le protéger uniquement contre un choix de loi de la part de son cocontractant. En effet, à défaut de choix, il ne pourra être privé de la protection des dispositions impératives protectrices de son pays de résidence habituelle, tout en pouvant bénéficier par ailleurs, le cas échéant, des dispositions éventuellement plus protectrices de la loi déterminée selon la règle de conflit ordinaire posée à l'article 4 (en principe il s'agira de la loi du pays d'établissement du professionnel). Sur tous ces points, la proposition du groupe européen mérite entière approbation.

¹⁵⁰⁵ En ce sens, V. N. COSQUER-HERAUD, *Ordre public de protection du consommateur et conflit de lois*, thèse multigr., Paris I, 2001, spéc. p. 89, n° 68. Adde M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *RCDIP* 2002, p. 435-490, spéc. p. 451, n° 13.

Si l'objectif d'assurer la protection des consommateurs dans le cadre des contrats transfrontières est louable, il ne faudrait pas pour autant qu'elle se fasse au détriment de la sécurité juridique qui revêt une importance toute particulière notamment pour les professionnels. Ici comme ailleurs, tout est une question d'équilibre. C'est pourquoi la protection offerte aux consommateurs dans le cadre de l'article 5 comporte nécessairement des limites qu'il convient de préciser en vue d'apprécier si elles permettent justement de réaliser cet équilibre entre les intérêts respectifs des deux protagonistes que sont d'une part, les professionnels, de l'autre, les consommateurs.

β) Les limites de la protection.

605. En vue de clarifier les contours de la protection conférée aux consommateurs dans le cadre de la proposition du groupe européen concernant la modification de l'article 5 de la convention de Rome, il convient de mettre en évidence les hypothèses qui échappent à la règle protectrice qu'il énonce. S'agissant de la seconde hypothèse (b), on peut craindre que les professionnels, qui savent très vite adapter leurs pratiques aux évolutions du droit, ne stipulent dans leurs contrats que le bien ou le service objet du contrat doit être fourni dans le pays d'établissement du professionnel¹⁵⁰⁶. Le consommateur serait alors mis en relation avec un intermédiaire. Il n'aura jamais quitté son pays de résidence habituelle, et pourtant, il sera le cas échéant privé du bénéfice de l'application des dispositions impératives en vigueur dans ce pays. Pour parer à ce danger, un auteur¹⁵⁰⁷ propose alors d'interdire ce type de pratique, à moins, évidemment, que le consommateur y ait librement consenti.

Certes, le risque existe, mais en tout état de cause, seule la fourniture de biens (à l'exclusion des services) pourrait être concernée par cette pratique. En outre, il ne permet pas de remettre en cause le principe de la proposition. Peut-être suffirait-il tout simplement de modifier légèrement la formule. Ainsi, le consommateur ne serait pas soumis à la protection spéciale « *lorsque [celui-ci] a dû **effectivement** se déplacer dans le pays de résidence de son cocontractant pour bénéficier du service ou prendre livraison de la marchandise.* »

C'est surtout selon nous le cas de figure inverse qui paraît plus dangereux. En effet, s'agissant de la première hypothèse (a), on doit comprendre que le consommateur qui se rend à l'étranger et y conclut un contrat ne pourra pas bénéficier de la protection spéciale de l'article 5 dans l'hypothèse où le professionnel étranger entreprend de livrer celui-ci dans le pays de résidence habituelle de ce consommateur. Or le professionnel établi à l'étranger peut avoir la même nationalité que le consommateur, lequel, dans ce cas, risquerait d'avoir moins

¹⁵⁰⁶ Cette idée a été avancée par N. COSQUER-HERAUD, *op. cit.*, spéc. p. 104, n° 83.

¹⁵⁰⁷ V. N. COSQUER-HERAUD, *op. cit.*, *loc. cit.*

conscience du caractère international du contrat qu'il conclut. Au contraire, il serait possible au professionnel de mesurer les conséquences de son choix de livrer le consommateur chez lui et donc de refuser s'il estime qu'il en résulterait notamment pour lui un coût excessif. Ainsi, sur ce point aussi, il faut espérer que les professionnels ne développeront pas des pratiques leur permettant de tirer profit de cette « brèche ».

606. Sous ces quelques réserves, la proposition du Groupe européen de droit international privé mérite entière approbation. En effet, en raison de son caractère rigide, elle présente le mérite d'assurer la prévisibilité du droit applicable pour le fournisseur et permet donc d'équilibrer les intérêts des parties. Certes, elle accroît les hypothèses de dépeçage, lequel pourrait poser des difficultés lors de la mise en œuvre de la règle de conflit. Mais ce phénomène n'est pas l'apanage de ce texte. En effet, le droit communautaire, notamment à travers les tests d'intérêt général et de proportionnalité¹⁵⁰⁸, aboutit inéluctablement à un élargissement du domaine du dépeçage. La technique de sa mise en œuvre devra donc être mieux maîtrisée car ce procédé semble amené à jouer un rôle important. Pourtant, il semble bien que les inconvénients liés au dépeçage aient guidé le choix de la solution finalement retenue dans la proposition de règlement « Rome I »¹⁵⁰⁹.

2. Solution retenue dans la proposition de règlement « Rome I ».

607. Si la proposition de règlement présente certes quelques avantages au regard du traitement juridique des contrats transfrontières (a), ce n'est pas en raison du contenu de la règle suggérée en remplacement de l'article 5, qui est parfaitement critiquable (b).

a) Présentation de la solution.

608. Une dernière suggestion était présentée dans le Livre vert. Il était en effet proposé de généraliser l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur.¹⁵¹⁰ L'idée est de favoriser la sécurité juridique en évitant le dépeçage du contrat et présenterait finalement un avantage pour les deux parties. La version retenue finalement dans la proposition de règlement « Rome I » s'inspire de cette solution. Elle est rédigée en ces termes :

« Article 5 – Contrats de consommation

1. Les contrats de consommation au sens et dans les conditions prévus au paragraphe suivant, sont régis par la loi de l'Etat membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

¹⁵⁰⁸ Pour leur mise en œuvre en droit du travail et en droit de la consommation, V. *supra*, n° 411 et s.

¹⁵⁰⁹ V. l'exposé des motifs, 4.2, art. 5.

¹⁵¹⁰ Livre vert, point 3.2.7.3, v.

2. Le paragraphe premier s'applique aux contrats conclus par une personne physique, le consommateur, qui a sa résidence habituelle dans un Etat membre, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne, le professionnel, agissant dans l'exercice de son activité professionnelle.(...)

3. Le paragraphe premier ne s'applique pas aux contrats suivants:

(a) aux contrats de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ;

(b) aux contrats de transport autres que les contrats portant sur un voyage à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du 13 juin 1990 ;

(c) aux contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble autres que les contrats ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel au sens de la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994. »

Sur la forme, cette proposition doit être approuvée en ce qu'elle remédie à l'éclatement de la règle de conflit. En effet, elle met fin à la coexistence entre un article 5 et différentes lois nationales de transposition ainsi qu'à la pluralité de règles de conflit pouvant intervenir à l'occasion d'une même situation juridique contractuelle, pour déterminer la loi applicable à un aspect du contrat puisque le règlement remplacerait les dispositions touchant au droit international privé insérées dans les directives sectorielles¹⁵¹¹.

609. Sur le fond, on doit sans doute se réjouir du changement touchant particulièrement le contrat de *timesharing*. En effet, on a vu que le facteur de rattachement au lieu de situation de l'immeuble nous semblait particulièrement inadéquat. Désormais, le contrat de *timesharing* est soumis, au regard du conflit de lois, au même régime juridique que les autres contrats de consommation. En effet, l'article 5.3, lettre c) qui exclut du domaine de la règle certains contrats, précise que cette exclusion ne concerne pas « *les contrats ayant pour objet un droit d'utilisation à temps partiel au sens de la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994* ».

On peut toutefois se demander si le contrat de *timesharing* pourrait être concerné par l'exclusion prévue à l'article 5.3, lettre a) puisque la Cour de justice a jugé que dans certains cas, ce contrat pouvait s'analyser comme un contrat de fournitures de services¹⁵¹². Il ressort de cette jurisprudence que c'est au cas par cas qu'il convient de rechercher l'importance

¹⁵¹¹ En effet, l'article 22 qui concerne les relations de l'instrument « avec d'autres dispositions du droit communautaire » réserve certes « l'application ou l'adoption d'actes émanant des institutions des Communautés européennes qui (...) dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles ». Mais l'annexe à laquelle il est fait renvoi ne mentionne pas les directives consoméristes.

¹⁵¹² V. l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac SL c/ Manuel José Antelm Sanchis*, aff. C-423/97, *Rec.*, p. I-2195. Sur cet arrêt, V. *supra*, n° 550.

respective des prestations et des droits portant sur l'acquisition du bien immobilier. Ainsi, si la qualification de la figure contractuelle en tant que contrat de fournitures de services l'emporte, lorsque les prestations auraient lieu dans un pays autre que celui dans lequel le consommateur réside habituellement, il ne bénéficierait pas de la règle énoncée à l'article 5.1. Dès lors, rien n'empêcherait les professionnels de stipuler dans le contrat qu'une loi faiblement protectrice des consommateurs est applicable. Il est cependant fort peu probable que les auteurs de la convention aient voulu une telle solution. Il est donc à espérer que la Cour de justice, si elle est saisie de cette question, saura se montrer bienveillante à l'égard du consommateur. Pour le reste, cette proposition ne nous satisfait pas pour plusieurs raisons.

b) Critique de la solution.

610. En premier lieu, alors que l'ensemble de la convention est présenté comme étant d'application universelle, l'article consacré aux contrats de consommation vise un « Etat membre ». Il apparaît donc comme une anomalie au sein d'un texte rédigé pour le reste en termes bilatéraux. La formule est unilatérale à l'égard des Etats tiers et bilatérale dans les relations entre Etats membres. Or, outre que rien ne nous semble justifier une telle différence de formulation par rapport aux autres articles de la convention, la règle en elle-même est critiquable car elle aboutit à une différence de traitement entre les consommateurs communautaires et les autres. La formule utilisée ne permet en effet au juge de l'Etat membre saisi d'assurer la protection du consommateur en le faisant bénéficier de l'application de la loi de son pays de résidence habituelle, que dans le cas où cette dernière se situe sur le territoire communautaire. En revanche, si le consommateur n'a pas sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre, on déduit de l'article 2, qui pose le caractère universel¹⁵¹³ du règlement, que celui-ci s'applique quand même, mais que ce consommateur sera soumis au régime des articles 3 et 4. Une telle différence de traitement paraît difficilement justifiable. Soit un consommateur résidant habituellement en Suisse. Celui-ci passe un contrat avec une entreprise établie en Italie. Si le contrat comporte une clause d'*electio juris* désignant la loi bolivienne et que le juge italien est saisi d'un litige relatif à ce contrat, il devra lui appliquer la loi bolivienne.

611. Ensuite, nous avons déjà eu l'occasion de constater qu'assurer au consommateur l'application de la loi de son pays de résidence habituelle ne lui était pas toujours spécialement favorable¹⁵¹⁴. Pour quelle raison un consommateur ne pourrait-il pas, le cas

¹⁵¹³ Selon ce texte, « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un Etat membre ».

¹⁵¹⁴ V. *supra*, chap. préliminaire, n° 64 et s.

échéant, au même titre que tout autre contractant s'engageant dans un contrat international, bénéficiant de la loi d'autonomie ? En effet, certains consommateurs, plus avertis que d'autres, savent en tirer parti, si l'on admet l'idée que la protection se répercute sur les prix. Ainsi, il ne paraît pas opportun de priver ces consommateurs avertis de la liberté de profiter d'un prix moindre, trouvant sa contrepartie dans une protection inférieure à celle qui leur serait offerte par la loi en vigueur dans leur pays de résidence habituelle. Sur ce point, la proposition du Groupe européen nous semblait plus satisfaisante, dans la mesure où elle permettait de protéger le consommateur tout en ne le privant pas de l'autonomie de la volonté.

612. La proposition reprend partiellement l'une des hypothèses d'exclusion de la protection suggérée par le Groupe européen. Il s'agit de celle où les services objets du contrat sont fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. La réserve concernant l'incitation du professionnel à se rendre dans ce pays n'est en revanche pas reprise. On peut le regretter car cette hypothèse n'est pas à exclure. Certes, le consommateur ne devrait sans doute pas, dans ce cas, s'attendre à l'application de la loi de son pays de résidence habituelle. Mais dans l'hypothèse où le professionnel, bien qu'établi à l'étranger, aurait la même nationalité que le consommateur, il est moins certain que ce dernier s'attende à l'application de la loi du pays d'établissement du professionnel. Mais surtout, dans cette hypothèse, puisque les articles 3 et 4 entrent en jeu, il est à redouter que le professionnel insère une clause de choix de loi dans le contrat, désignant un droit faiblement protecteur. Si l'on peut parfaitement concevoir que la loi applicable dans ce cas soit celle du pays d'établissement du professionnel, il aurait sans doute été opportun d'empêcher au moins le professionnel d'insérer une clause de choix de loi défavorable à son cocontractant.

613. Quant à l'exclusion concernant l'hypothèse où le consommateur s'est rendu dans le pays du fournisseur et y a conclu le contrat, elle n'est pas reprise ; ce qui est logique eu égard à la différence d'approche entre la formule suggérée par le Groupe et celle retenue dans la proposition de règlement. En effet, le lieu de conclusion du contrat y est sans incidence, puisque le critère décisif en vue d'accorder une protection au consommateur est l'exercice ou la direction des activités du professionnel sur le territoire de l'Etat dans lequel celui-ci a sa résidence. Le choix de ce critère venant se substituer aux anciens critères reposant sur une approche « localisatrice » a été motivé par un souci d'adapter l'instrument notamment aux pratiques du commerce en ligne. En effet, si l'actuel article 5 de la convention de Rome peut parfaitement s'appliquer aux contrats conclus par Internet, il n'y paraît pas tout à fait adapté.

614. Conclusion de la section I - On ne peut que regretter amèrement les orientations retenues par la proposition de règlement concernant le droit des rapports transfrontières de consommation. Elles sont d'autant plus déplorables que la communautarisation de la convention de Rome est une entreprise dont les enjeux sont absolument considérables, tant au plan économique qu'au plan juridique.

615. Sur le plan économique, la question de la détermination de la loi applicable aux contrats internationaux revêt une importance primordiale dans le système de globalisation actuel. Les enjeux économiques des transactions internationales sont considérables, d'autant plus que les nouvelles technologies offrent des moyens facilitant largement la conclusion de contrats internationaux.

616. Sur le plan juridique, elle offrait l'occasion au droit communautaire de montrer qu'il savait se montrer réceptif aux méthodes traditionnelles du droit international privé et qu'il pouvait contribuer à les améliorer. De fait, en ouvrant une large consultation des juristes de tous horizons, théoriciens comme praticiens, la Commission a semblé manifester une curiosité salutaire à l'égard du droit international privé. Et le Livre vert présentait des signes laissant croire à l'élaboration de solutions se situant dans le prolongement des solutions traditionnelles, tout en les améliorant. A tout le moins, certains points semblaient ne pas devoir être remis en cause, tels le recours généralisé à la méthode bilatérale ou encore l'autonomie de la volonté.

Cependant, de grosses anomalies se sont glissées dans la proposition finalement retenue, que la lecture du Livre vert ne laissait nullement présager. C'est ainsi que l'article 5, dans la version de proposition de règlement Rome I, devient unilatéral à l'égard des Etats tiers. La méthode unilatérale est par ailleurs utilisée en vue d'assurer un large domaine d'application spatial au droit communautaire impératif, remettant du même coup en cause un principe ancré de longue date sur le continent européen et universellement admis, à savoir le principe de l'autonomie de la volonté. Où l'on voit que l'ouverture dont le droit communautaire a fait preuve à l'égard des méthodes du droit international privé a vite tourné court ; celles-ci ont été dévoyées et mises au profit des exigences substantielles du droit communautaire. On est vraiment loin de l'esprit ayant présidé à l'élaboration de la convention de Rome... Alors que l'on a vu que cette dernière marquait une étape importante dans l'évolution du droit international privé des contrats, on ne peut se résigner à penser que sa communautarisation marque une régression de la matière... On a déjà eu l'occasion de constater, à l'occasion de l'examen du droit dérivé, que le droit communautaire avait du mal à se départir du territorialisme du droit primaire. Cette tendance, déjà condamnable en soi, est tout à fait

inacceptable lorsqu'elle transparaît dans un instrument à portée universelle. Car alors le phénomène prend une toute autre dimension : il présente des allures d'impérialisme et a des relents de nationalisme d'un autre temps...

Dans ces conditions, on ne peut que formuler le vœu que la version actuelle (en particulier de l'article 5) ne soit finalement pas retenue dans le règlement définitif. Si tel devait être le cas, les suspicions d'impérialisme que certains ont pu entretenir à l'encontre du droit communautaire s'avèreraient fondées et l'occasion de procéder à une combinaison constructive entre les deux matières serait bel et bien manquée.

Mais peut-être le bilan n'est-il pas complètement négatif si l'on se tourne vers l'autre enjeu majeur de la modification de l'article 5 de la convention de Rome, à savoir son adaptation aux contrats conclus sur Internet.

Section II : *L'adaptation des règles de la convention de Rome aux contrats passés sur Internet.*

617. Les circonstances décrites à l'article 5.2 de la convention de Rome reposent sur une localisation dans l'espace de différents éléments. Surgit dès lors la question de savoir si elles sont réellement pertinentes dans le contexte d'Internet. Pour savoir si et dans quelle mesure les dispositions actuelles en matière de conflit de lois en droit de la consommation doivent être modifiées en vue de prendre en compte la pratique des contrats conclus par Internet, il faut mettre ce texte à l'épreuve des contrats électroniques (§ II), après avoir préalablement déterminé la mesure de la spécificité des contrats conclus en ligne (§ I). Il en ressortira que la pratique des contrats conclus en ligne appelle une modernisation des critères actuellement retenus en vue de définir le domaine d'application de l'article 5 de la convention de Rome (§ III).

§ I : Mesure de la spécificité des contrats conclus en ligne.

618. L'article 5 de la convention de Rome a été rédigé à une époque où les techniques de commercialisation à distance n'étaient pas répandues. Ceci explique que les critères permettant au consommateur de bénéficier de la protection prévue dans ce texte reposent sur la localisation dans l'espace des circonstances entourant la formation du contrat, telles la signature d'un contrat, la réception d'une commande. Or Internet permet à des cocontractants établis dans des Etats différents de conclure en ligne un contrat sans aucun déplacement physique, la prestation pouvant elle-même avoir lieu en ligne. Et la conclusion des contrats

passés par Internet est difficilement localisable puisqu'elle est initiée à partir d'un terminal.¹⁵¹⁵

Certains auteurs¹⁵¹⁶ ont même défendu l'idée selon laquelle Internet appellerait en quelque sorte à une « révolution » des modes traditionnels de résolution des conflits de lois. Instaurant un nouvel espace (comparable à la haute mer ou l'espace extra-atmosphérique), le réseau nécessiterait l'élaboration de règles spéciales. Il est fait alors appel aux concepts de *lex electronica*¹⁵¹⁷ ou de *lex cybernetica*, lesquels ne sont pas sans rappeler la *lex mercatoria* au sujet de laquelle la doctrine s'était jadis divisée, le débat s'étant aujourd'hui, semble-t-il, quelque peu apaisé. Certes, en raison de son caractère à la fois transfrontière et dématérialisé, Internet présente des spécificités indéniables au regard de la mise en œuvre des règles de conflit de lois traditionnelles.¹⁵¹⁸ En particulier, l'application de l'article 5 aux contrats conclus par Internet n'est pas sans soulever quelques difficultés.¹⁵¹⁹

¹⁵¹⁵ V. not., sur les difficultés d'application des règles de conflit contenues dans la convention de Rome à l'hypothèse des contrats conclus par Internet, le rapport du Conseil d'Etat, juillet 1998, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998, spéc. p. 75.

¹⁵¹⁶ V. not. D. R. JOHNSON et D. G. POST, « Law and Borders: the Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review* 1996, vol. 48, n° 5, p. 1367-1412 ; M. R. BURNSTEIN, « Conflicts on the Net : Choice of Law in Transnational Cyberspace », *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1996, vol. 29, p. 75 ; présentant le cyberspace comme l'objet d'une nouvelle branche du droit, V. P. TRUDEL *et al.*, *Droit du Cyberspace*, Montréal, éd. Thémis, 1997 ; J.-J. LAVENUE, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau *jus communicationis* », *RRJ* 1996, p. 811-844. Cet auteur a même élaboré un projet de convention internationale sur les principes régissant les activités dans le cyberspace. V. cependant, opposés à cette vision d'un cyberspace *extra legem*, not. P. MAYER, « Actualité du contrat international », *Petites Affiches* du 5 mai 2000, p. 55 et s., spéc. p. 59 ; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2002, tome 365, spéc. p. 16 et s., n° 25 et s. *Adde*, soulignant qu'Internet demeure un moyen de communication, G. KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ? », in *Internet : quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?*, K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN (éd.) Pays-Bas, *Kluwer Law International*, 1998, p. 89 et s., spéc. p. 91.

¹⁵¹⁷ Par analogie avec la *lex mercatoria*, celle-ci se définirait comme un ensemble de règles juridiques informelles applicables aux transactions conclues en ligne, trouvant leur source dans les usages élaborés par la pratique spécifique liée aux échanges sur le réseau. D'où il ressort que quand bien même on serait favorable à cette notion, la pratique semble à l'heure actuelle trop éphémère pour pouvoir caractériser l'existence d'usages sur le Net.

¹⁵¹⁸ Sur la question générale du droit applicable aux réseaux, V. not., parmi la littérature très abondante, et pour s'en tenir à la langue française : N. BRAULT, « Le droit applicable à Internet : de l'abîme aux sommets », *Légicom* 1996/2, p. 1 ; O. CACHARD, *La régulation internationale du commerce électronique*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2002, tome 365 ; P.-Y. GAUTIER, « Du droit applicable dans le village planétaire au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D.* 1996, *chron.*, p. 131 ; « Les aspects internationaux de l'Internet », *TCFDIP* 1997, p. 241 ; V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », *RDAl* 1997, p. 547 ; E. CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'expérience du CyberTribunal) », *Rev. arb.* 1999, p. 224 ; J. HUET, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *Petites Affiches* du 26 septembre 1997, p. 6 ; « Commerce électronique, loi applicable et règlement des litiges, Propositions es grandes entreprises », *JCP éd. G.* 1999, *Actu.*, p. 1761 ; « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », *Gaz. Pal.* 9-11 janvier 2000, p. 6 ; « Le droit applicable dans les réseaux numériques », *JDI* 2002, p. 737 ; P. TRUDEL, « Quel droit pour la cyber-presse ? », *Légipresse*, mars 1996, II, p. 9 ; VAN OVERSTRAETEN, « Droit applicable, juridiction compétente sur Internet », *RDAl* 1998, p. 373 ; M. VIVANT, « Cybermonde : droit et droits des réseaux », *JCP éd. G* 1996, I, n° 3969 ; M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *RCDIP* 2002, p. 435 ; S. BARIATTI, « Internet : aspects relatifs aux conflits de lois », *Riv. di dir. int. e proc.* 1997, p. 545 ; L.

Cependant, passée l'effervescence des premières années d'Internet, force est de reconnaître que si l'ensemble de la communauté des juristes s'accorde sur la nécessité de poursuivre l'adaptation du droit au réseau¹⁵²⁰, il n'est pas question d'opérer une césure nette entre le traitement juridique des contrats passés selon des modes plus traditionnels et ceux conclus par Internet.¹⁵²¹

619. Avant de mesurer les changements induits par Internet dans la mise en œuvre de l'article 5, une distinction s'impose entre deux modalités principales d'exercice du commerce électronique pouvant impliquer un consommateur¹⁵²².

Le professionnel peut proposer une prestation susceptible d'être exécutée immédiatement en ligne, par le biais du réseau. Ainsi en va-t-il des services d'information, de fournitures de

COSTES, « La délicate question de la détermination du droit applicable aux contrats du commerce électronique », *Cah. Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, août/septembre 2000, p. 21 ; C. FERALSCHUHL, *Cyberdroit*, Dalloz, 2ème éd. 2000, v. spéc. « L'Internet et la loi applicable », p. 257 et s. *Adde* (en langue anglaise): H. KRONKE, « Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace », in K. BOELEWOELKI et C. KESSEDJIAN (éd.) *Internet : quel juge décide ? Quel droit s'applique ?*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 80.

¹⁵¹⁹ V. not., sur les difficultés d'application de l'article 5 dans le cas des contrats conclus par Internet, B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 3^{ème} éd. 2000, spéc. p. 693, n° 809, note 1. P. MAYER, art. préc. note 1516, spéc. p. 60 ; M. FALLON et J. MEEUSEN, art. préc. note précédente, spéc. p. 443 et s., n° 7 et s. ; K. THORN, « Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz », *IPRax* 1999, p. 4 ; L. COSTES, art. préc. note précédente, spéc. p. 23. De même, M. LAGARDE, anticipant une éventuelle réforme de l'article 5 de la convention de Rome, s'interrogeait déjà, en 1998, sur l'adaptation de ce texte aux nouveaux procédés de communication tel qu'Internet. V. note sous *Bundesgerichtshof*, 19 mars 1997, *RCDIP* 1998, p. 610, spéc. p. 623, n° 8 et note 8.

L'étendue des domaines respectifs de la loi de localisation du serveur et de celle du pays de réception y apparaît comme un enjeu essentiel. D'où l'on voit que dans le contexte d'Internet, domaine par excellence de l'internationalité, le droit international privé est amené à jouer un rôle décisif. Schématiquement, on pourrait présenter le débat en ces termes : privilégier la loi de situation du prestataire de services de la société de l'information risquerait de conduire au transfert des prestataires dans les « paradis Internet » dont les lois seraient peu contraignantes, ce qui leur permettrait d'éviter le plus grand nombre de dispositions impératives ; au contraire, privilégier celle du consommateur risquerait de paralyser l'essor du commerce électronique puisque le prestataire devrait adapter ses contrats en fonction du pays où sa clientèle réside. On retrouve, en somme, à l'échelon mondial, la problématique consistant à rechercher un équilibre entre deux impératifs antagonistes. En droit communautaire, la problématique se fait plus précise puisqu'il s'agit de chercher un équilibre entre la libre circulation des services de la société de l'information et la protection des consommateurs. V. les développements *supra* à propos du domaine de la loi du pays d'origine dans la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive commerce électronique »), *JOCE* n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16.

¹⁵²⁰ Ce mouvement semble avoir été amorcé par la CNUDCI, qui a adopté, en 1996, une loi type « sur le commerce électronique », dont l'objet essentiel était d'écarter les obstacles que le droit pourrait opposer, par des exigences de forme (écrits, signatures) à l'essor de ce type d'activité. V. le texte reproduit in *Droit de l'informatique et des télécoms*, 1996/3, p. 88, *comm. E. CAPRIOLI*.

¹⁵²¹ V., par ex., exprimant la volonté d'assurer un traitement égal entre les consommateurs le rapport rédigé par le groupe de travail présidé par M. LORENTZ, intitulé « Le commerce électronique : une nouvelle donne pour le consommateur, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics » et présenté au Ministre de l'économie et des finances le 8 janvier 1998. Y est exprimée l'idée selon laquelle « dans le cadre du commerce électronique, l'objectif n'est pas une protection supplémentaire, mais la « réassurance » des consommateurs qui peuvent manquer de confiance en l'Internet (...) ». V. www.finances.gouv.fr/commerceelectronique/Lorentz. V. également, désireux d'assurer un traitement égal aux consommateurs (internauts ou pas) dans le cadre de contrats conclus à distance, proposition du GEDIP préc. note 1485, spéc. p. 932, n° 11.

¹⁵²² Sur le réseau, on parle de contrats *B to C* (*business to consumer*) lorsqu'on évoque les relations entre commerçants et consommateurs ; entre les commerçants, on parle de contrats *B to B* (*business to business*).

logiciels. Un autre moyen consiste, pour le professionnel, à proposer l'achat ou la commande de produits ou services qui seront livrés ou exécutés dans le monde réel. Il pourra alors s'agir d'une banale vente de marchandises, d'une réservation dans un hôtel. Dans le cadre de ce mode d'exercice du commerce en ligne, le commerçant pourra proposer aussi bien ses propres produits que jouer le rôle d'un fédérateur, en regroupant des fournisseurs de produits ou services dans un espace électronique. La situation s'apparentera alors à une galerie marchande « virtuelle », en quelque sorte. Le second moyen combine l'utilisation de l'outil d'Internet (au stade de la conclusion du contrat) avec les modalités traditionnelles d'exécution des contrats, contrairement au premier qui se distingue bien davantage des procédés habituels en matière contractuelle, puisque c'est à la fois la conclusion et l'exécution du contrat qui ont lieu en ligne. On pressent donc qu'*a priori*, les changements éventuellement induits par Internet y seront plus importants.

620. Mais contrairement à ce que l'on a pu dire, le problème soulevé par Internet au regard des conflits de lois ne concerne pas vraiment la recherche de la localisation de la conclusion du contrat. Certes, s'agissant d'un contrat électronique, il est difficile de dire que la conclusion du contrat se situe dans un lieu déterminé puisqu' « *elle est initiée à partir d'un terminal et traitée dans un ordinateur qui la reçoit, pour être éventuellement acheminée vers son destinataire, le tout dans des lieux généralement différents.* »¹⁵²³

Cependant, le problème de la détermination du lieu de conclusion d'un contrat conclu par Internet n'est pas spécifique à ce type de contrats et concerne tous ceux qui sont conclus à distance. En outre, il ressort du rapport Giuliano-Lagarde que les auteurs de la convention ont été parfaitement conscients du problème consistant à déterminer le lieu de conclusion des contrats à distance, fréquents dans le cadre de relations contractuelles transfrontières ; ils ont donc retenu, à l'article 5, les termes « actes nécessaires » « *afin de ne pas toucher au problème classique de la détermination du lieu de conclusion du contrat* »¹⁵²⁴.

En fait, Internet a permis de mettre en évidence en quoi le lieu de conclusion du contrat n'était pas un élément pertinent en vue de déterminer la loi qui lui est applicable. C'est pourquoi on tend à lui substituer, dans les cas où un tel facteur de rattachement devrait intervenir, un autre facteur de rattachement plus stable et plus pertinent. Par exemple, l'actuel article 9 de la convention de Rome relatif à la forme des contrats, se réfère notamment à son lieu de conclusion, qui est l'une des alternatives prévues dans le cadre de la *favor validitatis* animant

¹⁵²³ J. HUET, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *Petites Affiches* du 26 septembre 1997, p. 6, spéc. p. 14, n° 27.

¹⁵²⁴ Rapport Giuliano-Lagarde, *JOCE* n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1-50, v. art. 5.3.

ce texte¹⁵²⁵. Dans la mesure où il est impossible, dans le cas d'un contrat passé par Internet, de déterminer le lieu de l'ordinateur émetteur¹⁵²⁶, le groupe européen de droit international privé a proposé d'ajouter une branche aux alternatives de l'actuel article 9. La proposition de règlement « Rome I » reprend à son compte cette suggestion puisque l'article 10.1 prévoit qu'« (u)n contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu du présent règlement ou de la loi du pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties ou son agent au moment de sa conclusion ou de la loi du pays où l'une ou l'autre a sa résidence habituelle à ce moment. »

La validité formelle des actes juridiques unilatéraux serait appréciée selon les mêmes alternatives, sauf à cantonner, logiquement, l'option à la loi de la résidence habituelle de l'auteur de l'acte unilatéral.

L'ajout de l'alternative de la loi de la résidence habituelle de l'une des parties au moment de la conclusion du contrat par hypothèse passé à distance présente l'avantage d'offrir un facteur de rattachement stable et en même temps, davantage pertinent que le lieu de conclusion du contrat qui peut être tout à fait accidentel.¹⁵²⁷ L'adaptation de ce texte relatif à la forme des actes juridiques aux contrats électroniques s'avère beaucoup plus aisée que celle de l'article 5 de la convention de Rome concernant la détermination de la loi applicable au fond (laquelle est une alternative prévue à l'actuel article 9 de la convention et à l'article 10 de la proposition de règlement.)

621. Le domaine d'application matériel de l'article 5 ne pose en tout cas pas de problèmes spécifiques dans le contexte d'Internet. En effet, qu'il s'agisse de contrats ayant pour objet la fourniture de biens mobiliers corporels ou destinés à leur financement ou bien de contrats de fourniture de services, ce sont là autant d'opérations susceptibles d'être conclues par Internet. De même, la notion de consommateur est parfaitement adaptable à Internet. Tout au plus parlera-t-on ici plutôt de « consommateur internaute ».

¹⁵²⁵ Actuellement, les paragraphes 1 et 2 de l'article 9 de la convention de Rome prévoient respectivement qu'« (u)n contrat entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu » (al. 1) et qu'« Un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi de l'un de ces pays » (al. 2). L'alinéa 5 réserve un sort particulier aux contrats entrant dans le domaine de l'article 5 de la convention, qui sont soumis, quant à la forme, à la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

¹⁵²⁶ En fait, nous pensons surtout que ce lieu est sans importance en vue de déterminer la loi applicable à la forme du contrat en application de l'article 9.

¹⁵²⁷ Que l'on songe en effet par exemple à l'hypothèse du contrat conclu, depuis son téléphone mobile, par un consommateur résidant habituellement en Italie avec une société établie au Danemark lors d'un passage en Allemagne.

Ce qui précède laisse pressentir que la mise à l'épreuve des circonstances décrites à l'article 5 aux contrats conclus en ligne mettra en évidence leur inadaptation à leur égard. Seront particulièrement concernées les précisions de ce texte qui reposent sur des éléments localisateurs. Mais en attendant une réécriture de l'article 5, il faut l'appliquer aux contrats passés en ligne en ayant à l'esprit les considérations sous-tendant les solutions posées par le texte.

§ II : Les règles de la convention de Rome visant à protéger les consommateurs à l'épreuve des contrats électroniques.

622. On déduit généralement des circonstances décrites à l'article 5.2 de la convention de Rome que seul le consommateur « passif » est protégé par ce texte. Il s'agit, *grosso modo*, du consommateur qui a été sollicité, « qu'on est venu chercher chez lui ».

Vérifions comment certains auteurs se proposent d'adapter l'application de l'article 5 aux contrats conclus en ligne en reprenant successivement chacune des circonstances énumérées à l'article 5.2. Selon ce texte, le consommateur bénéficie de l'application des dispositions impératives protectrices de la loi de son pays de résidence habituelle dans trois circonstances précises qu'il faudra successivement mettre à l'épreuve des contrats électroniques (A, B, C). De même, l'exclusion prévue à l'article 5.4 b), qui repose sur un élément localisateur, devra passer cet examen (D).

A. Première circonstance.

623. La première hypothèse est celle où le consommateur s'est vu adresser, dans son pays de résidence habituelle, avant la conclusion du contrat, « une proposition spécialement faite » ou une publicité. Il faut en outre que le consommateur ait accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Si la première condition de la première circonstance décrite à l'article 5.2 paraît parfaitement applicable à l'hypothèse des contrats conclus par Internet (2), en revanche, la seconde y semble plus difficilement transposable (1).

1. La condition tenant à l'accomplissement, par le consommateur, des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son pays de résidence habituelle.

624. La transaction passée sur Internet étant par hypothèse virtuelle, la question se pose de savoir comment prouver que les démarches ont effectivement été accomplies dans le pays de résidence du consommateur. En tout état de cause, elle paraît inopportune. En effet, quelle importance que le consommateur donne suite à la publicité ou à la proposition spéciale de

chez lui, dans son pays, ou bien lors d'un déplacement dans un pays voisin ?¹⁵²⁸ On constate alors que cette question est pertinente pour tous les contrats conclus à distance. Soit un consommateur donnant son consentement par fax, ou même par minitel. Qu'importe qu'il le fasse depuis chez lui ou au cours d'un court voyage à l'étranger ? On ne pourrait pas considérer pour autant qu'il est un consommateur dynamique. Et même dans le cas des contrats conclus par courrier « ordinaire », on peut douter de la pertinence de cette exigence. En effet, le fait de poster une lettre confirmant une commande, par exemple, au cours d'un déplacement à l'étranger, ne devrait pas disqualifier un consommateur passif qui, par ailleurs, a été auparavant sollicité chez lui par un professionnel.

En vue d'adapter cette condition aux contrats conclus en ligne, on propose de considérer que la commande reçue par Internet se localise au lieu de situation de l'ordinateur du consommateur qui fait la commande¹⁵²⁹. Autant se passer de l'exigence que le consommateur ait accompli les actes nécessaires à la conclusion de son contrat dans son pays de résidence habituelle ! Le seul fait qu'il ait été sollicité chez lui préalablement à la conclusion du contrat devrait suffire à le considérer comme passif, sans exiger qu'il y ait en outre accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat. D'où l'intérêt de se concentrer davantage sur la première condition de la première circonstance décrite à l'article 5.2.

2. La condition tenant à l'existence d'une publicité ou d'une offre spécialement faite au consommateur dans son pays de résidence habituelle.

625. Pour concrétiser la proposition spécialement faite ou la publicité dans le cadre d'Internet, on peut prendre l'exemple des messages électroniques non sollicités (a) ainsi que des bandeaux publicitaires (b). Mais il faudra aussi étudier le lien entre la publicité et l'usage de moteurs de recherche (c) et se demander quel sort il convient de réserver au consommateur qui accède de son propre chef à un site (d).

a) L'hypothèse simple des courriers électroniques non sollicités.

626. Il paraît relativement aisé de transposer la condition tenant à l'existence d'une publicité ou d'une proposition spécialement faite à l'hypothèse du courrier électronique non sollicité¹⁵³⁰. Dans ce cas, nul doute en effet que le document s'adresse spécialement au

¹⁵²⁸ V. en ce sens M. FALLON et J. MEEUSEN, art. préc. note 1518, spéc. p. 449, n° 13. V. également la proposition de règlement « Bruxelles I », dans laquelle la Commission reconnaissait que l'endroit où le consommateur a accompli ses démarches pourrait être impossible à déterminer et « en tout état de cause sans pertinence pour la création d'un lien entre le contrat et l'Etat du consommateur ». (JOCE, 1999, E 376, v. art. 15).

¹⁵²⁹ V. notamment T. VAN OVERSTRAETEN, « Droit applicable et juridiction compétente sur Internet », *RDAI* 1998, p. 389.

¹⁵³⁰ V. not. en ce sens Ch. HOEDL, « How to market services : advertising, consumer protection and personal data – Le commerce de services sur Internet : publicité, protection des consommateurs et informations à caractère

consommateur en question. En outre, par définition, celui-ci n'a rien demandé à l'expéditeur. Il semble donc conforme à l'esprit de l'article 5 de la convention de Rome, tel qu'il a été décrit *supra*, d'estimer que le consommateur puisse bénéficier de la protection offerte par ce texte dès lors qu'il a conclu un contrat suite à l'envoi d'un courrier non sollicité. D'ailleurs, cette situation paraît recouvrir l'hypothèse typique du consommateur internaute passif¹⁵³¹. En effet, l'application de l'article 5 y semble relativement aisée. Tel n'est pas le cas s'agissant de l'hypothèse des bandeaux publicitaires.

b) *L'hypothèse délicate des bandeaux publicitaires*¹⁵³².

627. La première circonstance énumérée à l'article 5.2 peut aussi prendre la forme, sur le réseau, de bandeaux publicitaires qui apparaissent sur l'écran lorsque le consommateur est connecté à Internet. Le cas des bandeaux publicitaires est un peu plus complexe que le précédent car ceux-ci peuvent déboucher de différentes manières sur la conclusion d'un contrat. En effet, plusieurs cas de figure doivent être distingués.

628. Une première hypothèse est celle où un consommateur a été attiré sur un site en vue d'y conclure un contrat suite à « clic » sur un bandeau publicitaire apparu à l'occasion d'une consultation générale menée sur un moteur de recherche. Dans ce cas, la vente paraît devoir être considérée comme une vente active, et donc le consommateur doit pouvoir être considéré comme passif.¹⁵³³

Une seconde hypothèse concerne les bandeaux visant spécifiquement une clientèle se trouvant sur un territoire concédé à un distributeur. La Commission les traite de la même manière que les courriers électroniques non sollicités¹⁵³⁴. Autrement dit, on peut considérer que dans ce cas, le consommateur est resté passif et qu'il peut bénéficier de la protection offerte par l'article 5 de la convention de Rome.

629. Mais *quid*, comme c'est le cas le plus fréquent, lorsque le professionnel ne vise pas, à travers le bandeau, particulièrement un groupe de clients, mais au contraire, souhaite précisément utiliser Internet pour bénéficier de la plus large clientèle ? Cette question nous

personnel », *RDAI* 1998, p. 285, spéc. p. 305 ; P.-Y. GAUTIER, « Les aspects internationaux de l'Internet », *TCFDIP* 1997, p. 241, spéc. p. 245.

¹⁵³¹ V. en ce sens la position de la Commission européenne dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales à la concurrence, *JOCE* 2000, n° C 291, spéc. n° 51.

¹⁵³² Une autre hypothèse voisine à envisager est celle où le consommateur accède à un site *via* un lien. Dans ce cas, il est affirmé, à juste titre selon nous, que le contrat qui viendrait à être conclu par la suite relève de l'article 5 de la convention de Rome. V. en ce sens M. FALLON et J. MEEUSEN, art. préc. note 1518, spéc. p. 452, n° 13.

¹⁵³³ V., en ce sens, F. SWEERTS, « Internet – Les sites bancaires veulent s'ouvrir au consommateur européen », *Rev. banque* 2000, p. 262 ; L. ROLIN-JACQUEMYNS et T. VERBIEST, « L'offre de services et produits financiers sur Internet », *Rev. dr. comm. belge* 2000, p. 72.

¹⁵³⁴ V. les lignes directrices préc. note 1531, *loc. cit.*

invite à nous pencher sur la signification de l'expression « proposition spécialement faite » au consommateur par le professionnel employée à l'article 5.2, premier tiret de la convention de Rome.

Les termes employés à ce sujet dans le rapport Giuliano-Lagarde semblent particulièrement restrictifs. En effet, il y est exigé, en vue de l'application de l'article 5, que les actes tels que la publicité par la presse ou la radiotélévision ou encore par catalogues aient été spécialement dirigés vers le pays de résidence habituelle du consommateur.¹⁵³⁵ Cette condition, qui semble en soi déjà restrictive, l'apparaît encore plus appliquée à Internet. Elle revient en effet à n'accorder au consommateur le bénéfice de l'application de la loi de son pays de résidence que si le bandeau publicitaire en question vise spécifiquement les consommateurs résidant sur un territoire déterminé. Or ce sera rarement le cas.¹⁵³⁶ Et surtout, si l'on se souvient que le bénéfice de la protection est lié dans une certaine mesure au souci d'assurer au consommateur la prévisibilité de la loi applicable (*i.e.* dans l'optique de l'article 5, il s'agit de faire bénéficier le consommateur de la protection offerte par la loi de son lieu de résidence parce qu'il s'attend à voir cette loi s'appliquer), cette condition sous-entend que le consommateur ne devrait pas s'attendre à l'application de « sa loi » lorsque la publicité n'est pas spécialement destinée notamment à son pays de résidence. Or il est pour le moins douteux qu'un consommateur fasse la différence entre l'hypothèse où la publicité est spécialement destinée à son pays et celle où elle ne l'est pas.

630. Certes, on propose de recourir à différents critères aux fins de déterminer si un site s'adresse plus particulièrement à un groupe de clients résidant sur un territoire déterminé. Ainsi, il faudrait avoir égard à la monnaie prévue pour le paiement des ventes ou des prestations, à la langue utilisée sur le site en question, etc. Mais ces critères, outre que leur mise en œuvre pourrait nécessiter dans certains cas un examen délicat et dont l'issue serait

¹⁵³⁵ L'exemple figurant dans le rapport illustre bien ce caractère restrictif. Il y est en effet expliqué que si un Allemand conclut un contrat en faisant suite à une annonce publiée par une société française dans un journal allemand, ce contrat sera soumis à la règle protectrice. La solution paraît tout à fait opportune. Les restrictions qui s'ensuivent nous semblent en revanche plus contestables car elles obligent à des distinctions auxquelles on imagine mal que les consommateurs aient un seul instant songé. En effet, si ce même Allemand répond à une annonce publiée dans un journal américain, même vendu en Allemagne, l'article 5 ne s'applique pas au titre de la première circonstance visée au paragraphe 2, sauf si l'annonce est parue dans une édition spéciale du journal en question, destinée aux pays européens. (V. art. 5, 3°.)

¹⁵³⁶ Cependant, l'hypothèse n'est pas à exclure et alors on pourrait considérer que l'utilisation, par le professionnel, d'une langue peu fréquente, permettrait de considérer qu'une offre est destinée en particulier à une clientèle résidant dans un pays ou une zone géographique déterminés. En revanche, l'utilisation de la langue anglaise ne permettrait pas de considérer que le professionnel a entendu s'adresser à une clientèle située dans une zone géographique déterminée. Cependant, il nous semble peu pertinent, du point de vue du consommateur, de distinguer selon que l'offre s'adresse spécifiquement à un pays déterminé ou non.

sujette à discussions¹⁵³⁷, ne sont d'aucune utilité lorsque la langue est à diffusion internationale (tel l'Anglais) ou si l'unité monétaire en question concerne une large zone géographique (tel l'Euro) ou est répandue dans les échanges internationaux (tels l'Euro et le Dollar). Il sera impossible, dans ces deux hypothèses, de tirer des indices permettant d'en déduire si un groupe de clients géographiquement ciblé est particulièrement visé.

Plus globalement, toutes ces recherches visant à déterminer à quelle clientèle le prestataire s'adresse nous semblent peu adaptées au concept véhiculé par Internet, dont l'intérêt est précisément de permettre aux prestataires de s'adresser à la plus large clientèle possible en faisant abstraction des frontières. Dès lors, procéder à la recherche des zones territoriales ciblées par ceux-ci nous paraît miner l'intérêt du réseau. Car si de tels critères devaient être consacrés officiellement pour la mise en œuvre de l'article 5, les prestataires auraient certainement tendance à chercher à restreindre leur horizon de clientèle.

Et il faut reconnaître que l'hypothèse où un consommateur conclut un contrat suite à une publicité, même lorsque cette dernière ne lui a pas été particulièrement adressée, se rapproche tout de même davantage de l'hypothèse du consommateur qui contracte suite à une publicité lue dans un journal local que de celle où le consommateur se rend de sa propre initiative à l'étranger où il signe un contrat avec un professionnel.

Le contexte d'Internet semble dès lors, selon nous, appeler à d'autres critères que ceux figurant à l'article 5.2, premier tiret, tels qu'éclairés par le rapport Giuliano-Lagarde, en vue de faire le départ entre les situations dans lesquelles le consommateur peut légitimement être protégé et celles où une telle protection n'apparaît pas justifiée. Une possibilité consiste à retenir une approche casuistique. Ainsi, pour certains auteurs, il faudrait distinguer selon les circonstances de l'espèce, et n'octroyer le bénéfice de la protection au consommateur que lorsque ce dernier a été « accosté » par le professionnel, alors qu'il ne l'a pas sollicité.¹⁵³⁸

Reste qu'il n'est pas toujours évident, sur Internet, de caractériser les hypothèses dans lesquelles on peut considérer que le consommateur a été « accosté » par le professionnel. En atteste la question des rapports entre publicité et moteurs de recherche.

c) Publicité et moteurs de recherche.

¹⁵³⁷ Par exemple, un site rédigé en suédois s'adresse indubitablement aux consommateurs suédois. Mais il peut être considéré comme visant également les Finlandais où le Suédois est parlé par une minorité non négligeable de la population et a un statut officiel. De même, un site rédigé en néerlandais vise indiscutablement les Néerlandais, mais il peut aussi être considéré comme s'adressant à la Belgique.

¹⁵³⁸ V. en ce sens not. M. FALLON et J. MEEUSEN, art. préc. note 1518, spéc. p. 451, n° 14 ; F. SWEERTS, art. préc. note 1533. V. cependant, *contra* : G. KAUFMANN-KOHLER, art. préc. note 1516, spéc. p. 138 ; H. KRONKE, art. préc., spéc. p. 990. Selon ces auteurs, ce critère fondé sur l'initiative du contrat pourrait bien apparaître obsolète dans le contexte d'Internet, dans la mesure où l'on peut considérer que chaque partie fait, en quelque sorte, la moitié du chemin menant à la conclusion du contrat.

631. Faut-il considérer qu'il y a publicité, et partant, que le professionnel est actif, uniquement parce qu'il s'est fait répertorier dans un moteur de recherche ? Les auteurs ne sont pas unanimes à ce sujet.¹⁵³⁹ Certes, le procédé permet facilement aux consommateurs de tous horizons d'accéder facilement à son site. Pour autant, peut-on considérer qu'il y a proposition au sens de l'article 5.2 de la convention de Rome ? La réponse nous semble devoir être négative. Lorsque le consommateur effectue, de sa propre initiative, une recherche, c'est qu'il entreprend déjà d'effectuer une opération, il n'est donc pas passif. Il paraît de même impossible de considérer que le professionnel sollicite des consommateurs du seul fait qu'on peut le trouver en effectuant une recherche.¹⁵⁴⁰ En tout état de cause, lorsque le consommateur arrive sur le site du professionnel après avoir indiqué son nom dans le cadre d'une recherche, il paraît logique de considérer qu'il est dynamique au sens de l'article 5. La situation est alors tout à fait comparable à celle du consommateur cherchant à prendre contact téléphoniquement avec un professionnel d'un domaine donné en feuilletant au préalable les « pages jaunes » de son vieil annuaire papier.

Hormis les hypothèses qui précèdent, peut-on considérer, plus largement, que le seul fait d'offrir, sur Internet, des produits et services facilement accessibles à tous, permet de considérer qu'il y a là une publicité faite dans le pays de résidence de l'acheteur ? La question conduit à envisager l'hypothèse du consommateur qui accède de sa propre initiative à un site.

d) L'hypothèse du consommateur accédant de sa propre initiative à un site.

632. La seule accessibilité d'un site peut-elle être assimilée à une sollicitation des consommateurs étrangers dans leur pays ? En réponse à cette question, certains auteurs¹⁵⁴¹ ont suggéré de toujours permettre au consommateur de bénéficier de la protection spéciale prévue par ce texte dès lors qu'il passe un contrat par Internet. Selon cette opinion, la seule accessibilité d'un site suffirait à permettre aux consommateurs de bénéficier de la protection

¹⁵³⁹ En faveur de l'affirmative, V. N. COSQUER-HERAUD, *Ordre public de protection du consommateur et conflit de lois*, thèse multigr., Paris I, 2001, spéc. p. 98, n° 77. *Contra* : R. STEENNOT, « Internaal privaatrechtelijke aspecten van middels Internet gesloten (consumenten)overeenkomsten », *Droit des affaires – Ondernemingsrecht*, 2000, p. 193, spéc. p. 194, cité par M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, spéc. p. 451, note 34.

¹⁵⁴⁰ Autre est la question de savoir si le consommateur peut légitimement s'attendre, dans ce cas, à l'application de la loi du pays de sa résidence habituelle.

¹⁵⁴¹ V. not. G. KAUFMANN-KOHLER, art. préc. note 1516, spéc. p. 138 et s.; H. KRONKE, « Electronic Commerce und Europäisches Verbrauchervertrags-IPR », *RIW* 1996, p. 985 et s., spéc. p. 988; I. SCHWANDER, « La vente par Internet et le droit international privé suisse » in *La protection des consommateurs acheteurs à distance. Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé*, actes du colloque organisé par le Centre de documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du Centre d'études juridiques européennes (CEJE), Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 287 et s., spéc. p. 299.

de la loi de leur résidence habituelle¹⁵⁴². Ce serait d'ailleurs là tout l'intérêt d'Internet : leur permettre d'atteindre une clientèle à l'échelle planétaire par une diffusion internationale de leurs offres commerciales. En outre, les professionnels offrant des produits ou des services par l'intermédiaire du réseau seraient mieux placés pour s'informer de la qualité de leurs cocontractants. Ils devraient dès lors prendre en considération les dispositions impératives protectrices en vigueur dans leur pays de résidence habituelle¹⁵⁴³.

Des partisans de cette thèse font alors valoir que la distinction entre consommateurs passifs et actifs est inadaptée dans le contexte d'Internet.¹⁵⁴⁴ Et plus généralement, il est affirmé que le critère de l'initiative conduit à restreindre de manière indue la protection des consommateurs¹⁵⁴⁵ et qu'il serait inadapté au commerce électronique caractérisé par l'interactivité entre le professionnel et le consommateur.

633. Cette thèse n'est pas en phase avec l'objectif poursuivi par les auteurs de la convention de Rome, lesquels ont entendu clairement limiter la protection à une catégorie de consommateurs : les consommateurs passifs. En outre, une telle position ne répond pas au souci d'assurer un traitement égal entre les consommateurs, qu'ils soient internautes ou pas. De fait, on se demande pourquoi un consommateur qui prend l'initiative de s'adresser (physiquement) à un prestataire étranger devrait être systématiquement défavorisé par rapport à celui qui a fait la même démarche par le biais du réseau. Reste qu'il est certain que le franchissement géographique d'une frontière par un consommateur permet plus sûrement de penser que celui-ci a eu conscience de prendre les risques du commerce international.

634. A l'inverse, d'autres auteurs¹⁵⁴⁶ estiment que le consommateur devrait échapper à la protection spéciale car l'initiative de la connexion lui revient, ce qui permet de le soustraire à la qualification de « consommateur passif ». Cette solution néglige le constat selon lequel la

¹⁵⁴² Ainsi, par ex., pour M. HEUZE, « la création d'un site Internet interactif est incontestablement assimilable à une publicité faite dans tous les pays où il peut être consulté, si bien que le professionnel qui en a pris l'initiative doit supporter le « risque de la loi », qui en est la conséquence (...) ». V. « Le droit international privé du contrat d'assurance : les conflits de lois », in J. BIGOT (dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3, LGDJ 2002, chap. XX, p. 1401 et s., n° 2011 et s., spéc. p. 1426, n° 2036.

¹⁵⁴³ V. notamment K. THORN, « Verbraucherschutz bei Verträgen im Fernabsatz », *IPRax* 1999, p. 4.

¹⁵⁴⁴ V. G. KAUFMANN-KOHLER préc. note 1516, spéc. p. 139. L'auteur explique que « (...) l'évolution de la technologie et des marchés fait de la distinction entre consommateur passif et actif, entre commerçant passif et commerçant actif (...) un critère dépassé. Priver l'internaute de la protection accordée aux consommateurs aboutirait à exclure un segment à terme considérable de la consommation du champ de la protection, et cela au seul motif que les canaux de publicité et de distribution ont changé. » Un tel constat, selon lui, irait à l'encontre des acquis sociaux actuels.

¹⁵⁴⁵ V. not. M. VAN HUFFEL, « Développements européens en matière de vente à distance et de commerce électronique », in J. STUYCK et E. BALLON, *Vente à distance et télématique, aspects juridiques*, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1998, p. 3, spéc. p. 13.

¹⁵⁴⁶ V. not. M. LOLIVIER et A. CAPARROS, « Pays d'origine et commerce électronique – Défense des intérêts des entreprises et des consommateurs européens », *Gaz. Pal.* des 17 et 18 novembre 1999, p. 4 et s., spéc. p. 5 ;

prise de conscience de la conclusion d'un contrat international est moins certaine lorsque celui-ci est conclu sur le réseau qu'à la suite du franchissement d'une frontière géographique.

635. Mais un courant de doctrine plus important adopte une position plus différenciée sur cette question.¹⁵⁴⁷ Selon cette opinion plus « équilibrée », il faudrait s'attacher aux circonstances concrètes qui ont entouré la conclusion du contrat afin de savoir si le consommateur peut être considéré comme dynamique ou statique.¹⁵⁴⁸

La Commission adopte également une position différenciée sur cette question de la qualification de la situation du consommateur internaute. Elle donne quelques exemples de situations concrètes. Elle estime que si un consommateur visite le site d'un distributeur, puis prend contact avec lui et que ce contact débouche sur une vente, celle-ci doit être considérée comme une vente passive. En revanche, une vente conclue suite à un message non sollicité adressé au consommateur, transmis par courrier électronique, devra être considéré comme active.¹⁵⁴⁹

636. Nous pensons que s'il est une hypothèse où le consommateur doit incontestablement pouvoir être considéré comme actif, c'est quand il prend, de son propre chef, l'initiative de surfer sur un site sans passer préalablement par un bandeau publicitaire et sans avoir reçu de courrier électronique, et qu'il y conclut un contrat. Bien que la réponse paraisse s'imposer à l'évidence, des doutes surgissent en réalité sur les conséquences qu'il faudrait en tirer quant au régime de protection du consommateur.

En effet, si, au regard des critères actuels de l'article 5 de la convention de Rome, le consommateur qui, à l'occasion d'une visite faite de son propre chef sur un site Internet à la

¹⁵⁴⁷ V. not. M. FALLON et J. MEEUSEN, art. préc. note 1518, spéc. p. 451, n° 13.

¹⁵⁴⁸ V. en ce sens, not. M. FALLON et J. MEEUSEN, (*op. cit.*, spéc. p. 447, n° 10 et 11) qui citent en ce sens P. MANKOWSKI, « Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht », *RabelsZ* 1999, p. 209, spéc. p. 240-241. Adde la proposition du groupe européen de droit international privé (GEDIP), « Proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980 et de l'article 15 de la proposition de règlement « Bruxelles I », Rome, 15-17 septembre 2000, *RCDIP* 2000, p. 930.

¹⁵⁴⁹ V. la Communication de la Commission « Lignes directrices sur les restrictions verticales », *JOCE* n° C 291 du 13 octobre 2000, p. 1-44, spéc. n° 51. Cependant, le recours à cette communication dans le contexte de la mise en œuvre de l'article 5 de la convention de Rome en matière de contrats conclus par Internet présente ses limites évidentes. En effet, ces « lignes directrices » concernent tout particulièrement l'appréciation du comportement des distributeurs dans les contrats de distribution (donc entre professionnels). Dans la mesure où l'on ne saurait interdire à un consommateur établi hors du territoire concédé à un distributeur, de s'adresser à celui-ci en vue d'y conclure une vente, l'appréciation du respect du contrat de distribution par ce distributeur passe par une analyse de son comportement. A-t-il sollicité le consommateur établi hors du territoire à lui concédé ? Dans ce cas, une telle sollicitation pourrait caractériser une violation de son contrat (ce dernier pouvant valablement l'empêcher de pratiquer des ventes actives hors de son territoire contractuel). En revanche, s'il n'a pas sollicité le consommateur, la vente est passive et il ne pourrait être reproché au distributeur une quelconque violation de son contrat puisque le refus, de sa part, de conclure une telle vente pourrait tomber sous le coup des sanctions du refus de vente (V. art. L 122-1 du code de la consommation.)

Sur une critique des critères de distinction entre vente active et vente passive opérés par la Commission, V. not. H. BENSOUSSAN (« Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance », *D.* 2000, *chron.*, p. 629), qui en dénonce le caractère flou.

suite de laquelle il conclut un contrat, est incontestablement actif, pour autant, doit-il être privé de protection ? Il ne nous le semble pas, et c'est précisément particulièrement cette hypothèse qui nous conduit à vouloir dépasser la lettre des critères de distinction établis par la convention de Rome, tout en en conservant l'esprit.¹⁵⁵⁰ L'application de l'article 5.2, deuxième circonstance à l'hypothèse des contrats électroniques vient renforcer ce constat.

B. Deuxième circonstance.

637. La deuxième situation décrite à l'article 5.2 et permettant au consommateur de bénéficier de la protection de la loi de son pays de résidence habituelle vise le cas où le professionnel a reçu la commande du consommateur dans le pays de ce dernier. Dans l'esprit des auteurs de la convention de Rome, elle visait exclusivement le monde « réel ». Si, prise à la lettre, cette exigence est vérifiable à propos des contrats conclus par Internet, elle y semble *a priori* dénuée de sens.

En effet, il n'est pas pertinent ici de distinguer selon que le consommateur et le professionnel étaient établis (ou non) dans le même pays au moment de la réception de la commande. Dans l'esprit des auteurs de la convention de Rome, il s'agissait, dans cette hypothèse, de protéger le consommateur que l'on est venu chercher « chez lui »¹⁵⁵¹ et qui, pour cette raison, n'a pas conscience du caractère international du contrat. Dans le monde virtuel, le lieu de réception de la commande est indifférent et ne permet donc pas de répondre à la question de savoir si le consommateur a eu conscience ou pas de conclure un contrat international.

Certes, un moyen d'« adapter » ce texte à Internet serait de considérer que l'exigence est remplie lorsque le professionnel s'adresse spécifiquement à une zone géographique déterminée. Alors, en procédant par analogie avec le monde réel, il faudrait considérer que dans ce cas, les consommateurs s'attendent à l'application de la loi de leur lieu de résidence. Mais cette interprétation analogique postule que l'on fasse une distinction, quant au régime juridique applicable au contrat, selon que le professionnel s'est adressé spécifiquement ou pas à une clientèle géographiquement déterminée. Or il a été indiqué *supra* qu'une telle distinction en la matière nous semblait contestable. La deuxième circonstance énumérée à

¹⁵⁵⁰ V. *infra*, n° 641 et s.

¹⁵⁵¹ Ainsi, le rapport Giuliano/Lagarde (JOCE n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1-50, v. spéc. art. 5, 3°) donnait les exemples du consommateur qui « s'est adressé lui-même au stand d'une société étrangère dans une foire ou une exposition organisée dans le pays du consommateur ou à une succursale ou une agence stables d'une société étrangère établies dans le pays du consommateur ». Dans tous les cas, il y a présence physique des deux cocontractants sur le territoire du pays de résidence habituelle du consommateur lors de la réception de la commande. C'est précisément ce qui justifie que le consommateur s'attende à l'application de « sa » loi : la solution présente une certaine cohérence qui ne se retrouve pas dans l'hypothèse du contrat conclu par Internet.

l'article 5.2, en ce qu'elle repose sur un élément localisateur, nous paraît inadaptée à l'hypothèse des contrats électroniques. Il en va de même de la troisième circonstance.

C. Troisième circonstance.

638. La troisième circonstance décrite à l'article 5.2 concerne l'hypothèse où un acquéreur se rend dans le pays du vendeur pour y passer commande d'une marchandise, étant précisé que c'est le vendeur qui organise ce voyage en vue de l'inciter à l'achat. Cette circonstance, sauf à recourir à une interprétation originale consistant à invoquer le « voyage virtuel »¹⁵⁵² - et qui paraît de toute façon irrespectueuse de la lettre et de l'esprit du texte -, semble indiscutablement ne pas être opérationnelle à propos des contrats passés par Internet. Enfin, une dernière précision de l'article 5 utilise des éléments localisateurs. Il convient dès lors d'en vérifier l'application aux contrats conclus en ligne.

D. L'exclusion de l'article 5.4, b).

639. S'agissant de l'exclusion prévue à l'article 5.4 b) de la convention de Rome concernant les contrats de fournitures de services lorsque les prestations doivent être fournies dans un autre pays que celui dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, elle paraît parfaitement opérationnelle s'agissant d'un contrat conclu *via* Internet mais qui doit s'exécuter dans le monde réel. En revanche, lorsque la prestation a lieu en ligne (par exemple, il peut s'agir de renseignements donnés en ligne), on retrouve les difficultés de localisation liées au caractère immatériel d'Internet : où, en effet, localiser l'exécution de la prestation ? Et quand bien même on le pourrait, quelle importance cela aurait-il au regard de la question de savoir si le consommateur doit légitimement s'attendre à l'application de « sa » loi ? Et en tout état de cause, le consommateur accèdera aux données depuis son ordinateur. Dès lors, l'exclusion est dépourvue de sens dans cette hypothèse.¹⁵⁵³

640. Conclusion : De ce qui précède, il ressort qu'il est parfaitement possible d'adapter l'application de l'esprit de l'article 5 de la convention de Rome aux contrats conclus en ligne. Mais cette adaptation n'est pas sans poser des difficultés. Plus particulièrement, il nous semble que c'est l'hypothèse où le prestataire n'a pas accompli de démarches spécifiques pour solliciter un consommateur qui peut soulever des difficultés.

¹⁵⁵² V. Y. POULLET, « Transactions *via* Internet et protection des consommateurs », in J. STUYCK et E. BALLON (éd.) *Verkoop op afstand en telematica*, Deurne, Kluwer rechtswetenschappen, 1997, p. 148-149, réf. citée par M. FALLON et J. MEEUSEN, art. préc. note 1518, spéc. p. 447, note 21.

¹⁵⁵³ En ce sens, V. P. MANKOWSKI, art. préc. note 1548, spéc. p. 255.

En effet, la distinction entre consommateurs passif et actif sur laquelle repose l'article 5 est fondée notamment sur la prise de conscience qu'a (ou n'a pas) le consommateur de conclure un contrat qui échappe à sa sphère juridique ; autrement dit, il s'agit de savoir si le consommateur a eu conscience des risques du commerce international. Dans le monde réel, l'appréciation relative à cette prise de conscience est facile puisqu'elle résultera notamment du franchissement, par le consommateur, d'une frontière territoriale. Or Internet ne connaît pas de frontières. Par définition, dans le monde « virtuel », il n'est pas nécessaire de se déplacer.

Plus généralement, la mise à l'épreuve de l'article 5 aux contrats passés par Internet a permis de mettre en évidence que les circonstances reposant sur des éléments localisateurs tels que ceux décrits à l'article 5.2 ne sont pas adaptées à ces contrats puisqu'elles s'y avèrent dénuées de sens. Pourtant, nous estimons que la distinction entre consommateurs passif et actif est pertinente en vue de faire le départ entre les consommateurs devant bénéficier d'une protection spéciale et les autres. Il faut dès lors se tourner vers la logique qui sous-tend cette distinction afin de voir quels critères pourraient supplanter ceux actuellement retenus par l'article 5.

§ III : La recherche de critères de substitution.

641. Dans l'entreprise de recherche de critères de substitution à ceux actuellement retenus dans l'article 5 de la convention de Rome en vue d'adapter ce texte aux contrats conclus en ligne, plusieurs pistes se présentaient au législateur communautaire. Une première piste consistait, dans l'optique d'un alignement de la compétence législative sur la compétence juridictionnelle, à reprendre la formule inaugurée dans le règlement « Bruxelles I »¹⁵⁵⁴.

En effet, le processus d'adaptation des règles de droit international privé au réseau s'est amorcé à l'occasion du reformatage de la convention de Bruxelles en règlement communautaire (« Bruxelles I »), lequel contient désormais des règles visant à prendre en compte l'incidence des nouveaux procédés de communication, et étend en particulier le bénéfice de la protection offerte au consommateur « semi-passif »¹⁵⁵⁵. L'ancien texte de la convention de Bruxelles (l'article 13, alinéa 1, 3^o) était identique à la première circonstance

¹⁵⁵⁴ Règlement 44/2001/CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I », *JOCE* n° L 12 du 16 janvier 2001, p. 1, *RCDIP* 2001, p. 188), entré en vigueur le 1^{er} mars 2002. V. le texte reproduit à la *RCDIP* 2001, p. 188.

¹⁵⁵⁵ Selon l'expression employée notamment par M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé, *RCDIP* 2002, p. 433 et s., spéc. p. 461, n° 22.

décrite à l'article 5.2 de la convention de Rome. Puisque celui-ci a été modifié¹⁵⁵⁶ notamment en vue de prendre en compte le commerce électronique, il paraît tout naturel de chercher à mesurer l'opportunité d'aligner la protection du consommateur par la loi applicable sur celle de sa protection par les règles de compétence juridictionnelle. Partant de la méthode inaugurée à l'occasion du reformatage de la convention de Bruxelles, un auteur a suggéré une généralisation de la méthode de la focalisation. Il faudra donc en mesurer l'intérêt (B). L'autre piste était présentée par le groupe européen de droit international privé qui suggérait de faire reposer le dispositif protecteur du consommateur sur le critère de la connaissance, par le professionnel, de la qualité de son cocontractant. A vrai dire, la solution finalement retenue à l'article 5.2 de la proposition de règlement fait appel aux deux critères. Ils seront étudiés successivement (A, C).

A. L'alignement sur le règlement « Bruxelles I ».

642. L'article 5.2 de la proposition de règlement décrit les circonstances permettant au consommateur de bénéficier de l'application de la loi de son pays de résidence habituelle. Ainsi, il faut « *que le contrat ait été conclu avec un professionnel qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre de la résidence habituelle du consommateur ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs pays dont cet Etat membre, et que le contrat rentre dans le cadre de ces activités (...)* »

Ce faisant, il emprunte la formule de l'article 15 du règlement « Bruxelles I » qui concerne la détermination de la compétence juridictionnelle.¹⁵⁵⁷ Si les conditions de l'article 15 sont réunies, le consommateur peut intenter son action, au choix, soit devant le tribunal de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié son cocontractant, soit devant le tribunal du lieu où il a son domicile (*forum actoris*). A l'instar de l'article 15 du règlement¹⁵⁵⁸, on a vu que

¹⁵⁵⁶ C'est désormais l'article 15 du règlement de « Bruxelles I » qui pose la règle de compétence spéciale visant à protéger les consommateurs.

¹⁵⁵⁷ Ce texte décrit notamment différentes situations dans lesquelles le consommateur pourra bénéficier des règles protectrices du consommateur prévues par le règlement. L'une d'elle (paragraphe 1, c) concerne tous les types de contrats passés par un consommateur « *pour un usage considéré comme étranger à son activité professionnelle* », dès lors que la situation en cause répond aux deux conditions suivantes : il faut que l'entreprise ait dirigé ses activités vers l'Etat membre du domicile du consommateur (pas nécessairement exclusivement) et qu'un contrat ait effectivement été conclu dans le cadre de ces activités ; est toutefois prévue une exception en ce qui concerne les contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement (V. règlement « Bruxelles I », article 15, paragraphe 3.) Le groupe européen de droit international privé suggère de supprimer cette exclusion, notamment en vue d'aligner la compétence juridictionnelle sur la compétence législative. V. proposition préc. note 1548, spéc. p. 933, n° 16.

¹⁵⁵⁸ Le bénéfice de la protection est étendu à une plus vaste catégorie de consommateurs que sous l'empire de la convention de Bruxelles, puisque la restriction apparaissant dans la première des circonstances décrites dans l'article 5.2 de la convention de Rome (et qui figurait à l'article 13 de la convention de Bruxelles) est supprimée dans le règlement « Bruxelles I ».

l'article 5 de la proposition étendait largement le domaine de la protection offerte actuellement aux consommateurs par l'article 5 de la convention de Rome. Cette extension est réalisée notamment par la substitution d'un critère (celui de la « direction d'activités ») reposant dans une moindre mesure que l'ancien texte sur des repères localisateurs. Le rapprochement entre l'article 5 de la proposition de règlement avec l'article 15 du règlement « Bruxelles I » permet de se référer aux travaux préparatoires et autres documents ayant contribué à éclairer le concept de l' « activité dirigée vers » dans le contexte de ce règlement. Pour autant, est-il réellement pertinent ? Une tentative de clarification du concept (1) permettra d'en porter une appréciation (2).

1. Présentation du critère de l' « activité dirigée vers ».

643. Lors du débat institutionnel précédant l'adoption du règlement « Bruxelles I », la Commission a retenu une interprétation particulièrement favorable au consommateur du concept de « direction » de ses activités par le professionnel. En effet, lors de l'exposé des motifs de la proposition concernant le règlement « Bruxelles I », elle a affirmé que celui-ci avait pour objectif de protéger le consommateur à l'occasion de tout achat effectué *via* un site Internet accessible dans l'Etat membre de son domicile. On en déduit qu'un professionnel qui a un tel site Internet dirige ses activités vers cet Etat.¹⁵⁵⁹ Par comparaison, le seul fait, pour un consommateur, d'avoir pris connaissance, par exemple, d'un service en se connectant à un site Internet accessible sur le territoire de l'Etat où il a son domicile ne suffirait pas à le faire bénéficier des règles protectrices envisagées.¹⁵⁶⁰

Ce critère tiré de la « direction d'activité vers » a notamment inquiété les partisans d'un allègement de toutes sortes de contraintes pesant sur les entrepreneurs exerçant leur activité sur le réseau, liées notamment à l'objectif de protection des consommateurs.¹⁵⁶¹ Et le Parlement européen a, par la suite, proposé un amendement en vue de préciser, en réduisant la portée, le critère d' « activité dirigée ». Cet amendement visait à le cantonner aux hypothèses où l'entreprise a « *intentionnellement dirigé son activité, de façon*

¹⁵⁵⁹ V. le 13^{ème} considérant de la proposition de règlement du Conseil (concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (1999) 348 final) présentée par la Commission européenne le 14 juillet 1999 duquel il ressort que le site Internet purement passif est concerné puisqu'il prévoit que « *la commercialisation dans un Etat membre de biens ou de services par un moyen électronique accessible dans un Etat membre constitue une activité dirigée vers cet Etat.* » Cependant, le commentaire des articles figurant en tête de la proposition indique que « *ce concept d'activité dans ou dirigée vers l'Etat du domicile du consommateur a pour objet de rendre clair que le texte s'applique au contrat de consommation passé par un site Internet interactif accessible dans l'Etat du domicile du consommateur, mais non pas au site Internet passif* ». Le considérant n° 13 a cependant été supprimé au cours des débats.

¹⁵⁶⁰ JOCE 1999, E 376, v. art. 15.

¹⁵⁶¹ En raison des nombreux débats suscités par la proposition de règlement « Bruxelles I », concernant en particulier la rédaction de l'article 15 (ancien article 13), la Commission a organisé, en novembre 1999, une audition publique à Bruxelles en vue de recueillir les opinions s'opposant à ce texte.

substantielle »¹⁵⁶² vers le pays de résidence du consommateur. Il précisait pas ailleurs que « pour déterminer si un opérateur a dirigé ses activités de cette manière, les tribunaux prennent en considération l'ensemble des circonstances de l'affaire (...) »¹⁵⁶³ Mais le Conseil n'ayant pas suivi, la prise en compte de l'intention de l'opérateur en vue de déterminer vers quel(s) pays il dirige ses activités n'est pas tranchée.

644. Même si la formule de l'« activité dirigée vers » ne l'exprime pas expressément, l'appréciation du comportement du professionnel nous paraît devoir être décisive aux fins de considérer si oui ou non il dirige ses activités sur le territoire de l'Etat membre du consommateur et, partant, de déterminer quels consommateurs méritent d'être protégés dans le cadre de l'article 15.1 c). On pourrait estimer que le concept d'« activité dirigée vers » implique une démarche active de l'opérateur sur le réseau en vue de s'adresser tout particulièrement à un groupe de clients déterminé.¹⁵⁶⁴

Ainsi, un site rédigé en termes généraux et accessible à tous à travers le monde ne caractériserait pas une « activité dirigée vers » une zone territoriale déterminée. En revanche, tel serait le cas d'un site s'adressant manifestement à une clientèle déterminée (notamment en raison de la monnaie prévue pour les règlements, de l'utilisation d'une langue locale peu répandue).

Les précisions apportées ultérieurement par la Commission et le Conseil au critère de l'« activité dirigée vers », dans une déclaration commune sur l'article 15 du règlement « Bruxelles I »¹⁵⁶⁵ concernant les modalités d'appréciation du comportement du professionnel dans le contexte d'Internet, témoignent du reste d'une volonté de leur part de prendre en compte le comportement des professionnels. Ils y ont en effet précisé que pour que ce texte soit applicable, il ne suffisait pas qu'un site Internet soit accessible au consommateur, mais il fallait que ce site invite à la conclusion d'un contrat et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance.¹⁵⁶⁶ Par exemple, un site invitant à l'envoi d'une commande par fax vise à conclure des contrats à distance ; l'hypothèse relève alors de l'article 15. En revanche, tel n'est pas le cas du site qui, tout en s'adressant aux consommateurs du monde entier dans

¹⁵⁶² Avis du Parlement européen du 21 septembre 2000, PE-R5 0401/2000, amendement n° 37.

¹⁵⁶³ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁴ V. en ce sens not. M. FALLON et J. MEEUSEN, art. préc., note 1555, spéc. p. 463, n° 23.

¹⁵⁶⁵ Site www.europa.eu.int/comm/justice-home/unit/civil/justciv-Conseil/justciv-fr.pdf.

¹⁵⁶⁶ Il est précisé par ailleurs que la langue ou la monnaie utilisée sur le site en question ne permet pas de se prononcer sur la mise en œuvre ou non de l'article 15. *Contra*, V. la position de la DGCCRF pour qui un commerçant dont le site est hébergé dans un autre pays de l'Union européenne mais dont les offres sont rédigées en français dirige son activité vers la France, même s'il ne démarche pas expressément un consommateur français.

l'intention de fournir des informations sur un produit, les aiguille ensuite vers un distributeur local pour la conclusion du contrat.

Un auteur a par ailleurs fait le parallèle entre le concept de « vente active » utilisé par la Commission dans ses « lignes directrices » destinées à faciliter la mise en œuvre du règlement du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales¹⁵⁶⁷ et le concept d'« activité dirigée vers ». Ainsi, « *il serait possible de considérer que ce qui est considéré comme politique de « vente active » correspondrait à la notion « d'activité dirigée vers... »*¹⁵⁶⁸

2. Appréciation critique.

645. Le critère utilisé par le législateur communautaire en vue de déterminer, dans les contrats électroniques, quels consommateurs devaient bénéficier de la protection de l'article 15, est loin de susciter l'adhésion de la doctrine. Et la tentation habituelle consistant à vouloir aligner la compétence législative sur la compétence juridictionnelle est impuissante à infirmer ce constat.

En effet, certains auteurs¹⁵⁶⁹ doutent de l'opportunité de l'objectif consistant à aligner la compétence législative sur la compétence juridictionnelle. Ils font valoir notamment que les enjeux pour les consommateurs ne sont pas les mêmes dans les deux cas. En effet, la convention de Rome comporte des « garde-fou » permettant d'assurer la protection des consommateurs, laquelle serait d'ailleurs davantage nécessaire dans le domaine du conflit de juridictions que dans celui du conflit de lois. Par ailleurs, contrairement au règlement, la convention de Rome a une portée universelle (selon son article 2). Il en résulte que si la mise en œuvre d'un critère favorable aux consommateurs tel que celui retenu dans le règlement est acceptable pour le professionnel dans le domaine du conflit de juridictions (s'il est assigné par un consommateur, il le sera nécessairement dans l'espace européen couvert par le règlement), en revanche, elle l'est moins en ce qui concerne le conflit de lois (le professionnel risque alors de se trouver soumis aux législations en vigueur dans le monde entier).

De leur côté, les partisans de la loi du pays d'origine ont critiqué la solution figurant à l'article 15.1 lettre c) du règlement « Bruxelles I » notamment parce qu'elle conduirait à désavantager les professionnels sans pour autant profiter aux consommateurs et, plus généralement, serait incompatible avec les exigences du marché intérieur.¹⁵⁷⁰ Il n'est pas besoin d'adhérer aux

¹⁵⁶⁷ JOCE n° C 291 du 13 octobre 2000, p. 1.

¹⁵⁶⁸ H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3^{ème} éd. 2002, LGDJ, Droit des affaires, p. 230, note 59.

¹⁵⁶⁹ V. not. M. FALLON et J. MEEUSEN, art. préc. note 1555, spéc. p. 464/465, n° 24.

¹⁵⁷⁰ V. not. A. PALACIO-VALLELERSUNDI, « Le commerce électronique, le juge, le consommateur et le Marché intérieur : nouvelle équation pour le droit communautaire », *RDUE* 2001, p. 5-26, spéc. p. 12 ; B. SOUSI-ROUBI, « L'adaptation du droit bancaire et financier européen aux nouvelles technologies », *Rev. jurisp.*

fondements de cette critique pour rejeter quand même l'idée consistant à transposer la solution de l'article 15.1 lettre c). C'est en effet son imprécision qui nous conduit à penser qu'il risque de s'avérer plus encombrant que véritablement efficace en vue de départager les consommateurs méritant d'être protégés et ceux qui ont moins besoin de protection.

Dans le cadre du reformatage de la convention de Rome, on peut donc se demander s'il est vraiment pertinent de s'inspirer de l'analyse qui précède pour préciser les circonstances dans lesquelles le consommateur doit pouvoir bénéficier d'une protection par l'application des dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle, comme le suggère pourtant le Livre vert.¹⁵⁷¹ En effet, le critère de l'« activité dirigée vers » semble ne pas être d'une grande utilité, à moins d'être élucidé, ce que tend précisément à faire un auteur qui assigne une fonction particulière à ce qu'il nomme la méthode de la « focalisation ».

B. L'apport de la méthode de la « focalisation ».

646. Soulignant l'inadaptation, dans le contexte d'Internet, de la méthode de la localisation, qui repose sur une analyse objective d'indices plus ou moins significatifs d'ordre géographique, M. CACHARD¹⁵⁷² propose d'y substituer celle de la « focalisation » qui repose sur l'intention de l'opérateur du site. C'est lui qui doit déterminer quels Etats il entend viser. L'auteur puise notamment son inspiration de la pratique suivie en matière d'offres de services ou de produits financiers où les autorités de régulation des marchés incitent les opérateurs à indiquer clairement sur leur site à quelles zones géographiques ils entendent s'adresser. Il voit l'une des premières applications de la « focalisation » dans l'article 15 du règlement « Bruxelles I ».

com. janv. 2001 (n° spécial reproduisant les actes du colloque organisé à Deauville les 27 et 28 juin 2000 par l'association Droit et Commerce), p. 77, spéc. p. 87 et s. En résumé, selon cette dernière opinion, la perspective, pour les prestataires de services *via* Internet, de pouvoir être attirés dans chacun des pays où leur site est accessible (autant dire l'ensemble des Etats membres et non le monde entier, comme l'écrit l'auteur) constituerait un obstacle considérable à l'exercice de leur activité au sein de l'Union. Pour y échapper, une solution consiste à indiquer clairement sur le site en question qu'ils ne s'adressent pas à tel ou tel pays. Mais alors, les consommateurs se voient privés des avantages liés à un marché intérieur, de même que les prestataires se voient privés d'une clientèle potentielle. Ce dernier constat est inexact et doit donc être corrigé. Si, effectivement, un prestataire insère une précision selon laquelle il ne s'adresse pas à telle clientèle potentielle résidant dans un pays déterminé, il échappera seulement à l'empire de l'article 15 qui, on l'a vu, est favorable aux consommateurs. Pour autant, rien n'empêche ces derniers de contracter avec le prestataire en question. Simplet, la précision aura pour effet de les empêcher de se prévaloir de l'article 15 et ils seront alors considérés comme des consommateurs actifs. Il est donc très exagéré de présenter ce texte comme un obstacle insurmontable dans la réalisation d'un marché intérieur.

¹⁵⁷¹ V. à ce sujet la proposition du Livre vert, point 3.2.7.3, vi.

¹⁵⁷² *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2002, tome 365. Sur le concept de focalisation en général, V. p. 65 et s., n° 107 et s. ; sur sa mise en œuvre dans le cadre de l'interférence des lois de police sur les contrats conclus par Internet, V. p. 193 et s., n° 294 et s. ; sur sa mise en œuvre dans le contexte de l'article 15.1, litt. c) du règlement « Bruxelles I », V. p. 399 et s., n° 657 et s.

Partant de là, la contribution de l'auteur à l'adaptation des règles de droit international privé dans le domaine de l'ordre public aux contrats électroniques est double. D'une part, il préconise une extension de cette pratique à laquelle il assigne une fonction spécifique qui semble particulièrement bien adaptée à la question de l'impérativité dans les contrats conclus par Internet (1). D'autre part, dans la mesure où cette méthode appelle à une précision, de la part des opérateurs, des Etats vers lesquels ils souhaitent diriger leur(s) activité(s), elle conduit l'auteur à envisager, concrètement, quels procédés pourraient être utilisés à cette fin. Dans cette mesure, elle contribue à éclairer la mise en œuvre du concept d'« activité dirigée vers » (2).

1. Présentation de la fonction de la focalisation.

647. Appliquée aux conflits de lois, la focalisation permet de sélectionner de façon appropriée, dans le contexte d'Internet, les lois de police¹⁵⁷³ devant interférer sur la relation contractuelle. En effet, les critères territoriaux de délimitation du champ d'application des lois de police actuels ne seraient pas, selon l'auteur, adaptés à l'ubiquité et à la dématérialisation caractérisant Internet. En particulier, si des lois de police appartenant à différents Etats revendiquent leur application à une même situation juridique, il en résulte un cumul potentiel de lois de police. Il propose dès lors de se référer, plutôt qu'à la localisation du contrat, à la focalisation des activités de l'opérateur, cette méthode étant, selon l'auteur, mieux adaptée à la dématérialisation des activités électroniques.

Dans le cadre de la sélection des lois de police applicables à un contrat passé par Internet, la focalisation a d'abord un effet négatif en ce qu'elle permet d'écarter les lois de police n'entretenant pas de liens suffisants avec le contrat. Ensuite, l'effet positif de la focalisation permet, en prenant en compte l'attente légitime des parties, de sélectionner les lois de police étrangères applicables, dès lors que leurs critères de mise en œuvre seront satisfaits. La focalisation est présentée par l'auteur comme une méthode d'interprétation du champ d'application des règles impératives locales.¹⁵⁷⁴ Transposée à l'article 5 de la convention de Rome, elle le conduit à considérer que « *(l)'activité ou l'initiative du vendeur témoigne en réalité de ses intentions et de sa volonté de diriger son activité vers un territoire déterminé.* »¹⁵⁷⁵

¹⁵⁷³ Selon la terminologie employée par l'auteur, à laquelle nous n'adhérons pas, les lois de police recouvrent aussi bien les règles incarnant un ordre public de direction qu'un ordre public de protection. C'est à ce dernier titre que la focalisation nous intéresse ici. La méthode préconisée par l'auteur est la même dans les deux cas de figure, sauf à prendre en compte, au stade de l'analyse de l'attente légitime des parties impliquée par la méthode, la différence entre les relations *B to C* et *B to B*.

¹⁵⁷⁴ Thèse préc. note 1572, spéc. p. 67/68, n° 111.

¹⁵⁷⁵ *Op. cit.*, p. 198, n° 303.

Hormis l'utilité de la fonction assignée par M. CACHARD à la focalisation, la généralisation que l'auteur en propose le conduit à éclairer le concept de l'« activité dirigée vers » figurant dans le règlement « Bruxelles I » et dans la proposition de règlement « Rome I », dont on a souligné le manque de précision.

2. L'apport de la théorie sur la mise en œuvre du concept d'« activité dirigée vers ».

648. Concrètement, la mise en œuvre de la méthode de la focalisation conduit l'auteur à préconiser une clarification, par les opérateurs, des territoires vers lesquels ils entendent « focaliser » leurs activités, étant précisé qu'un nom de domaine ne permet pas de déterminer ce lieu car il ne correspond pas toujours au véritable lieu d'établissement du prestataire.¹⁵⁷⁶ Ainsi, une adresse qui finirait par exemple par « .fr » ou « .nl » ne permet pas de garantir que le prestataire est établi respectivement en France ou aux Pays-Bas. De même, lorsque, comme cela risque d'être souvent le cas, l'adresse du site se termine par « .com », aucune déduction ne peut en être tirée quant au lieu d'établissement du prestataire.

C'est pourquoi l'on ne peut qu'approuver la directive « commerce électronique » en ce qu'elle contraint les Etats membres à veiller à ce que le prestataire de services de la société de l'information rende au moins son nom et son adresse géographique facilement accessibles, directement et de façon permanente, aux destinataires du service et aux autorités compétentes¹⁵⁷⁷. Mais il s'agit d'une règle matérielle et il faut en déterminer le domaine d'application dans l'espace.

Une technique simple permettant de déterminer quel(s) groupe(s) de clients les prestataires entendent cibler consiste, pour ces derniers, à préciser sur leurs pages Web les territoires visés par leurs offres.¹⁵⁷⁸ Ils peuvent également préciser les territoires auxquels ils ne souhaitent pas s'adresser.¹⁵⁷⁹ Et les organismes certificateurs peuvent participer à la mise en place, par les

¹⁵⁷⁶ En ce sens, V. not. TGI Paris, 20 novembre 2000, *LICRA & UEJF c/ Yahoo ! Inc. et Yahoo ! France*, disponible sur Internet à l'adresse <URL : <http://www.legalis.net>>. Le tribunal estime qu'« il n'y a pas de règle de correspondance entre le pays figurant dans le nom de domaine et l'adresse numérique IP. (...) Dès lors, l'extension du nom de domaine ne permet pas de déterminer à quel réseau appartient l'adresse IP numérique. »

¹⁵⁷⁷ Art. 5, paragraphe 1^{er}, a) et b).

¹⁵⁷⁸ Par ex., V. le site de Cortal : <URL : <http://www.e-cortal.com>> qui précise que l'offre de service de courtage qu'il propose est destinée aux marchés français, allemand, italien, espagnol et anglais, à l'exclusion de tout autre marché. Sur la possibilité d'établir des mesures de filtrage pour empêcher les internautes d'accéder à un site sur le réseau en fonction de la localisation de leur point d'accès, V. les extraits du rapport des experts commis dans l'affaire Yahoo !, TGI Paris, 20 novembre 2000, *LICRA & UEJF c/ Yahoo ! Inc. et Yahoo ! France* préc. Cependant, de tels procédés ne semblent guère utilisés en pratique.

¹⁵⁷⁹ Par exemple, V. le site de l'Union de Banques Suisses : <URL : <http://www.ubs.ch/f/disclaimer.html>> précise que « Le site Web de l'UBS n'est pas destiné aux personnes relevant de juridictions dans lesquelles en raison de la nationalité des personnes, de leur lieu de résidence ou pour toute autre raison, la diffusion ou l'accès à ce site est interdit. Les personnes soumises à de telles restrictions ne doivent pas accéder au site Web de l'UBS. »

opérateurs, d'un filtrage de l'accès à leur site Web. Ceux-ci peuvent alors s'adresser à une clientèle ciblée, établie dans les Etats convoités.¹⁵⁸⁰

Dans le domaine des produits et services financiers, où la méthode de l'orientation de l'activité des opérateurs a connu sa première consécration, différents indices sont énumérés par la COB dans une liste non exhaustive en vue de préciser le domaine d'application spatial de la loi de modernisation des activités financières. Ainsi, en vue de déterminer le public visé, il faut avoir égard, selon elle, à « *l'information disponible, la langue, le plan ou l'arborescence du site, les liens établis à l'initiative de la société entre son site et les autres sites ou les conditions d'acceptation des ordres en provenance des résidents des pays considérés.* »¹⁵⁸¹

Dans la méthode préconisée par l'auteur, reposant sur l'attente légitime des parties, la connaissance de l'information par les parties joue logiquement un rôle fondamental. Dès lors, on comprend que le consommateur qui aurait menti sur sa situation ne mérite pas de protection particulière. C'est mettre en évidence l'importance du critère de la connaissance, par le professionnel, de la qualité de son cocontractant en vue de déterminer les situations dans lesquelles un consommateur mérite ou non une certaine protection. Ce critère peut même être envisagé indépendamment de celui tiré de l'« activité dirigée vers ».

C. La condition relative à la connaissance de la qualité du cocontractant.

649. La proposition du Groupe européen comporte indéniablement des éléments intéressants permettant d'adapter l'article 5 aux contrats conclus par Internet. A cette fin, elle tend à limiter l'importance de la localisation d'un acte ou d'un fait entourant la formation du contrat. Elle ne reprend pas, cependant, le critère de la « direction d'activités vers ». En revanche, un élément « intellectuel », reposant sur le critère de la connaissance, par le professionnel, de la qualité de son cocontractant, y fait son apparition. Il joue un rôle décisif puisque, dans la proposition, il conditionne à lui seul la mise en œuvre de la protection du consommateur, sans qu'il soit requis que le professionnel dirige ses activités vers le territoire sur lequel celui-ci est établi.

¹⁵⁸⁰ Sur les contrats de certification, V. not. S. PARISIEN et P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowansville, 1996, (cité par O. CACHARD, thèse préc., p. 279, note 31) ; C. ROJINSKY, « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D.* 2001, *chron.*, p. 845.

¹⁵⁸¹ V. la recommandation de la COB n° 99-02 relative à la promotion ou à la vente de produits de placement collectif ou de services de gestion sous mandat *via* Internet, *Bull. COB* juill./août 1999, p. 35. Sur cette recommandation, V. M. STORCK, *RTDcom*. 1999, p. 907.

Les auteurs de l'article 5.2 se sont apparemment partiellement inspirés de la proposition du groupe européen de droit international privé¹⁵⁸². Ce texte permet en effet au consommateur de bénéficier, dans les conditions que l'on vient de voir, de la loi en vigueur dans son pays de résidence habituelle, mais il précise : « (...) à moins que le professionnel n'ignorait le lieu de la résidence habituelle du consommateur et que cette ignorance n'était pas imputable à une imprudence de sa part. »

Cependant, la formule retenue par le Groupe est préférable en ce qu'elle laisse clairement transparaître sur qui pèse la charge de la preuve de l'ignorance de la qualité du cocontractant. Par ailleurs, elle met davantage en évidence l'importance du comportement du consommateur (qui « cache » son lieu de résidence à son cocontractant) conduisant à le priver de l'application de la loi de sa résidence habituelle. De son côté, l'expression employée dans la proposition de règlement est plus souple en ce qu'elle évoque l'imprudence du professionnel dans l'ignorance de la situation de son cocontractant. Cependant, cette légère différence de rédaction ne semble pas porter à conséquences.

Dans la proposition de règlement, le critère de la connaissance, par le professionnel, de la qualité de son cocontractant joue un rôle nettement moindre que dans la proposition du Groupe européen puisqu'il vient s'adjoindre au critère de l'« activité dirigée vers ». Il est analysé comme une clause de sauvegarde au profit du professionnel¹⁵⁸³.

En raison des incertitudes entourant le concept de l'activité dirigée vers, on peut se demander s'il n'aurait pas été opportun, à l'instar de la proposition du Groupe européen, d'ériger le critère de la connaissance de la qualité de son cocontractant par le professionnel en critère décisif permettant de protéger le consommateur. On est dès lors conduit à en vérifier la pertinence.

650. Le critère de la connaissance de la qualité du cocontractant n'est pas absent de l'esprit de l'actuel article 5 de la convention de Rome. En effet, les auteurs de ce texte ont cherché à parvenir à un compromis entre le souci de protéger le consommateur et celui d'assurer la prévisibilité de la loi applicable, qui revêt une importance toute particulière pour le professionnel. Pour atteindre cet équilibre, ils ont eu recours à la distinction entre le consommateur passif et le consommateur actif, qui trouve notamment son fondement dans le principe de prévisibilité. L'idée sous-jacente y est, en effet, que le consommateur passif ayant

¹⁵⁸² Selon la proposition du GEDIP, le consommateur est protégé dans les conditions énumérées dans le texte, par l'application des dispositions impératives protectrices qui sont en vigueur dans le pays où il réside habituellement, « à moins que le fournisseur établisse qu'il ignorait le pays de cette résidence du fait du consommateur » (article 5.2).

¹⁵⁸³ V. l'exposé des motifs, 4.2, art. 5.

été sollicité chez lui, le professionnel est censé connaître son lieu de résidence, et donc il peut raisonnablement s'attendre à l'application du droit de ce pays.

Cette idée de prévisibilité transparait également à la lecture du rapport Giuliano-Lagarde¹⁵⁸⁴ qui précise que le contrat passé entre un consommateur et un professionnel alors que ce dernier ignorait cette qualité de consommateur et n'était pas supposé la connaître ne relève pas de l'article 5 de la convention de Rome.

651. La proposition du Groupe se situe dans cette perspective et accentue nettement la place du critère de la connaissance de la qualité de son cocontractant par le professionnel, ce qui conduit à placer le débat sur un terrain plus « intellectuel », par opposition aux anciens critères d'ordre matériel. Ainsi, il faudrait s'attacher à vérifier la connaissance qu'a (ou n'a pas) eu le professionnel de la résidence de son consommateur. Et comme une telle preuve paraît *a priori* délicate à rapporter pour le consommateur, il est normal que la charge de la preuve de l'ignorance de la situation du consommateur du fait de ce dernier incombe au professionnel. Ainsi, il ressort de l'exposé des motifs de la proposition de règlement que cette exigence de connaissance, par le professionnel, de la qualité de son cocontractant, permet de le protéger « *par exemple lorsque celui-ci a accepté de contracter avec un consommateur qui a menti sur le lieu de sa résidence habituelle ; pour un contrat conclu via Internet, il appartient au professionnel de s'assurer que son formulaire standard lui permet d'identifier le lieu de résidence du consommateur* »¹⁵⁸⁵. Il devra donc, le cas échéant, prouver que le consommateur ne l'a pas informé de son lieu exact de résidence, alors qu'il l'a mis en mesure de le faire. Le système est juste puisque le professionnel est mieux placé que le consommateur pour collecter les informations jugées utiles concernant sa situation, notamment en lui faisant remplir un formulaire en ligne. De son côté, le consommateur n'aura souvent pas conscience de conclure un contrat international. Et il ne semble pas injuste de priver de protection le consommateur qui a menti sur ce lieu. Car en indiquant au professionnel un lieu erroné, celui-ci porte atteinte à ses attentes légitimes et à la sécurité juridique.

652. La solution du Groupe européen en particulier, en accordant une place décisive au critère de la connaissance de la qualité de son cocontractant par le professionnel dans le mécanisme visant à assurer la protection du consommateur, marque une résurgence de la théorie de l'apparence. Celle-ci a connu au moins une illustration bien connue dans la jurisprudence de

¹⁵⁸⁴ « Rapport concernant la convention de Rome sur la loi applicable aux relations contractuelles », *JOCE* n° C 282, 1980, V. art. 5, 2°. Cette solution est toutefois contestée car elle ne ressort pas de la lettre du texte : V. not. J. NORMAND et E. BALATE, « Relations transfrontalières et consommation : quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s) ? », *CDE* 1990, p. 311.

¹⁵⁸⁵ V. l'exposé des motifs du règlement « Rome I », point 4.2, v. article 5. V. aussi la proposition du GEDIP préc. note 1548, spéc. p. 932, n° 13.

droit international privé.¹⁵⁸⁶ Elle est reprise notamment à l'article 11 de la convention de Rome en matière de capacité.¹⁵⁸⁷ Elle trouve sa justification dans le souci d'assurer la sécurité des transactions. Selon cette théorie, une personne qui conclut un contrat à l'étranger alors qu'elle n'est pas capable juridiquement selon la loi en vigueur dans son pays, mais qu'elle l'est selon la loi étrangère, ne peut invoquer cette incapacité pour se soustraire à ses obligations qui découlent du contrat, à moins que son cocontractant ait eu connaissance de cette incapacité ou qu'elle ait été ignorée en raison de son imprudence. Si historiquement, cette théorie a plutôt servi les intérêts des professionnels, son utilisation en vue de déterminer la loi applicable aux contrats conclus par Internet contribue à atteindre un équilibre entre les intérêts respectifs des professionnels et des consommateurs. Elle trouve en tout cas bien sa place dans le contexte d'Internet.

653. En effet, en matière de contrats conclus en ligne, il semble opportun de fonder la protection du consommateur sur la connaissance qu'avait son cocontractant professionnel de cette qualité ainsi que du pays de résidence habituelle du consommateur, dans la mesure où, lors de la conclusion du contrat, il est *a priori* impossible de déterminer le lieu où est établie une personne qui se connecte sur un site Internet. Cette théorie nous semble donc particulièrement bien trouver sa place dans la matière qui nous intéresse, en ce qu'elle contribue à assurer un équilibre entre le souci de protéger le consommateur et celui de respecter la prévisibilité de la loi applicable au professionnel et, plus généralement, de ne pas préjudicier au commerce.

Il nous semble même qu'à lui seul, le critère de la connaissance de la qualité du cocontractant aurait pu être érigé en critère décisif de la mise en œuvre de la protection du consommateur. En effet, dans la proposition de règlement, le concept qui joue le rôle essentiel, à savoir l'exercice ou la direction des activités du professionnel sur le territoire de l'Etat de résidence habituelle du consommateur, n'est pas très précis. Or il conditionne la mise en œuvre du mécanisme protecteur. Il est donc à craindre qu'il nourrisse, du moins dans un premier temps, un certain contentieux. La proposition du Groupe européen était, de ce point de vue, plus simple et donc, préférable.

¹⁵⁸⁶ V. le célèbre arrêt *Lizardi*, Cass., Ch. req., 16 janvier 1861, *D.P.* 1861, 1, p. 193 ; *S.* 1861, 1, p. 305, note MASSE ; *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (B. ANCEL et Y. LEQUETTE), Dalloz, 4^{ème} éd. 2001, n° 5.

¹⁵⁸⁷ Ce texte, intitulé « Incapacité », prévoit que « *Dans un contrat conclu entre personne se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant d'une autre loi que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part.* »

L'abandon du critère de la « direction des activités vers » impliquerait en revanche que soit posée une autre limite à la protection des consommateurs. Celles prévues dans la proposition du Groupe nous semblent globalement satisfaisantes. Notre préférence va donc pour cette dernière solution.

654. CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE – Si le droit communautaire paraît bien placé pour tracer les contours d'une impérativité au plan substantiel, le manque de curiosité dont il a longtemps fait preuve à l'égard du droit international privé empêche de dresser le même constat en ce qui concerne l'élaboration de règles de droit international privé. C'est pourquoi les méthodes de ce dernier doivent être exploitées en vue de créer des règles de conflit prenant en compte les exigences exprimées par le droit communautaire substantiel.

655. Pour l'instant, le droit communautaire, en atteste l'arrêt *Ingmar*, semble ne pas exploiter la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction lorsqu'il entend définir le domaine d'application spatial de certaines normes communautaires. Il a en effet du mal à se départir de l'unilatéralisme du droit primaire, ce qui dénote un manque de maîtrise des techniques du droit international privé. Pourtant, la jurisprudence en matière d'entraves aux échanges témoigne de la réceptivité du droit communautaire à l'égard de cette distinction. Elle apparaît en filigrane lors de la mise en œuvre des tests en la matière dans le contexte du détachement des travailleurs au sein de l'Union ainsi que dans la directive « détachement ».

656. Mais il semble que le dialogue entre les deux matières se soit amorcé, ce qui pourrait se concrétiser, dans le cadre des compétences attribuées au droit communautaire en droit international privé par le traité d'Amsterdam, par des solutions alliant les méthodes du droit international privé aux exigences du droit communautaire matériel. La perspective d'un reformatage de la convention de Rome en instrument communautaire offre alors l'occasion de modifier les règles actuellement en vigueur en vue de tenir compte des changements de perspective qu'implique la création d'une structure telle que l'Union européenne. En particulier, une exploitation accrue du concept de disposition impérative protectrice permettrait de tirer le maximum de profits du rapprochement des législations nationales opéré par le législateur communautaire.

C'est ainsi que l'extension, qui semble acquise, du domaine de l'actuel article 5 de la convention de Rome présente de nombreux intérêts. Elle permettra en effet de clarifier la détermination de la loi applicable aux rapports internationaux de consommation et de cantonner le domaine des lois de police. Ce faisant, elle contribuera à accroître la sécurité juridique. De ce point de vue, elle présente un intérêt évident pour les professionnels. On a vu,

en effet, la difficulté soulevée par le pullulement de règles spéciales insérées dans des directives visant à assurer la protection des consommateurs. Il a notamment abouti à un éclatement de la règle de conflit, favorisant ainsi le dépeçage qui - du moins lorsqu'il dépasse une certaine mesure -, présente des inconvénients en termes de sécurité juridique.

Ensuite, elle renforce la protection des consommateurs. On a vu, en effet, les conséquences néfastes en termes de protection des consommateurs auxquelles le caractère trop rigide du domaine de l'actuel article 5 pouvait mener. Le cas emblématique des mésaventures des touristes allemands est là pour en témoigner. Sur le plan théorique, la difficile question de la combinaison entre les actuels articles 5 et 7 de la convention trouve sa réponse logique dans l'extension du premier.

De même, l'adaptation de l'actuel article 5 aux contrats conclus en ligne appelle certainement une telle extension. De fait, l'article 5 de la proposition de règlement témoigne d'un changement radical d'approche de la problématique de la détermination de la loi applicable aux contrats de consommation puisque ce sont les critères de l'établissement du professionnel et de la direction des activités du professionnel qui conditionnent la mise en œuvre de la protection offerte par le texte. Or une telle approche aboutit à étendre considérablement le domaine de la protection du consommateur.

On voit donc qu'il est possible de concevoir un enrichissement mutuel du droit communautaire et du droit international privé afin de parvenir à une clarification des règles gouvernant l'ordre public en droit international privé européen des contrats.

CONCLUSION GÉNÉRALE

657. La rencontre entre droit communautaire et droit international privé retient actuellement toute l'attention de la doctrine internationaliste. Certains croient y discerner en quelque sorte l'inauguration d'une ère nouvelle pour le droit international privé, en ce sens que cette rencontre déboucherait sur une modification profonde des méthodes et du contenu des règles de conflit. Pour notre part, dans l'ensemble, par-delà leur complexité, les rapports entre droit international privé des contrats et les concepts d'ordre public et d'impérativité en droit communautaire nous ont paru mettre en évidence les perspectives d'un enrichissement mutuel entre les deux matières. Pour le montrer, il fallait donc dans un premier temps relativiser la thèse de la spécificité du droit international privé communautaire, tant au regard du contenu que des méthodes.

658. C'est ainsi que l'étude a conduit à s'interroger sur la place respective des méthodes unilatérale et bilatérale dans le contexte communautaire ainsi qu'à préciser les rapports entre l'unilatéralisme et les lois de police. Il nous a semblé que la méthode unilatérale empruntée par le droit communautaire en vue de déterminer la sphère d'application spatiale du droit primaire ne se confondait pas avec la méthode des lois de police. Cette démarche unilatérale, qui est l'expression de la mise en œuvre de l'effet utile du droit communautaire, exprime une spécificité de la structure communautaire. Elle ne concerne pas réellement le droit international privé et ne nous semble donc pas en mesure d'avoir un quelconque impact sur les méthodes du droit international privé touchant à l'ordre public.

La situation nous a semblé en revanche très différente en ce qui concerne le droit dérivé. Dans ce domaine, les spécificités liées à l'effet utile n'ont pas vocation à intervenir. Les interférences du droit communautaire sur les méthodes du droit international privé en matière d'ordre public ne sont donc pas *a priori* à exclure. Or il semblerait que le législateur communautaire ait tendance à privilégier le recours à la méthode unilatérale dans le processus de délimitation de la sphère d'application spatiale des normes qu'il édicte. Ce constat a conduit certains auteurs à préconiser une généralisation de la méthode unilatérale en droit international privé communautaire, en faisant fi notamment de la convention de Rome en voie de communautarisation.

Cependant, dès lors que l'on admet que les directives ont un effet normatif, la comparaison entre la situation du législateur communautaire et celle de tout législateur national devient possible. Du même coup, est écartée la thèse selon laquelle le droit communautaire appellerait

un bouleversement des méthodes du droit international privé, en renversant le rapport de principe à exception entre la méthode bilatérale et la méthode unilatérale, cette dernière devenant le principe, la première étant reléguée au rang d'exception.

Selon une approche toute différente, on a vu que le cadre communautaire pouvait légitimement conduire à vouloir attribuer une place privilégiée à la méthode bilatérale dans les relations intracommunautaires en vue de déterminer, parmi les différentes versions nationales de transposition d'une directive communautaire, laquelle avait vocation à régir une situation juridique contractuelle intracommunautaire. Un tel système n'est pas dénué d'inconvénients. Cependant, dans un esprit voisin, le droit des assurances montre comment les vertus des règles de conflit bilatérales pourraient être mises au service des objectifs communautaires.

659. En ce qui concerne le contenu du droit international privé communautaire, ont été mises en évidence certaines orientations possibles du droit international privé au contact du droit communautaire, sans que l'on puisse pour autant y voir des spécificités appelant l'élaboration de solutions nouvelles. Ainsi le droit communautaire pourrait encourager l'essor de la théorie des lois de police étrangère, ou encore imposer une retenue dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international, que ce soit au stade de la désignation de la loi applicable ou encore au stade de la reconnaissance des décisions.

Quant au principe de reconnaissance mutuelle dont la portée en droit privé est actuellement en débat, s'il est incontestable qu'il a fait une percée en ce domaine notamment dans la directive « commerce électronique » avant d'atteindre son point culminant dans la proposition initiale de directive sur les services dans le marché intérieur, il est aujourd'hui en net recul, en atteste la nouvelle version de cette dernière directive. Parallèlement à ce mouvement, des auteurs ont pu mettre en évidence l'utilité des règles de conflit en vue de gérer la diversité législative. C'est explorer alors la voie de la combinaison entre droit communautaire et droit international privé.

660. Le droit du travail puis le droit de la consommation ont servi à mettre en évidence une combinaison entre droit communautaire et droit international privé sur le terrain de l'ordre public. L'analyse de la jurisprudence communautaire en matière de détachement des travailleurs au sein de l'Union ainsi que de la directive qui se situe dans son prolongement a permis de clarifier la position du droit communautaire dans le domaine de l'ordre public en droit du travail transfrontière. Dans l'ensemble, il en ressort qu'il s'accommode difficilement des lois de police *stricto sensu*. En effet, à l'occasion de la mise en œuvre des tests en matière d'entraves, la Cour de justice adopte une approche finaliste qui la conduit à examiner

minutieusement les normes dont l'Etat membre du détachement entend imposer le respect. Ce n'est que si et dans la mesure où celles-ci assurent une protection supplémentaire au travailleur qu'elles pourront s'appliquer. On reconnaît à travers cette démarche celle qui soutient la méthode des dispositions impératives protectrices. L'expérience du droit communautaire en droit du travail a permis de mettre en évidence également l'originalité de son approche au regard des articles 6 et 7 de la convention de Rome. En effet, l'analyse de la directive « détachement » laisse apparaître une catégorie de normes concernant l'ordre public qui est irréductible aux catégories respectivement couvertes par les articles 6 et 7. Trois types de normes touchant à l'impérativité doivent donc désormais être distingués dans le contexte du détachement des travailleurs au sein de l'Union : les lois de police au sens de l'article 7 de la convention de Rome qui concernent une impérativité « dure » et envisagent les salariés sous l'angle collectif ; les dispositions impératives protectrices au sens de l'article 6 de cette convention qui envisagent le salarié sous l'angle individuel et qui relèvent du pays dans lequel le travailleur exécute habituellement son travail (ou du pays d'établissement de l'employeur); enfin, les dispositions impératives protectrices relevant des matières visées par l'article 3.1 de la directive et qui sont en vigueur dans le pays dans lequel le travailleur est détaché à titre temporaire. La complexité du schéma qui vient d'être décrit ne fait que transcrire, au plan des méthodes, la difficulté consistant à rechercher un équilibre entre différents impératifs partiellement imbriqués. En l'occurrence, il s'agit d'assurer l'effectivité des libertés communautaires tout en assainissant les conditions de concurrence au sein de l'Union. Ce dernier objectif rejoint pour l'occasion celui consistant à assurer une certaine protection au salarié.

Le droit de la consommation a, de son côté, laissé entrevoir quel pourrait être l'apport du droit communautaire en vue de perfectionner la méthode des dispositions impératives protectrices mise en œuvre dans l'article 5 de la convention de Rome. Si le droit communautaire a mis en évidence, à travers l'« épisode » des directives consuméristes, les limites de ce texte, la méthode elle-même n'est pas en cause. Au contraire, celle-ci semble particulièrement bien répondre aux exigences communautaires. Le législateur communautaire disposant désormais de compétences pour élaborer des instruments de droit international privé, il devient possible de procéder à une réécriture de l'article 5 en vue notamment d'en élargir le domaine. Un tel élargissement contribuerait à résorber celui des lois de police et remédierait aux conséquences néfastes constatées à travers l'« épisode » des directives consuméristes.

Malheureusement, force est de constater que la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles contient certaines solutions très critiquables, qui témoignent de

la tendance regrettable du droit communautaire à dévoyer les méthodes du droit international privé.

Pourtant, l'étude a montré qu'une combinaison fructueuse entre les deux matières était parfaitement envisageable. L'on ne peut dès lors qu'émettre le souhait que le droit communautaire, empruntant cette voie, apporte un certain nombre de modifications au texte actuel. Les enjeux sont de taille. Car nul doute que la communautarisation de la convention de Rome marquera une étape cruciale dans les rapports entre droit communautaire et droit international privé.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX

ANCEL (Bertrand) et LEQUETTE (Yves) : *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^{ème} éd. 2001, Dalloz.

AUDIT (Bernard) : *Droit international privé*, 4^{ème} éd. 2006, Economica, Paris.

BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.) : *Traité de droit international privé*, t. I, 8^{ème} éd. 1993, LGDJ, Paris ; t. II, 7^{ème} éd. 1981, LGDJ, Paris.

CARTOU, CLERGERIE, GRUBER, RAMBAUD : *L'Union européenne*, précis Dalloz, 3^{ème} éd. 2000.

DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.) : *Droit européen des affaires*, LGDJ, manuel, 2003.

DUBOUIS (Louis) et GUEYDAN (Claude) : *Les grands textes de droit de l'Union européenne : traités, institutions, ordre juridique*, Dalloz, tome 1, 7^{ème} éd. 2005.

BOULOUIS (J.), CHEVALLIER (R.-M.), FASQUELLE (D.) et BLANQUET (M.) : *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire : droit communautaire des affaires, marché intérieur, politiques communautaires*, Dalloz, t. 2, 5^{ème} éd. 2002.

FALLON (Marc) : *Droit matériel général des Communautés européennes*, Bruylant-Academia, 2^{ème} éd. 2002.

GAVALDA (Ch.) et PARLEANI (G.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Litec, 3^{ème} éd. 1999.

GOLDMAN (B.) et LYON-CAEN (A.) : *Droit commercial européen*, précis Dalloz, Paris, 5^{ème} éd. 1994.

V. HEUZE, « Le droit international privé du contrat d'assurance : les conflits de lois », in J. BIGOT (dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3, LGDJ 2002, chap. XX, p. 1401 et s., n° 2011 et s.

HOLLEAUX (Dominique), FOYER (Jacques) et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (Géraud) : *Droit international privé*, Masson, Paris, 1987.

ISAAC (G.) : *Droit communautaire général*, Armand Colin, 7^{ème} éd. 1999.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) et de VAREILLES-SOMMIERES (P.) : *Précis de Droit international privé*, 8^{ème} éd. 2004, Dalloz, Paris.

MAYER (Pierre) et HEUZE (Vincent) : *Droit international privé*, Montchrestien, 8^{ème} éd. 2004, Paris.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.) : *Précis de Droit du travail*, 22^{ème} éd. 2004, Dalloz, Paris.

POILLOT-PERUZZETTO (S.) et LUBY (M.) : *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, 1998.

RODIERE (Pierre) : *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002.

SAVIGNY (F. von) : *Traité de Droit Romain*, t. VIII, 1849 (trad. Guénoux, 1856) ; Paris, Panthéon-Assas, LGDJ, 2^{ème} éd. 2002.

SCHAPIRA (J.), LE TALLEC, BLAISE et IDOT (L.) : *Droit européen des affaires*, Thémis, droit privé, PUF, 5^{ème} éd. 1999.

TEYSSIE (Bernard) : *Droit européen du travail*, Litec, 2001.

VIGNAL (Thierry) : *Droit international privé*, Armand Colin, 2005.

II. OUVRAGES COLLECTIFS – ACTES DE COLLOQUES – OUVRAGES SPECIAUX.

J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET (sous la dir. de) : *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, éd. Bruylant, 2003.

D. FASQUELLE et P. MEUNIER (sous la dir. de) : *Le droit communautaire de la consommation : bilan et perspectives*, actes du colloque de Boulogne-sur-Mer tenu les 14 et 15 janvier 2000, La documentation française, 2002.

GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.) (sous la dir. de) : *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, Paris, 1996, tome 261.

HATZOPOULOS (V.) : *Le principe communautaire et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruylant, 1999.

C. JAMIN et D. MAZEAUD (sous la dir. de) : *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Economica, 2001.

P. LAGARDE et B. Von HOFFMANN (sous la dir. de) : *L'eupéanisation du droit international privé*, publication de l'ERA, Cologne, 1996.

Y. LEJEUNE (sous la dir. de) : *Le traité d'Amsterdam : espoirs et déceptions*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

H. MUIR WATT, A. FUCHS, E. PATAUT (sous la dir. de) : *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Actes, 2004.

F. OSMAN (sous la dir. de) : *Vers un code européen de la consommation*, actes et débats du colloque de Lyon des 12 et 13 décembre 1997, Bruylant, Bruxelles, 1998.

S. POILLOT-PERUZZETTO (sous la dir. de) : *Vers une culture juridique européenne*, Paris, Montchrestien, Centre de droit des affaires de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse I, 1998.

F. RIGAUX (sous la dir. de) : *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des Etats membres*, Larcier, 1981.

P. de VAREILLES-SOMMIERES (sous la dir. de) : *Le droit privé européen*, Economica, 1998.

L. VOGEL (sous la dir. de) : *Unifier le droit : le rêve impossible*, Droit Global/Global Law, Université Paris II Panthéon-Assas, 2001/1.

L'ordre public, Travaux de l'association Henri Capitant, journées libanaises, tome XLIX/1998, LGDJ.

Le droit international privé communautaire : émergence et incidences, actes du colloque de Toulouse, mars 2002, *Petites Affiches* du 12 déc. 2002, n° 248.

Le droit des affaires au XXIème siècle, actes du colloque de Deauville organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'Association droit et commerce, in *Rev. de juris. comm.*, n° spéc. janv. 2001.

L'ordre public à la fin du XXème siècle, Dalloz, 1996.

III. ARTICLES – CHRONIQUES – NOTES DE JURISPRUDENCE

ABDELGAWAD (Walid) : « L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE », *Rev. arb.* 2004, *doctr.* p. 253-282.

ARMINJON : « Les lois politiques et le droit international privé », *RCDIP* 1930, p. 385.

AUDIT (Bernard) :

- « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *RCDIP* 1983, p. 401-434.

- « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *TCFDIP*, Journée du Cinquantenaire, 1988, p. 59.

AUDIT (Mathias) :

- obs. sous Cass., 1^{ère}, civ., 19 oct. 1999, *D.* 2000, *Cah. aff., juris.*, p. 765.

- Note sous CJCE, 9 septembre 2004, aff. C-70/03, *RCDIP* 2005, p. 457.

AVENA-ROBARDET (V.) :

- obs. sous CA Colmar, 18 février 2004, *D. cah. aff.*, 2004, *Act. Jurisp.*, p. 1898.

- Obs. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, *D.* 2002, p. 3339.

- Obs. sous Cass., 1ère, civ., 23 mai 2006, *D.* 2006, *Act. Jurisp.*, p. 1597.

BALLARINO (T.) : « Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement », *RCDIP* 2003, p. 373.

BASEDOW (Jürgen) :

- « The Communautarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam », *Common Market Law Review* 2000, p. 687.

- « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 55.

- « Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im Europäischen Binnenmarkt: *favor offerentis* », *RabelsZ* 1995, p. 1.

- « Spécificité et coordination du droit international privé communautaire », *TCFDIP* 2002/2004, éd. Pédone, Paris, 2005, p. 275.

BATIFFOL (Henri) : « Les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire*, Travaux de l'association H. Capitant, 1961-1962, Dalloz, t. XIV, p. 464.

BERGÉ (Jean-Sylvestre):

- « Paradoxes et droit communautaire : observations sur l'interaction des catégories juridiques à partir de données récentes tirées des droits intellectuels et du droit de la concurrence », *JDI* 1999, p. 85.

- « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *TCFDIP* 2005/2006.

- « Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 113.

BERNARDEAU (Ludovic) :

- « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'arrêt CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar* », *JCP éd. G* 2001, I, n° 328.

- Note sous Cass., com., 28 novembre 2000, *JCP éd. G* 2001, II, 10527.

- Note sous Cass., com., 28 novembre 2000, *JCP éd. E*, 2001, p. 997.

- « Le droit de rétractation du consommateur. Un pas vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff. C-423/97 », *JCP éd. G* 2000, I, n° 218.
- « Droit d'établissement et transfert du siège des sociétés », *Gaz. Pal. – Europe* 2003, n° 31, p. 38.
- BERR (C.-J.) : « Droit européen des assurances : la directive du 22 juin 1988 sur la libre prestation des services », *RTDE* 1988, p. 671.
- BESSON (A.) :
 - « Coordination des lois sur le contrat d'assurances : proposition de directive communautaire », *RGAT* 1979, p. 569.
 - « Loi applicable aux contrats d'assurances dans le cadre de la liberté de prestation de services », *RGAT* 1967, p. 236.
- BIANCARELLI (J.) : « L'intérêt général et le droit applicable aux contrats financiers », *Rev. banque* 1992, p. 1090-1099.
- BISCHOFF (J.-M.) et KOVAR (R.) : « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté », *JDI* 1975, p. 675.
- BOGDAN (Michael) : « The EC law of international insolvency », *Rev. des aff. europ.* 2001/2002, p. 452.
- BONOMI (A.) : « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of Private International Law* 1999, p. 215-247.
- BOURGOIGNIE : « Vers un droit européen de la consommation, possibilités et limites », *RTDE* 1982, p. 1.
- BOUTARD-LABARDE (Ch.) : note sous CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff. C-423/97, *JCP éd. G* 1999, I, 187.
- CACHARD (Olivier) : « Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé », *RDAl* 2004, n° 2, p. 161-179.
- CALAIS-AULOY (Jean) : « La Communauté européenne et les consommateurs », in *Mél. offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 119.
- COHEN (Dany) et UGHETTO (Bernard) : « La nouvelle convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises », *D.S.* 1986, *chron.*, p. 149-158.
- COSTES (Lionel) : « La délicate question de la détermination du droit applicable aux contrats du commerce électronique », *Cah. Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, août-sept. 2000, p. 21.
- COURBE (Patrick) : « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 227.

COURSIER (Philippe) : « Conflit de lois et normes impératives locales du travail », *Travail et protection sociale*, mai 2003, *chron.* p. 6.

COUTURIER (Gérard) : « L'ordre public de protection ; heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mélanges Flour*, éd. du Répertoire du notariat Defrénois, 1979.

CRABIT (E.) : « La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée » », *Rev. dr. de l'Union europ.*, 4/2000, p. 749-833.

CROUX (J.) : « Territorialité et droit communautaire », *RTDE* 1987, p. 5.

DA CRUZ VILAÇA (J.-L.), « On the Application of Keck in the Field of Free Provision of Services », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 25.

DE MELLO (X.) : « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. arb.* 1982, p. 349.

DE NOVA (R.) :

- « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », in *Mélanges Jacques Maury*, 1960, vol. I, p. 377.

- « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *RCDIP* 1948, p. 179.

DEPREZ (Jean) :

- « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international », *Dr. soc.* 1995, p. 323-328.

- « La loi applicable au contrat de travail international », *Dr. soc.* 1991, p. 21-27.

DERAINS (Y.) :

- « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 375.

- « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, 1982, p. 29.

DESPAGNET (F.) : « L'ordre public en droit international privé », *JDI* 1889, p. 5 ; p. 207.

DION (S.) : note sous Cass., soc., 12 novembre 2002, *JDI* 2004, p. 135.

DROBNIG :

- « Conflict of laws and the European Community », *Am. Jour. of Comparative Law* 1966-1967, p. 204-229.

- « L'apport du droit communautaire au droit international privé », *CDE* 1970, p. 526-543.

DUBUISSON (B.) : « L'intérêt général en droit communautaire de l'assurance – la réaction thermidorienne », *RGAT* 1995, p. 819.

DUINTJER-TEBBENS (H.): « Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire », *RCDIP* 1994, p. 451.

ECKELMANS : « Le dépeçage du contrat dans la convention de Rome », in *Mél. Vander Elst*, Bruxelles, 1986, p. 243.

EULE (J. N.) : « Laying the Dormant Commerce Clause to Rest », *Yale Law J.* 1981, p. 425.

FALCOZ (J.-L.) et LIEVRE (X.) : « Temps partagé et droit international privé », *Petites Affiches* du 16 déc. 1999, p. 18.

FALLON (M.):

- « Les droits accessoires à l'exercice des droits économiques de la personne dans la Communauté », *Annales de droit de Louvain*, 1993, p. 235-253.

- « Le droit des rapports internationaux de consommation », *JDI* 1984, p. 765.

- « La loi applicable au contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988 », *RGAT* 1989, p. 243.

- Note sous CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. C 165/98, *RCDIP* 2000, p. 710.

- « Les règles d'applicabilité en droit international privé », in *Mél. Vander Elst*, Nemesis, 1986, p. 285.

- « Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive 93/13 du 5 avril 1993 », *Rev. eur. dr. cons.* 1996, p. 3-27.

- « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 241.

FALLON (M.) et FRANCO (S.) :

- « Towards internationally mandatory directives for consumer contracts ? », in *Mél. K. Siehr*, TMC Asser Press, 2000, p. 155;

- « La coopération judiciaire civile et le droit international privé. Vers un droit proprement communautaire des conflits de lois ou de juridictions », in O. DE SCHUTTER, P. NIHOUL (sous la dir. de) *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 239-301.

FALLON (Marc) et MEEUSEN (J.):

- « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *RCDIP* 2002, p. 435-490.

- « Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition », *Yearbook of Private International Law*, 2002, p. 37-66.

FAUVARQUE-CAUSSON (Bénédicte):

- « L'ordre public », in Université Panthéon-Assas, *Le Code civil – un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473-493.

- « Le juge et le droit étranger », *D.* 2000, p. 125.

FERRY (Claude) :

- « Convention de Rome du 19 juin 1980, Convention de La Haye du 14 mars 1978 et loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants », *JCP éd. E* 1993, I, p. 233.

- « Contrat international d'agent commercial et lois de police », *JDI* 1993, p. 299.

FLESCI-VIVET (P.) : « La règle de conflit applicable au contrat de travail international », *D.* 1987, *chron.*, p. 255.

FONTAINE (Marcel) : « La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen de contrats », in *Etudes de droit de la consommation, mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 385.

FOURNOL (Ingrid) : « L'émergence du principe de confiance légitime dans la jurisprudence communautaire », *Rev. de la recherche juridique droit prospectif*, 2000-1, p. 291.

FOYER (J.) :

- « L'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles », *RCDIP* 1976, p. 555.

- « Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI* 1991, p. 601.

FRANESKAKIS (Phoceon) :

- « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966, p. 1.

- « Lois d'application immédiate et règles de conflits », *Riv. di dir. int. pr. e proc.* 1967, p. 691.

- « Conflits de lois (principes généraux) », *répertoire Dalloz de droit international*, 1968.

- « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1968, p. 149-178.

- « Lois d'application immédiate et droit du travail », *RCDIP* 1974, p. 273-296.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BANARÈS (W.) : « Le souci de l'effectivité du droit », *D.* 1996, *chron.*, p. 301.

GANNAGÉ Léna : « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mélanges J. CALAIS-AULOY, Etudes de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 421-445.

GARRONE (P.) : « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE* 1994, p. 425.

GAUDEMET-TALLON (H.) :

- « Le nouveau droit international privé européen des contrats », *RTDE* 1981, p. 214.
- « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », in *Mél. Loussouarn, L'internationalisation du droit*, Dalloz, 1994.
- « La loi applicable au contrat de travail international », in *La Semaine juridique, Cahiers de droit de l'entreprise*, 17 juillet 1986, suppl., n° 4, p. 2.
- « Sur l'affaire Air Afrique », *Dr. soc.* 1986, p. 406.
- « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », *Rev. Marché commun et de l'Union européenne*, avril 2000, n° 437, p. 228.
- « Quel juge ? Quelle loi ? (Compétence juridictionnelle et loi applicable) », actes du colloque de Pau des 2 et 3 mai 2002 « Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen » in *Droit et patrimoine* oct. 2002, p. 71.
- « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 303.

GAUDU (F.) : « L'ordre public en droit du travail », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ-Montchrestien, 2001, p. 363.

GKOUTZINIS (A.) : « Free Movement of Services in the EC Treaty and the Law of Contractual Obligations relating to Banking and Financial Services », *Common Market Law Review* 2004, p. 119.

GOBERT (D.) : « La publicité sur internet : le droit en (r)évolution », *Ubiquité* 2000, p. 71-90.

GOLDMAN (Berthold) : « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *TCFDIP* 1967, p. 119-148.

GOTHOT (P.) :

- « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1 et s. ; 209 et s. ; 415 et s.
- « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *TCFDIP* 1975-1977, p. 201.

GOURIO (Alain) : « Le nouveau cadre juridique du crédit aux particuliers en Europe », *Rev. dr. bancaire et financier*, mars/avril 2003, p. 128 à 147.

- GOYENS et VOS : « Les litiges de consommation transfrontière dans la CEE », *Rev. europ. dr. cons.*, 4/1991, p. 207.
- GRAULICH (P.): « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mél. Dabin*, Sirey, Paris, 1963, p. 629.
- GUEDJ (Th.): « The theory of the lois de police », *Am. Jour. of Comparative Law* 1991, p. 661-698.
- GIULIANO (M.) et LAGARDE (P.): « Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JOCE* du 31 octobre 1980, n° C. 282 ; www.rome-convention.org.
- HARTLEY : « Consumer protection provisions in the EEC convention », *Contract conflicts*, Amsterdam, 1982, p. 111.
- HATZOPOULOS (V.): « Recent development of the case-law of the ECJ in the field of services », *Common Market Law Rev.* 2000, p. 43.
- HAY (P.): « From Rule-Orientation to “Approach” in German Conflicts Law », *Am. Jour. of Comparative Law*, 1999, p. 633.
- HETSCH : « L'émergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés », *RTDE* 1982, p. 511-555.
- HEUZE (Vincent) : « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 393.
- HOUX (N.): « La protection des consommateurs dans la convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables », *Petites Affiches* du 1^{er} mars 2001, n° 43, p. 6 ; du 2 mars 2001, n° 44, p. 5.
- HUET (André) : note sous Cass., 1^{ère} civ., 3 juillet 2001, *JDI* 2002, p. 183.
- HUET (Jérôme) :
- « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », *Petites Affiches* du 26 sept. 1997, p. 6.
 - « Le droit applicable dans les réseaux numériques », *JDI* 2002, p. 737.
 - « Commerce électronique : loi applicable et règlement des litiges, Propositions des grandes entreprises (GBDe) », *JCP éd. G* du 6 octobre 1999, *act.*, p. 1761.
- IDOT (Laurence) :
- « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », *TCFDIP* 1992/1993, éd. Pédone, Paris, 1994, p. 145 et s.
 - « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *JDI* 1995, p. 321.

- note sous CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, *RCDIP* 2001, p. 107.
- « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *Petites Affiches* 2002, n° 248, p. 27.
- « La modernisation du droit communautaire de la concurrence. Adoption par le Conseil du nouveau règlement de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE », *JCP éd. G*, 8 janv. 2003, p. 1.
- « Premières vues sur le nouveau règlement de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE », *Europe*, fév. 2003, p. 4.
- « Les bases communautaires d'un droit privé européen », in de Vareilles-Sommières (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 22.
- « Variations sur le domaine spatial du droit communautaire », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 431.
- ISRAËL (Jona) : « Conflicts of Laws and the EC after Amsterdam : A Change for the Worse? », *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2000, p. 81.
- JACQUET (J.-M.) :
 - « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *JDI* 1985, p. 327.
 - Note sous CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, *JDI* 2001, p. 511.
- JAULT (F.) :
 - note sous Cass., soc., 12 novembre 2002, *RCDIP* 2003, p. 446.
 - « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP* 2005, p. 253.
- JAYME : « Les contrats de consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Droit international et droit communautaire*, actes du colloque de Paris, 5-6 avril 1990, Centre culturel portugais, Paris 1991, p. 77.
- JAYME et KOHLER :
 - « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *RCDIP* 1995, p. 1.
 - « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam », *RCDIP* 1999, p. 1.
- JESSURUN D'OLIVEIRA (H.) : « The EU and a metamorphosis of private international law », in *Mélanges North*, Oxford University Press, 2002, p. 111-136.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) :
 - « Les procédures de surendettement et de faillite internationales ouvertes dans la communauté européenne », *RCDIP* 2002, p. 491.

- « La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 475.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) et BERGE (J.-S.) :

- note sous CJCE, 10 déc. 2002, *British American Tobacco*, aff. C-4914/01, *RCDIP* 2003, p. 536.

- Note sous CJCE, 9 septembre 2004, *Commission c/ Espagne*, aff. C-70/03, *JDI* 2005, p. 819.

KAHN (P.) : note sous Cass., soc., 30 juin 1993 (2 arrêts), *RCDIP* 1994, p. 325.

KARIDIS (G.) : « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTDE* 2002, p. 1.

KESSEDJIAN (C.) :

- « Le passé et l'avenir du droit international privé européen dans le cadre de l'intégration de l'Union européenne », *Rev. aff. europ.* 2001/2002, p. 411.

- « La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles – vingt ans après », in *Private law in the international arena, Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haye, TMC Asser Press, 2000, p. 329.

KINSCH (P.) :

- « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *RCDIP* 2003, p. 403.

- « Principe d'égalité et conflits de loi », *TCFDIP* 2002/2004, éd. Pédone, Paris, 2005, p. 116.

KNÖFEL (S.) :

- « EC Legislation on Conflict of Laws: Interactions and Incompatibilities between Conflicts Rules », *Intern. and Compar. Law Quarterly* 1998, p. 439-445.

- « Mandatory Rules and Choice of Law : a Comparative Approach to Article 7 (2) of the Rome Convention », *Journal of Business Law* 1999, p. 239.

KOVAR :

- « Le règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE », *D.* du 13 fév. 2003, p. 478.

- Observations sous CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, *JDI* 1981, p. 106.

LAGARDE (Paul) :

- « A propos de l'article de M. Mercadal : ordre public et contrat international », *RCDIP* 1978, p. 247.

- « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », in *Mél. G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 83.

- « Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé », *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 281.
- Note sous Cass., 1^{ère}, civ., 19 octobre 1999, *RCDIP* 2000, p. 29.
- Note sous Cour fédérale d'Allemagne (8^{ème} ch. Civ.), 19 mars 1997, *RCDIP* 1998, p. 610.
- Obs. à propos de la loi allemande du 27 juin 2000 relative aux contrats à distance ainsi qu'à d'autres questions du droit des consommateurs, *RCDIP* 2000, p. 925-929.
- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP* 1991, p. 287.
- « Le dépeçage dans le droit international privé des contrats », *Riv. di dir. int. e proc.* 1975, p. 649.
- « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 511.
- « Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? » in *Aspects actuels du droit des affaires, Mél. Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 571.
- « Les lois de police devant la Cour de justice des communautés européennes », in R. Schulze et U. Seif (dir.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Mohr Siebeck, 2003, p. 89.
- Note sous Cass., soc., 31 mai 1972, *RCDIP* 1973, p. 683.
- « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, p. 225-243.
- Compte-rendu de l'article de K. THORN, « La protection des consommateurs dans les contrats à distance », *RCDIP* 1999, p. 421.
- « Les limites objectives de la convention de Rome (conflits de lois, primauté du droit communautaire, rapports avec les autres conventions) », *Riv. di dir. int. e proc.* 1993, p. 33-42.
- Obs. sur la loi n° 98-566 du 8 juillet 1998 portant transposition de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *RCDIP* 1998, p. 741.
- Observations sur la deuxième directive 88/357/CEE du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter

l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive, *RCDIP* 1989, p. 145.

- « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *RCDIP* 2006, p. 331.

LANDO (O.) :

- « The EEC Convention on the Law applicable to contractual obligations », *Common Market Law Rev.* 1987, p. 159-214.

- « The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods », *RebelsZ* 1993, t. 57, p. 155-174.

LEFRANC (D.) : « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé) », *RCDIP* 2005, p. 413.

LENAERTS (K.) : « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *CDE* 1991, p. 3.

LESGUILLONS (H.) : « La solitude pondérée de l'arbitre face au droit de la concurrence », *Gaz. Pal.*, 29 mai 2003, p. 17.

LHERNOULD (Jean-Philippe) : « Les salariés détachés ont-ils droit au salaire minimal garanti dans l'Etat d'accueil ? », *Rev. juris. soc.* 2001, p. 487-493.

LOQUIN (Eric) et SIMON (Gérard) : note sous Cass., 1^{ère}, civ., 18 juillet 2000, *JDI* 2001, p. 100.

LOS ANGELES BENITEZ-SALAS (Maria de) : « La loi applicable au contrat de travail et la libre circulation des travailleurs dans la communauté », *Rev. du marché commun* 1985, p. 33-44.

LOUSSOUARN (Y.) :

- « Les conflits de lois en matière de contrat d'assurance et la directive communautaire du 22 juin 1988 », *RGAT* 1989, p. 293.

- « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-1981, II, p. 43.

- « L'évolution de la règle de conflit de lois », *TCFDIP*, Journée du Cinquantenaire, 1988, p. 79.

LYON-CAEN (Antoine) :

- note sous Cass., soc., 25 mai 1977 et 31 mars 1978, *RCDIP* 1978, p. 701.

- Note sous Cass., ch. mixte, 28 février 1986, (2 arrêts), *JDI* 1986, p. 699.

LYON-CAEN (Gérard) :

- « La convention collective de travail en droit international privé », *JDI* 1964, p. 258.

- « Défense et illustration du contrat de travail », in *Sur les notions de contrat*, Archives de philosophie du droit, vol. XIII, 1968.

- Note sous Cass., soc., 31 mai 1972, *JCP éd. G* 1973, II, n° 17317.

MAHINGA (J.-G.) : note sous Cass., soc., 12 novembre 2002, *D.* 2003, *Jur.* p. 661-665.

MALAURIE (Philippe) : « Rapport général sur la protection du consommateur en droit international privé », in *La protection des consommateurs*, Travaux de l'association H. Capitant, t. XXIV, Dalloz, Paris, 1973, p. 390.

MASCLET (J.-C.) : observations sous CJCE, 20 février 1979, *Cassis de Dijon*, *RTDE* 1980, p. 611.

MATTERA (A.) :

- « L'article 30 du Traité CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon et le principe de reconnaissance mutuelle », *RMUE* 1992, n° 4, p. 13-71.

- « De l'arrêt « Dassonville » à l'arrêt « Keck » : l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions », *RMUE* 1994, p. 117.

- « L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle », *Rev. du Droit de l'Union européenne*, 2/2002, p. 217.

MAYER (Pierre) :

- « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277.

- « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits* 1985, n° 2, p. 129.

- « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, I.C.C. Publ. SA, 1986, p. 31.

- « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1 et s.

- « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels* (dir. J. Ghestin et M. Fontaine), LGDJ, Paris, 1996, p. 313.

- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mél. en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 547.

MEEUSEN (Johan) : « Directive 94/45 concernant les comités d'entreprise européen : aspects de droit international privé », in *Comités d'entreprise européens* (M. Rigaux et F. Dorssemont eds.), Antwerp, Intersentia, 1999, p. 237-271.

MENJUCQ :

- « Mondialisation et rattachement juridique des sociétés », in *Mél. Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 831.

- « Rattachement de la société européenne et jurisprudence communautaire sur la liberté d'établissement : incompatibilité ou paradoxe ? », *D.* 2003, point de vue, p. 2874.

- « L'apport du droit communautaire au règlement des faillites internationales », *TCFDIP* 2002/2004, éd. Pédone, Paris, 2005, p. 35.

MERCADAL (Barthélémy): « Ordre public et contrat international », *Dr. et prat. du comm. inter.* 1977, p. 457-468.

MERTENS DE VILMARS (J.) :

- « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1985, p. 5.

- « Intégration européenne et correction des mécanismes du marché. Un modèle économique et social », in *mél. FARJAT, philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 557.

MOHAMED SALAH (O.) : « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur ? », in *mél. FARJAT, philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261-289.

MOIZARD (Nicolas) : « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l'ordre public social français », *Dr. soc.* 1999, p. 916.

MOREAU (Marie-Ange) :

- « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *JDI* 1996, p. 889-908.

- « La représentation des salariés travaillant en France pour le compte d'une société établie à l'étranger », obs. sous Cass., soc., 14 févr. 2001, *Dr. soc.* 2001, p. 639-643.

MORSE : « Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention », *Intern. and Compar. Law Quarterly* 1992, p. 1.

MUIR WATT (H.):

- « Law and Economics: quel apport pour le droit international privé? », in *Etudes offertes à J. Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ 2001, p. 685-702.

- Note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, *RCDIP* 2000, p. 489.

- « Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé », *Archives de philosophie du droit* 2003, tome 74, p. 243.

- « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 615.
 - « L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres », in *Mélanges J. BEGUIN*, Litec 2005, p. 545.
 - « Integration and Diversity : The Conflict of Laws as a Regulatory Tool », in *The Institutional framework of European Private Law*, ed. by F. CAFAGGI, Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, p. 107.
 - « Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political economy », *Col. J. Eur. Law* 2003, p. 383-410.
 - « The Challenge of Market Integration for European Conflicts Theory », in *Towards a European Civil Code*, 3ème éd. 2004, chap. 10, p. 191.
- NEUMAYER (K.): « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *RCDIP* 1957, p. 579 ; *RCDIP* 1958, p. 53.
- NIBOYET (Marie-Laure): « La confirmation par la Cour de justice des Communautés européennes de l'intégration des droits fondamentaux au système de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », *Gaz. Pal.*, oct. 2000, p. 21-24.
- NORMAND (J.) et BALATE (E.): « Relations transfrontières de consommation : quel(s) juge(s) et quelle(s) loi(s) ? », *CDE* 1990, p. 272.
- NOURISSAT (Cyril) :
- « Compétence des juridictions nationales en matière de droit communautaire de la concurrence : les apports du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 », *Procédures*, 2003, *comm.*, p. 64.
 - « La loi nationale de transposition d'une directive peut-elle être qualifiée de loi de police dans l'ordre international ? », *Petites Affiches* du 22 juin 2001, p. 10.
 - « L'arbitrage commercial international face à l'ordre juridique communautaire : une ère nouvelle ? », *RDAI* 2003, n° 7, p. 761.
- NUYTS (Arnaud) : « L'application des lois de police dans l'espace (réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *RCDIP* 1999, p. 31 ; p. 245.
- OGUS (A.) : « Economic Analysis and Comparative Law », in *Mélanges en l'honneur de D. TALLON*, éd. Soc. de lég. comp., 2000, p. 169.

O'LEARY (S.) et FERNANDEZ-MARTIN (J.), « Judicially-Created Exceptions to the Free Provision of Services », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 163.

OPPETIT (Bruno) : « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP* 1988, p. 121.

OSMAN (Filali): « La loi applicable aux contrats transfrontières de crédit à la consommation » ; *Petites Affiches* 1992, n° 81, p. 15 et n° 82, p. 24.

PALACIO-VALLELERSUNDI (Ana): « Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur : nouvelle équation pour le droit communautaire », *RDUE* 2001, p. 5-26.

PARDON (J.) : « La distribution des produits bancaires. La loi applicable », *Rev. Banque* 1988, p. 33.

PATAUT (Etienne) :

- commentaire du décret n° 2000-462 du 29 mai 2000, *RCDIP* 2000, p. 519.

- Note sous CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C 165/98, *RCDIP* 2001, p. 495.

- Note sous CJCE, *Wolff et Müller*, *RCDIP* 2005, p. 344.

- « De Bruxelles à La Haye. Droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 661.

PELLETIER (P.-H.) : « Propositions pour l'application dans l'espace de la loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection de l'emprunteur dans le domaine immobilier », *RCDIP* 1981, p. 247.

PERINET-MARQUET (Hugues) : « L'égalité de traitement entre ressortissants de la CEE en cas de contrat de travail conclu sur le territoire de celle-ci pour être exécuté au dehors », obs. sous Cass., soc., 21 nov. 1990, *Dr. soc.* 1991, p. 537-539.

PICOD (Fabrice) : « Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection du consommateur », in *Vers un code européen de la consommation* (sous la dir. de F. OSMAN), Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 73-85.

PINGEL (Isabelle) :

- « La protection de la partie faible en droit international privé (du salarié au consommateur) », *Dr. soc.* 1986, p. 133-139.

- « La nouvelle directive « Télévision sans frontières » ou la lente structuration du droit communautaire de l'audiovisuel », *Rev. aff. europ.* 1999, p. 173 à 186.

PIZZIO (J.-P.) : « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *RTDcom.* 1998, p. 53.

POIARES-MADURO, « Harmony and Dissonance in Free Movement », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 41 et s.

POILLOT-PERUZZETTO (Sylvaine) :

- « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (affaire Eco Swiss China Ltd) », *JDI* 2000, p. 299.

- « Ordre public et droit communautaire », *D. S.* 1993, *chron.* p. 177-182.

- « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *TCFDIP* 2003/2004, p. 65.

- « Le créancier et la « faillite européenne » : commentaire de la convention des Communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité », *JDI* 1997, p. 757-781.

- « La diversification des méthodes de coordination des normes nationales », actes du colloque internormativité et réseaux d'autorités, *Les Petites Affiches* du 5 octobre 2004, n° 199, p. 17.

POSNER (R.) : « The Constitution as an Economic Document », *George Washington Law Review* 1987, p. 4.

PUTMAN (Emmanuel) : « L'évolution des rapports entre le droit communautaire et le droit privé français », *Rev. de la recherche juridique droit prospectif*, 2003-1, p. 97.

RACINE (J.-B.) : note sous Cass., 1^{ère}, civ., 19 octobre 1999, *JDI* 2000, p. 328.

RADICATI DI BROZOLO (L. G.):

- « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, p. 401.

- « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », *RCDIP* 2003, p. 1-36.

RAYNARD (J.) : « Le droit à l'indemnité de l'agent commercial dans le contrat international : l'influence des lois de police communautaires », *JCP éd. E* 2001, p. 12.

REIFEGERSTE (S.) : « L'articulation du droit communautaire et du droit national de la concurrence : le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité CE », *JCP éd. G*, 9 avril 2003, p. 657.

REMERY :

- « Les relations de la Convention de Rome avec les autres conventions (l'exemple de la vente internationale) », *Gaz. Pal.* 1992, 1, p. 426.

- « Remarques sur les conflits des lois applicables au contrat international de constructions d'immeubles », *D.* 1985, *chron.*, p. 255.

REMIEN (Olivier) : « European Private International Law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice », *Common Market Law Review*, 2001, p. 53-86.

REMY-CORLAY (P.) : « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *RCDIP* 2003, p. 37

RIGAUX (F.) :

- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé belge », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit international et en droit communautaire*, Travaux de l'association H. Capitant, 1961-1962, t. XIV, Dalloz, p. 440.

- « Droit international privé et droit communautaire », in *L'internationalisation du droit*, *Mél. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 341-354.

- « La méthode des conflits de lois en droit européen », in *Mél. Dutoit*, Genève, Droz, 2002, p. 243-256.

- « Choice of law in integrated and interconnected markets : a matter of political economy », *Col. J. eur. L.* 2003, p. 383-410.

RIGOZZI : « Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence (ATF du 13 novembre 1998 et CJCE du 1^{er} juin 1999, Benetton) », *Bull. ASA*, 1999, p. 455.

RIPERT : « L'ordre économique et la liberté contractuelle », in *Mél. Gény*, 1934, t. 2, p. 347.

ROBIN (Sophie) : « L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger », *Dr. soc.* 1994, p. 127-135.

RODIERE (Pierre) :

- « Conflits de lois en droit du travail : étude comparative », *Dr. soc.* 1986, p. 118.

- « Domaine spatial du droit social européen », *TCFDIP* 1990/1991, éd. A. Pédone 1992, p. 45-63.

- « Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (mars 1972), contribution à l'étude de la nature des rattachements internationaux en droit du travail », *RTDE* 1973, p. 3-28.

- « Droit social. Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle », *RTDE* 2003, p. 529.

- « Construction européenne et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail*, *Etudes offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 33.

ROLIN-JACQUEMYS (L.) et VAN HUFFEL (M.), « L'impact de la directive commerce électronique sur la réglementation européenne des services financiers », *Euredia* 2001/2002, p. 45-124.

ROTH (W.-H.), « The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: is *Keck* Relevant? », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 1.

SAVATIER (R.):

- « Le marché commun au regard du droit international privé », *RCDIP* 1959, p. 237.
- « L'ordre public économique », *D.* 1965, *chron.*, p. 37.

SCHULTSZ (J.-C.) : « Les lois de police étrangères », *TCFDIP* 1982-1983, p. 39.

SIMON (D.) : « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, p. 73-86.

SIMON-DEPITRE : « Droit du travail et conflits de lois », *RCDIP* 1958, p. 285-320.

SIMONT (L.) : « L'arbitrage et le droit de la concurrence. Quelques réflexions d'un arbitre », *RDAI* 1998, p. 547.

SINAY-CYTERMANN (Anne) :

- « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 737.
- « La protection du salarié en droit international du travail », in *Le droit collectif du travail : questions fondamentales, évolutions récentes, Etudes en hommage à Mme le professeur Hélène Sinay*, 1994, p. 315.

SNELL (J.) et ANDENAS (M.), « Exploring the Outer Limits : Restrictions on the Free Movement of Goods and Services », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 69.

STRUYCKEN (A. Teun V.M.) : « Le droit international privé d'origine communautaire et les Etats tiers », *Rev. des aff. europ.* 2001/2002, p. 469.

SYNVET (H.) : « La situation née du départ du salarié, aspect de droit international privé », *Dr. soc.* 1991, p. 836-842.

TIEBOUT (C. M.): « A pure theory of local expenditures », *The Journal of Political Economy*, vol. 64, 1956, p. 416-424.

TISON (M.): « Unravelling the General Good Exception : The Case of Financial Services », in *Services and Free Movement in EU Law* (éd. Mads ANDENAS et Wulf-Henning ROTH), Oxford University Press, 2002, p. 321.

VAN DER ELST : « Ordre public international, lois de police et lois d'application immédiate », in *Mélanges Legros*, Bruxelles, 1985, p. 653.

VAN HUFFEL (Michel) :

- « Protection du consommateur par le droit applicable – Obstacles et Perspectives », *Rev. des aff. europ.* 2001/2002, p. 440 ;

- « Protection du consommateur et commerce électronique : quelques réflexions au départ du droit de la concurrence », *Ubiquité* 5/2000, p. 119-130.

- « Développements européens en matière de vente à distance et de commerce électronique », in J. STUYCK et E. BALLON, *Vente à distance et télématique, aspects juridiques*, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1998, p. 3.

De VAREILLES-SOMMIERES (P.) :

- « La protection du contractant non professionnel », in J. CALAIS-AULOY et H. CAUSSE (sous la dir. de), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, 1995, p. 71.

- « Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges en l'honneur de Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 485.

- « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 781.

- « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges en l'honneur de Ph. MALAURIE*, Defrénois 2005, p. 393.

- « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980) », *D.* 2006, *chron.*, p. 2464.

VASSOGNE (J.) : « L'arbitre, le juge et l'ordre public économique (remarques adventices) », *Rev. arb.* 1987, p. 85-91.

VIANGALLI (François) : « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *Rev. de la recherche juridique droit prospectif*, 2000-3, p. 1141.

VOINOT (Denis) : « Le droit communautaire et l'inopposabilité aux particuliers des règles techniques nationales », *RTDE* 2003, p. 91.

WAGNER (Gerhard) : « The economics of harmonization : the case of contract », *Common Market Law Review*, 2002, p. 995-1024.

WEATHERILL (S.):

- « After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification », *Common Market Law Review* 1996, p. 885.

- « Pre-emption, Harmonization and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market », in C. BARNARD et J. SCOTT (sous la dir. de) *The Law of the Single European Market, Unpacking the Premises*, Hart Publishing, 2002, p. 41.

WENGLER (W.) :

- « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963, p. 203-231 ; 503-527.

- « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », *RCDIP* 1952, p. 595.

WILDERSPIN (M.) : « Le droit international privé des contrats (autres que les contrats conclus par les consommateurs) », *Rev. des aff. europ.* 2001/2002, p. 424.

WILDERSPIN (M.) et LEWIS (X.) : « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres », *RCDIP* 2002, p. 1-38 ; 289-314.

ZWEIGERT (Konrad) : « Droit international privé et droit public », *RCDIP* 1965, p. 645-666.

IV. THESES – MONOGRAPHIES – OUVRAGES SPECIAUX

ABDELGAWAD (Walid) : *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, 2001, t. 346.

AUCLAIR (Nicolas) : *Le contrat communautaire d'assurance*, thèse dact., Paris I, 1999.

AUDIT (Bernard) : *La fraude à la loi*, Paris, Dalloz, 1974.

BASEDOW (K. H.) : *Le droit international privé des assurances*, Paris, LGDJ, 1939.

BATIFFOL (Henri) :

- *Les conflits de lois en matière de contrats. Etude de droit international privé comparé*, Paris, 1938.

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1^{ère} éd. 1956 ; 2^{ème} éd. 2002.

BLANCHIN (Catherine) : *Sources et méthodes du droit international privé de l'Union européenne. L'exemple des contrats transfrontières de consommation*, thèse dact. Paris II, 2000.

BODEN (D.) : *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris I, 2002.

BUREAU (Hélène) : *Le droit de la consommation transfrontalière*, bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1999.

CACHARD (Olivier) : *La régulation internationale du marché électronique*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2002, tome 365.

CHAPELLE (André) : *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979.

CLAY (Thomas) : *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.

COSQUER-HERAUD (Nolwenn) : *Ordre public de protection du consommateur et conflit de lois*, thèse dact., Paris I, 2001.

COURSIER (J.-P.) : *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, LGDJ, 1993.

DEBY-GERARD : *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973.

DE MATOS (Anne-Marie) : *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union européenne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

FARJAT (Gérard) : *L'ordre public économique*, LGDJ, 1963.

FAUVARQUE-COSSON (B.) : *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, LGDJ, 1996.

FERRY (Claude) : *La validité des contrats en droit international privé, France-USA*, LGDJ, Paris, 1989.

FRANCQ (Stéphanie) : *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, éd. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2005.

GOSSELIN-GORAND : *L'influence des principes communautaires de libre circulation sur les règles de conflits de lois*, thèse dact. Caen, 2001.

HAMMJE (P.) : *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse Paris I, 1994.

HEUZE (Vincent) :

- *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, GLN Joly, Paris, 1990.
- *La vente internationale de marchandises : droit uniforme*, GLN Joly, 1992.

IMHOFF-SCHEIER (A.-C.) : *Protection du consommateur et contrats internationaux*, éd. Georg, Genève, 1981.

JACQUET (Jean-Michel) : *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris, 1983.

JAZOTTES (Gérard) : *La notion d'exigences impératives dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Contribution à l'étude du principe de libre circulation*, thèse dact., Toulouse I, 1997.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) : *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984.

JOUBERT (Nathalie) : *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse multigr. 2002.

JUDE (Jean-Michel) : *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*, PUAM, 2003.

KARAQUILLO (J.-P.) : *Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate*, P.U.F., Paris, 1977.

KASSIS: *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993.

LAGARDE (P.) : *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959.

LASOK et STONE : *Conflict of laws in the European Community*, Professional Books limited, 1987.

LECLERC (Frédéric) : *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

MALAURIE (Philippe) : *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1953.

MOIZARD (Nicolas) : *Harmonisation communautaire et protection nationale renforcée : l'exemple du droit du travail*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

MOREAU (E.) : *Lois de police et contrat international de travail*, thèse Paris X, 1993.

MUIR WATT (Horatia): *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse Paris II, 1985.

PARTSCH (Ph.-E.) : *Le droit international privé européen : de Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003.

PATAUT (Etienne) : *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 298, 1999.

PATOCCHI (P.M.) : *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Librairie de l'Université, Genève, 1985.

PERES-DOURDOU (Cécile) : *La règle supplétive*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, 2004.

PLENDER et WILDERSPIN : *The European Contracts Convention*, Sweet and Maxwell, 2nd ed. 2001.

PULJAK (Marie-Paule): *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003.

RACINE (Jean-Baptiste) : *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, bibliothèque de droit privé, t. 309, 1999.

RACLET (A.) : *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, thèse dact., Paris II, 2000.

ROBIN-OLIVIER (S.) : *Le principe d'égalité en droit communautaire*. Etude à partir des libertés économiques, PUAM, 1999.

SERAGLINI (Christophe) : *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.

SOIRAT : *Les règles de conflit à caractère substantiel*, thèse multigr., Paris I, 1995.

TOUBIANA (Annie) : *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1972.

VIANGALLI (François) : *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, PUAM, 2004.

V. RECUEIL DES COURS DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL

AUDIT (B.) : « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI*, 1984, vol. 186, p. 227.

BADIALI : « Le droit international privé des Communautés européennes », *RCADI*, 1985-II, vol. 191, p. 9-182.

BARILE : « Fonction historique du droit international privé », *RCADI*, 1965-III, p. 30.

BASEDOW (J.) : « Lois contre les restrictions de la concurrence », *RCADI*, 1997, vol. 274, p. 10.

BATIFFOL (H.) : « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1965, vol. 116, p. 305.

BUCHER (A.) : « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI*, 1993-II, p. 9-116.

CAVERS (D. F.) : « Contemporary Conflicts Law in American Perspective », *RCADI*, 1970, vol. 123, p. 1.

CURTI-GIALDINO : « La volonté des parties en droit international privé », *RCADI*, 1972, vol. 137, p. 743.

DE NOVA : « Historical and comparative introduction to conflict of laws », *RCADI*, 1966-II, p. 435.

DIAMOND : « Harmonization of private international law relating to contractual obligations », *RCADI*, 1986-IV, p. 233.

DOLINGER (J.) : « Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts », *RCADI*, 2000, vol. 283, p. 187.

FALLON (M.) : « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *RCADI*, 1995, vol. 252, p. 13-281.

GAMILLSCHEG (F.) : « Rules of Public Order in Private International Labour Law », *RCADI*, 1983, vol. 181, p. 285.

GOLDMAN (B.) : « Le champ d'application territorial des lois sur la concurrence », *RCADI*, 1969, vol. 128, p. 630.

GUTZWILLER : « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929-IV, p. 348.

HARTLEY (T. C.) : « Mandatory rules in international contracts : the common law approach », *RCADI*, 1997, p. 344.

KEGEL (G.) : « The crises of Conflict of Laws », *RCADI*, 1964, vol. 112, p. 91.

LAGARDE (P.) : « Le principe de proximité en droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. 196, p. 9.

LALIVE (P.) : « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI*, 1977, vol. 155, p. 1.

LANDO (O.) : « The Conflict of Laws of Contract. General Principles », *RCADI*, 1984, vol. 189, p. 223.

LOUSSOUARN (Y.) : « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1973, vol. 139, p. 271.

MEIJERS : « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *RCADI*, 1934-III, p. 543.

MUIR WATT (H.) : « Les fondements économiques du droit international privé », *RCADI*, 2004, vol. 307, p. 25.

PELICHET (M.) : « La conférence de La Haye de droit international privé : les ventes aux consommateurs », *RCADI*, 1981, vol. 168, p. 200.

POCAR (F.) : « La protection de la partie faible en droit international privé », *RCADI*, 1984, vol. 188, p. 339.

STRUYCKEN : « Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé », *RCADI*, 1992, vol. 232, I, p. 261-283.

VON OVERBECK (A.) : « Les questions générales de droit international privé à la lumière des codifications récentes », *RCADI*, 1982, vol. 176, III.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

A

Accès

-- à une activité professionnelle : 219, 242, 245

-- au marché de l'emploi : 147

Critère de l'« accès au marché » : 112, 115, 119 et s., 223

Acte unique : 92, 95

Activité dirigée vers : 642 et s., 648

Agent commercial

Directive 86/653/CEE du Conseil sur les agents commerciaux indépendants : 400

V. aussi Ingmar

Alpine Investments : 119 et s., 212, 215, 223

Alstom Atlantique : 140, 174, 222, 411

Analyse économique du droit : 212, 219, 223 et s., 463

Apparence (théorie de l') : 40, 652 et s.

Aptitude (test d') : 107

Arbitrage international : 182, 260 et s.

Arblade : 157, 419 et s., 426, 481

Assurances

Présentation générale des directives « assurances » : 286 et s.

Règles de conflit : 289 et s.

Attribution des compétences (principe d'--) : 73, 309

Autonomie de la volonté : 140, 174 et s.

Autorisation administrative : 206, 219, 421, 426

B

Bandeau publicitaire : 627 et s.

Base juridique (Traités communautaires) :

Article 100 (94) : 92, 108, 158 et s., 268

Article 100 A (95) : 95, 108, 151 et s., 158 et s., 268

Généralités : 1, 4, 91 et s., 407

Biens

V. marchandises

Bilatéralisme : 331 et s., 343, 346, 349

V. aussi règle de conflit bilatérale

Binnenbeziehung

V. Inlandsbeziehung

Boukhalfa : 146 et s., 169, 272, 309, 348

C

Canarie (affaire de la Grande --) : 498

Capitaux :

Champ d'application matériel du principe communautaire de libre circulation des -- : 98, 101, 124

Champ d'application spatial du principe communautaire de libre circulation des -- : 130

Cassis de Dijon : 95, 102 et s., 205, 211, 268

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux : 93

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : 88, 96, 268

Charte sociale européenne : 93

Clause « marché intérieur » : 235 et s.

Clauses abusives

V. consommation (directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives)

Comité d'entreprise

Directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs : 305 et s., 317 et s.

V. aussi Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits

« **Commerce clause** » : 248

Commerce électronique

Contrats en ligne : 230 et s., 618 et s.
Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive commerce électronique ») : 219, 225 et s.
Commission contre Espagne: 458, 522, 541 et s.
Communautarisation : 2, 4, 7, 261 et s., 267
-- des règles de conflit : 583 et s.
Compétences d'attribution (du droit communautaire) : 1
Concurrence
Champ d'application spatial du droit communautaire de la concurrence : 134
Généralités (droit interne et droit international privé) : 28, 51
Impérativité du droit communautaire de la concurrence : 79, 256 et s.
Congés payés : 426, 431, 447
Consommateur (actif/passif) : 459, 497, 505 et s., 597, 622 et s.
Consommation
- Directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux : 321
- Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux : 321, 331, 550, 565, 589 et s.
- Directive 87/102/CEE du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation : 565, 589 et s.
- Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : 332, 395, 458, 508 et s., 555 et s.
- Directive 94/47 du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou plusieurs biens

immobiliers : 319, 341, 508 et s., 528 et s., 538, 549 et s., 566 et s., 570 et s.
- Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance : 332, 508 et s., 572
- Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation : 332, 508 et s., 566, 572
- Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs: 332, 508 et s.
- Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur : 236
V. aussi lien étroit (dans les directives consommateurs)
- Rapports transfrontières de consommation : 490 et s.
Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation : 408, 497
Convention de Rome : 4, 158 et s., 336 et s., 357 et s.
Articulation avec les directives consommateurs : 509 et s.
Protocoles sur l'interprétation de la convention : 584
V. aussi disposition impérative protectrice, loi de police
Coopération intergouvernementale : 4, 158
Coordination : 5, 12, 211
Cotisations patronales : 418 et s.
Courrier électronique : 626

D

Dassonville : 101
Dépeçage : 180, 380 et s., 458, 465, 565
Détachement
Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services : 150, 249, 428 et s.

Jurisprudence relative au -- : 221, 414 et s.

Disposition impérative protectrice

Article 5 de la convention de Rome : 66, 68, 376 et s., 457 et s., 585 et s., 597 et s., 617 et s.

Article 6 de la convention de Rome : 68, 361 et s., 376 et s., 417

Articulation entre l'article 7 et l'article 5 de la convention de Rome : 493 et s.

Articulation entre l'article 7 et l'article 6 de la convention de Rome : 372 et s., 417

-- dans la directive « détachement » : 434 et s., 440, 450 et s.

-- dans les directives consoméristes : 535 et s., 546 et s., 588 et s.

Distinction avec les lois de police en général : 358 et s., 479 et s., 489 et s., 588 et s.

Diversité législative

V. entrave (et diversité)

Domaine coordonné : 226 et s.

E

Economic due process : 248

Eco Swiss : 198, 259 et s.

Effet direct : 1, 83 et s., 127, 175, 273, 326

Effet utile : 84, 148, 273, 326

Efficacité (test d') : 107

Egalité

V. non discrimination (principe de)

Electio juris (clause d'-)

Entrave

Critère de l'entrave aléatoire ou sensible : 114, 123

-- autorisées : 104 et s.

-- et diversité : 455 et s.

-- et droit privé : 118 et s., 222 et s.

-- et problématique des situations internes : 135 et s.

-- et situations « semi-communautaires » : 142 et s.

Généralités : 87, 98 et s., 175, 219, 411, 416, 419 et s., 566 et s.

Relations avec l'article 5 de la convention de Rome : 457 et s.

V. aussi Cassis de Dijon, Keck et Mithouard

Etablissement (liberté d') : 132, 150, 220, 411

Etiquetage : 472 et s.

Equivalence : 107, 204 et s., 446

F

Finalarte : 421, 426, 447

Focalisation : 646 et s.

Francescakis : 37, 42 et s., 370

Fraude à la loi : 521 et s.

G

GB-Inno-BM : 86, 107, 468

H

Harmonie internationale des solutions : 484

Harmonisation

Degrés d'harmonisation : 108, 208

- en droit social européen : 91 et s., 446 et s.

- en droit de la consommation : 94 et s.

-- et reconnaissance mutuelle : 207 et s.

Incidence sur la mise en œuvre du contrôle des entraves : 98, 108, 200, 233 et s., 268, 446 et s., 461 et s.

I

Ignorance excusable : 601 et s., 649 et s.

Impérativité : 523

Définition : 20

Lien avec l'ordre public : 19 et s.

Rapport avec la sphère d'application spatiale : 328 et s.

Ingmar : 151, 181, 322, 348, 397 et s., 488, 588 et s.

Inlandsbeziehung : 58 et s.

Instrumentalisation (du droit international privé) : 4, 159 et s., 248 et s., 276 et s., 297 et s.

Interchangeabilité (test d') : 107, 278, 568

Intérêt général : 200, 244, 247, 267, 438, 443 et s.

Raison expresse d'intérêt général : 105, 269 et s.

Raison impérieuse d'intérêt général : 87, 106, 108, 269 et s., 416, 419, 460
Internationalité : 5 et s., 153, 157, 593 et s.
Interprétation téléologique : 74, 82 et s., 148, 273

K

Keck et Mithouard : 111 et s., 212, 223
Koestler : 166
Krombach : 190, 262

L

Langue : 175, 472 et s.
Libre circulation (principe de)
Généralités : 74, 79, 81, 98
-- et droit privé : 117 et s.
Portée sur les relations nouées entre particuliers : 175
Lien étroit :
-- dans les directives consuméristes : 320, 508 et s., 522 et s., 540 et s., 558 et s.
-- en matière de contrat d'agence commerciale : 408 et s.
Livre vert sur la transformation de la convention de Rome : 584, 591, 594, 598 et s.
Localisation : 620, 624 et s.
Loi d'application immédiate
V. loi de police
Loi de police
Articulation entre l'article 7 et l'article 5 de la convention de Rome : 493 et s.
Articulation entre l'article 7 et l'article 6 de la convention de Rome : 372 et s., 417
Comparaison et articulation avec les dispositions impératives protectrices en général : 359, 361 et s., 376 et s., 479 et s., 489 et s., 588 et s.
Comparaison avec les raisons expresses et impérieuses d'intérêt général : 269
-- dans la directive « détachement » : 430 et s., 439 et s., 442, 450 et s.
-- dans les directives « assurances » : 291, 294
-- dans les directives consuméristes : 321, 513 et s., 332 et s., 525, 545
-- dans les directives de droit social : 304 et s.

-- et champ d'application spatial du droit primaire : 5, 252 et s., 271 et s.
Présentation générale : 37 et s.
Loi de police étrangère : 178 et s., 216, 291, 294, 515, 526
Loi étrangère (régime procédural) : 199, 393 et s.
Lopes da Veiga : 145, 271

M

Marchandises (libre circulation des) :
Champ d'application matériel du principe communautaire de libre circulation des -- : 98, 101
Champ d'application spatial du principe communautaire de libre circulation des -- : 129, 151 et s.
Mazzoleni : 388, 423, 426, 445
Mesure d'effet équivalent
V. Dassonville
Mesure indistinctement applicable
V. Cassis de Dijon

N

Non discrimination (principe de)
Champ d'application spatial : 145 et s.
Présentation en droit communautaire matériel : 80
-- dans le cadre du contrôle des entraves aux échanges : 102
-- et conflits de lois : 163 et s.
Normatif (caractère – du droit communautaire) : 323 et s., 346
Nouvelle approche : 200, 206

O

Office du juge : 199, 390 et s.
Ordre public (droit interne)
Définitions classiques : 15 et s.
Distinction ordre public de direction/de protection : 25 et s., 89, 96 et s., 419 et s.
Distinction ordre public normatif/finaliste : 30 et s., 377, 419 et s.
-- en droit du travail : 32 et s.
Principe d'-- : 24
Règles d'-- : 24

Relations avec l'impérativité : 15 et s.
Ordre public international
Incidence du droit communautaire : 186 et s., 259 et s.
-- en droit international privé général : 53 et s.
-- dans la directive « détachement » : 435, 437 et s., 441
-- dans les directives consuméristes : 527 et s.
Ordre public de proximité : 57 et s.
Ordre public matériel du droit communautaire :
Champ d'application spatial : 126 et s., 254 et s.
Généralités : 76 et s.

P

Pall : 469
Partie faible : 7, 27, 35
Protection de la – en droit international privé : 63 et s., 395, 490 et s.
Personnes
Champ d'application matériel du principe de libre circulation des -- : 98, 101
Champ d'application spatial du principe communautaire de libre circulation des -- : 131 et s.,
Politiques communautaires
Droit de la consommation : 94 et s., 268, 460
V. aussi consommation (directives)
Droit social : 90 et s., 268, 307 et s., 446 et s.
Portugaia : 421, 426
Prestation de services
V. services
Primauté (principe de) : 193, 251, 261, 488
Principe d'origine : 242
V. aussi clause « marché intérieur »
Principes fondamentaux (du droit communautaire)
V. ordre public matériel du droit communautaire
Prodest : 145, 271

Proportionnalité (Test de) : 107 et s., 166, 388, 411 et s., 419 et s., 445 et s., 466 et s., 481, 566 et s.
Proposition de directive sur les services dans le marché intérieur
Version initiale : 10, 241 et s.
Version modifiée : 243 et s.
Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles : 340
Article 3 : 595
Article 4 : 172, 548
Article 5 : 345, 465, 608 et s., 642 et s.
Article 7 : 409
Article 8 : 592
Article 22 : 340
Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles : 237
Protection sociale
V. salaire, cotisations patronales, congés payés
Proximité (principe de) : 65 et s., 147, 172
V. aussi lien étroit
Publicité : 115, 467 et s.
-- et moteur de recherche : 631

Q

Quadri : 324 et s.

R

Raison expresse d'intérêt général
V. intérêt général
Raison impérieuse d'intérêt général
V. intérêt général
Reconnaissance mutuelle : 10, 200 et s., 426, 446
Analyse théorique : 202 et s.
-- et droit privé : 222 et s.
-- et droit public : 221
Impact sur les règles de conflit: 213 et s., 217 et s., 599
Règle de conflit à coloration substantielle : 60 et s., 170
Règle de conflit bilatérale
Généralités en droit international privé : 3, 5, 12, 357 et s.

Fonction en droit international privé communautaire : 276 et s.

V. aussi assurances (règles de conflit)

Règle de conflit cachée : 214 et s.

Règle matérielle (de droit international privé) : 306, 331, 519 et s., 557

Règlement communautaire

Généralités : 4, 342

Règlement 1346/2000/CE du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité : 187

Règlement du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I ») : 187, 189, 642 et s.

Rémunération

V. salaire

Renault : 190

Renvoi : 177, 290, 293

S

Salaire : 418, 421 et s., 431, 436

Savigny : 3, 276 et s.

Sécurité juridique : 12, 159 et s., 172 et s., 284, 299 et s., 351, 564 et s.

Services

Champ d'application matériel du principe communautaire de libre circulation des -- : 98, 101, 103, 117 et s.

V. aussi détachement

Champ d'application spatial du principe communautaire de libre circulation des -- : 133

-- dans la directive « commerce électronique » : 230

Principe de libre prestation des -- dans la proposition de directive « services » : 245

Situation interne : 135 et s.

Subsidiarité (principe de) : 73

Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-lits : 44, 370

T

Tests communautaires

V. entrave, proportionnalité (principe de)

Territorialité

-- des lois de police : 43, 51, 164 et s., 307 et s., 366, 434, 466

-- du droit primaire : 144 et s., 147, 348

V. aussi unilatéralisme (droit primaire)

Timesharing

V. consommation (directive 94/47 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou plusieurs biens immobiliers)

Traités communautaires

-- institutifs : 79 et s.

Traité de Maastricht : 96, 268

Traité d'Amsterdam : 2, 4, 93, 96, 158

Transposition (des directives communautaires) : 274, 336 et s., 350, 463, 543, 555 et s., 569 et s., 574 et s.

Transfert d'entreprise : 150, 350

U

Unilatéralisme : 7, 148

-- dans les lois nationales de transposition des directives consuméristes : 560 et s.

-- en droit dérivé : 304 et s., 311 et s., 324 et s., 334, 338 et s., 346

-- en droit primaire : 252, 254 et s., 271 et s.

V

Van Gend & Loos : 1

W

Walrave : 145, 271

Walt Wilhelm : 164 et s.

Wolff et Müller : 421, 426, 445

Y

Yves Rocher : 470

TABLE DES MATIÈRES

Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois).

PLAN SOMMAIRE	p. 2
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	p. 5
INTRODUCTION	p. 7
Chapitre préliminaire : <u>De quelques clarifications conceptuelles en matières d'ordre public et d'impérativité (droit substantiel et droit international privé.)</u>	p. 24
Section I : <i>L'approche classique de droit interne.</i>	p. 25
<u>§ I : Principaux traits caractéristiques de l'ordre public.</u>	p. 25
A. Relations entre ordre public et impérativité.	p. 25
B. L'hétérogénéité de l'ordre public ou la coexistence d'ordres publics.	p. 27
1. <u>L'hétérogénéité du contenu de l'ordre public.</u>	p. 27
2. <u>L'hétérogénéité formelle : la distinction entre les règles d'ordre public et les principes d'ordre public.</u>	p. 28
<u>§ II : L'importance de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction.</u>	p. 29
A. Présentation de la distinction.	p. 30
B. Limites de la distinction.	p. 32
C. Le dépassement des critiques.	p. 34
<u>§ III : L'éclairage de la distinction entre ordre public normatif et ordre public finaliste.</u>	p. 37
A. Présentation de la distinction.	p. 37
B. Illustration de la distinction en droit du travail.	p. 38
1. <u>La spécificité de l'ordre public social.</u>	p. 39
2. <u>La coexistence de l' « ordre public social » avec d'autres normes concernant l'ordre public.</u>	p. 40
C. Une généralisation du concept ?	p. 41
Section II : <i>La projection, en droit international privé, de l'ordre public du droit interne.</i>	p. 42
<u>§ I : Une méthode incarnant une conception normative de l'ordre public : les lois de police.</u>	p. 43

A. Précisions terminologiques.	p. 44
1. Les lois de police : une méthode reflétant l'impérativité du droit interne.	p. 44
2. La relativité du concept.	p. 45
3. Retour sur les critères d'identification initiaux des lois de police.	p. 48
a) Une approche initialement restrictive.	p. 48
b) Importance de la notion de « structure ».	p. 49
c) Les lois de police dans la jurisprudence ancienne.	p. 51
d) Le domaine d'extension possible des lois de police.	p. 51
B. Positionnement des lois de police par rapport aux distinctions de droit interne en matière d'ordre public.	p. 54
1. Lois de police et distinction entre approche normative et approche finaliste de l'ordre public.	p. 54
a) L'antagonisme entre lois de police et conception finaliste de l'ordre public.	p. 54
b) Lien entre lois de police et conception normative de l'ordre public.	p. 55
2. Lois de police et distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction.	p. 56
a) Le domaine incontesté des lois de police : l'ordre public de direction.	p. 56
b) L'inadaptation de la méthode des lois de police à l'ordre public de protection.	p. 57
§ II : Les méthodes se rattachant à une conception finaliste de l'ordre public.	p. 58
A. L'exception d'ordre public international.	p. 58
1. Précisions quant au mécanisme.	p. 59
2. Précisions quant au contenu de l'ordre public international.	p. 60
3. L'ordre public de proximité.	p. 61
a) Présentation du mécanisme.	p. 61
b) Potentialité du mécanisme en vue de l'élaboration de règles de conflit à coloration substantielle.	p. 63
B. Les règles de conflit à coloration substantielle.	p. 64
1. Genèse des règles de conflit à caractère substantiel.	p. 64
2. Caractères communs aux règles de conflit à coloration substantielle.	p. 65
3. La variété des formules.	p. 66
a) L'inadaptation du rattachement rigide en vue d'assurer la protection de la partie faible.	p. 66
α) Prévisibilité de la loi applicable et principe de proximité.	p. 66

β) L'exemple de la comparaison entre l'article 5 de la convention de Rome et le droit international privé suisse (l'art. 120 LDIP).	p. 67
b) <i>Les inconvénients de la règle de rattachement souple.</i>	p. 69
c) <i>Un système équilibré : les articles 5 et 6 de la convention de Rome.</i>	p. 70

1 ^{ère} partie : RECHERCHES SUR LES SPÉCIFICITÉS D'UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE SOURCE COMMUNAUTAIRE.	p. 72
Titre I : <u>La mainmise du droit communautaire sur le concept d'ordre public.</u>	p. 75
Chapitre I : <u>Présentation générale de l'ordre public dans le contexte communautaire.</u>	p. 77
Section I : <i>La physionomie de l'ordre public matériel dans la structure communautaire.</i>	p. 78
<u>§ I : L'ordre public : un instrument au service de l'intégration européenne.</u>	p. 78
A. Présentation générale des objectifs du droit communautaire.	p. 78
B. La place essentielle du principe de non discrimination en raison de la nationalité.	p. 80
C. Présentation des principales libertés de circulation.	p. 83
<u>§ II : L'approche téléologique de l'ordre public en tant que moteur de l'intégration.</u>	p. 84
A. Présentation du mode d'interprétation téléologique de la Cour de justice.	p. 84
B. La mise en œuvre : l'évolution générale du système juridique communautaire.	p. 86
1. <u>L'extension du domaine personnel.</u>	p. 86
2. <u>L'extension du domaine matériel.</u>	p. 87
<u>§ III : L'évolution de la philosophie générale sous-tendant le projet communautaire.</u>	p. 89
Section II : <i>L'ordre public à travers la dualité des fondements de l'harmonisation.</i>	p. 90
<u>§ I : L'exemple du droit du travail.</u>	p. 91
A. L'enjeu de l'harmonisation.	p. 91
B. Le droit social envisagé en tant que « sous-produit » du droit économique.	p. 92
C. L'apparition d'un fondement autonome en matière de politique sociale.	p. 93
<u>§ II : L'exemple du droit de la consommation.</u>	p. 94
A. Le rattachement initial aux objectifs de réalisation du marché intérieur.	p. 95
B. Vers l'autonomie de la politique consumériste.	p. 96
<u>§ III : Conclusion.</u>	p. 98
Chapitre II : <u>L'étendue matérielle de l'ordre public substantiel du droit communautaire.</u>	p. 100

Section I : <i>Présentation générale du contrôle de la compatibilité de la norme nationale avec l'ordre public communautaire matériel.</i> -----	p. 101
<u>§ I : L'extension du domaine matériel du contrôle.</u> -----	p. 101
A. Une définition large du concept de mesure d'effet équivalent. -----	p. 101
B. Le dépassement des mesures discriminatoires. -----	p. 103
<u>§ II : Les entraves autorisées.</u> -----	p. 105
A. Les mécanismes prévus par les traités constitutifs. -----	p. 106
B. L'émergence du concept de « raison impérieuse d'intérêt général ». -----	p. 107
C. Présentation générale du contrôle de proportionnalité. -----	p. 108
D. L'incidence de l'harmonisation des droits nationaux. -----	p. 110
<u>§ III : Le coup d'arrêt : la jurisprudence <i>Keck et Mithouard</i>.</u> -----	p. 113
A. Présentation de la décision. -----	p. 113
B. La portée et le devenir de la décision. -----	p. 115
1. <u>Les critères suggérés en doctrine.</u> -----	p. 115
2. <u>L'orientation de la jurisprudence postérieure à l'arrêt <i>Keck</i>.</u> -----	p. 116
Section II : <i>Libertés communautaires et droit privé.</i> -----	p. 119
<u>§ I : La question de la transposition de la jurisprudence <i>Keck</i> aux services.</u> -----	p. 119
A. L'enseignement de l'arrêt <i>Alpine Investments</i>. -----	p. 120
B. Recherches sur l'emprise du droit communautaire sur le droit privé à partir de l'arrêt <i>Keck</i>. -----	p. 122
<u>§ II : L'entrave suffisamment sensible.</u> -----	p. 124
<u>Conclusion du chapitre II.</u> -----	p. 126
Chapitre III : <u>L'étendue spatiale de l'ordre public substantiel du droit communautaire.</u> -	p. 128
Section I : <i>Le principe : une application cantonnée aux relations intracommunautaires.</i> ----	
-----	p. 128
<u>§ I : Présentation des critères d'application des règles fondamentales du droit communautaire.</u> -----	p. 129
A. Les marchandises. -----	p. 130
B. Les capitaux. -----	p. 130
C. Les personnes. -----	p. 131
1. <u>Libre circulation des travailleurs et liberté d'établissement (personnes au sens strict).</u> p.	132
2. <u>La libre circulation des services.</u> -----	p. 133
D. La concurrence. -----	p. 133
<u>§ II : Une extension à certaines situations internes.</u> -----	p. 135

A. Les marchandises. -----	p. 136
B. Les personnes. -----	p. 139
C. Les implications de cette jurisprudence pour le droit privé et le droit international privé des contrats. -----	p. 140
Section II : <i>Une extension à certaines situations « semi-communautaires ».</i> -----	p. 142
<u>§ I : L'extension prétorienne : l'exemple de la jurisprudence relative aux travailleurs.</u> ---	
-----	p. 142
A. Panorama de la jurisprudence. -----	p. 142
B. Essai de synthèse sur les critères spatiaux du droit communautaire. -----	p. 146
<u>§ II : L'enseignement du droit dérivé.</u> -----	p. 149
A. Les textes. -----	p. 149
B. L'éclairage de la Cour de justice. -----	p. 150
Conclusion du chapitre III. -----	p. 154
Conclusion du titre I. -----	p. 155
Titre II : <u>Recherches sur les spécificités du contenu du droit international privé communautaire.</u> -----	p. 156
Chapitre I : <u>Prospective sur l'évolution générale du droit international privé au contact du droit communautaire.</u> -----	p. 156
Section I : <i>Recherches sur l'influence de l'ordre public communautaire au stade de la formulation de la règle de conflit.</i> -----	p. 160
<u>§ I : Conflits de lois et interdiction des discriminations.</u> -----	p. 161
A. Discrimination et application territoriale des normes. -----	p. 162
1. L'enseignement de l'arrêt <i>Walt Wilhelm</i> . -----	p. 162
2. Les limites du raisonnement « territorialiste ». -----	p. 164
B. Les règles de conflit ouvertement discriminatoires. -----	p. 166
1. L'enseignement de l'arrêt <i>Boukhalfa</i> . -----	p. 166
2. Caractère discriminatoire des règles de conflit à coloration substantielle. -----	p. 167
<u>§ II : Confrontation des objectifs sous-tendant les solutions générales du conflit de lois aux exigences communautaires.</u> -----	p. 169
A. La place du principe de proximité. -----	p. 169
B. La convergence vers un principe de sécurité juridique. -----	p. 171
1. Les indications fournies par le droit communautaire. -----	p. 171
2. Recherches sur les limites du principe d'autonomie en droit communautaire. -----	p. 173
Conclusion de la section I. -----	p. 175

Section II : <i>Recherches sur l'influence de l'ordre public communautaire sur certains mécanismes d'exception.</i> -----	p. 176
§ I : La place de la théorie des lois de police étrangères. -----	p. 177
A. Les obstacles au recours aux lois de police étrangères. -----	p. 178
B. Intérêts du recours à la méthode des lois de police étrangères. -----	p. 180
1. <u>Le contexte communautaire propice au recours aux lois de police étrangères.</u> -----	p. 180
2. <u>L'application des lois de police par l'arbitre.</u> -----	p. 182
C. L'apport de l'article 7.1 de la convention de Rome. -----	p. 184
1. <u>Les garanties visant à préserver la cohérence du contrat.</u> -----	p. 184
2. <u>Les garanties permettant de résoudre de potentiels conflits de lois de police.</u> -----	p. 186
§ II : L'exception d'ordre public international. -----	p. 187
A. La retenue dans la mise en œuvre de l'exception. -----	p. 188
1. <u>Au stade de la détermination de la compétence législative.</u> -----	p. 189
2. <u>Au stade de la reconnaissance des décisions.</u> -----	p. 190
B. L'exception d'ordre public international, outil au service des objectifs communautaires. -----	p. 193
1. <u>Au stade de la détermination de la compétence législative.</u> -----	p. 193
a) <i>Les données du droit communautaire.</i> -----	p. 193
b) <i>Recherches sur le procédé d'éviction de la loi d'un autre Etat membre.</i> -----	p. 194
2. <u>Au stade de la reconnaissance des décisions.</u> -----	p. 197
a) <i>L'ordre public international, concept autonome du droit communautaire.</i> -----	p. 198
b) <i>L'intégration des exigences communautaires dans la réserve nationale.</i> -----	p. 199
<u>Conclusion de la section II.</u> -----	p. 200
Chapitre II : <u>L'impact du principe de reconnaissance mutuelle sur les règles de conflit.</u> p.	202
Section I : <i>Analyse théorique du concept.</i> -----	p. 204
§ I : Présentation générale du concept de reconnaissance mutuelle. -----	p. 205
A. L'origine du concept. -----	p. 205
B. Le postulat de l'équivalence des règles nationales. -----	p. 208
§ II : Les différentes approches du concept. -----	p. 211
A. L'analyse internationaliste. -----	p. 211
B. Un compromis entre harmonisation et mise en concurrence des lois. -----	p. 212
C. L'éclairage de l'analyse économique du droit. -----	p. 213
§ III : L'impact du principe de reconnaissance mutuelle sur les règles de conflit de lois en droit primaire. -----	p. 215

A. Présentation de la thèse de la règle de conflit cachée à portée générale.	----- p. 216
B. L'intervention <i>a posteriori</i>.	----- p. 217
Section II : <i>Les incertitudes concernant la portée du principe de reconnaissance mutuelle en droit dérivé.</i>	----- p. 221
<u>§ I : Recherches sur le domaine du principe de reconnaissance mutuelle.</u>	----- p. 221
A. Son application indiscutable en matière de réglementations « administratives ».	p. 221
B. Son extension problématique au droit privé.	----- p. 224
<u>§ II : L'extension du domaine de la reconnaissance mutuelle : l'exemple de la directive « commerce électronique ».</u>	----- p. 229
A. Le moyen : le recours au concept de « domaine coordonné ».	----- p. 229
1. <u>Présentation générale de la méthode.</u>	----- p. 229
2. <u>Le domaine coordonné dans la directive « commerce électronique ».</u>	----- p. 230
a) <i>Une certitude : son emprise sur le droit privé.</i>	----- p. 230
b) <i>Une extension du concept de « services » aux marchandises.</i>	----- p. 232
c) <i>Un découpage minutieux du contrat.</i>	----- p. 233
3. <u>Les objectifs sous-tendant la méthode visant à faire référence au « domaine coordonné ».</u>	----- p. 233
a) <i>L'enjeu de la définition du domaine coordonné.</i>	----- p. 233
b) <i>Une méthode au service d'une intégration renforcée.</i>	----- p. 236
B. Présentation des clauses « marché intérieur ».	----- p. 237
1. <u>L'analyse de la clause en termes de règle de conflit communautaire.</u>	----- p. 239
2. <u>L'analyse rejetant l'impact de la clause sur les conflits de lois.</u>	----- p. 240
3. <u>L'analyse en termes de règle d'applicabilité.</u>	----- p. 244
4. <u>L'analyse distinguant l'effet de la clause selon le pays d'origine et celui de destination.</u>	----- p. 245
<u>§ III : Le reflux du domaine de la reconnaissance mutuelle : l'exemple de la proposition modifiée de directive « services ».</u>	----- p. 249
A. Le débat suscité par la proposition initiale de directive « services ».	----- p. 250
B. La proposition modifiée de directive « services ».	----- p. 252
1. <u>La recherche d'un équilibre.</u>	----- p. 252
2. <u>Le principe de libre prestation des services.</u>	----- p. 253
3. <u>Les relations entre la proposition de directive et le droit international privé.</u>	----- p. 255
C. L'alternative : le recours à la technique conflictuelle.	----- p. 256
<u>Conclusion de la section II.</u>	----- p. 259

Titre III : <u>Méthodes du droit international privé et champ d'application spatial du droit communautaire.</u>	p. 261
Chapitre I : <u>La place respective des principales méthodes de droit international privé dans la détermination du champ d'application spatial du droit communautaire.</u>	p. 262
Section I : <i>La détermination du champ d'application spatial des normes impératives du droit primaire.</i>	p. 264
<u>§ I : L'incontestable impérativité internationale du droit communautaire de la concurrence.</u>	p. 266
A. La méthode des lois de police.	p. 267
B. L'exception d'ordre public international.	p. 269
1. <u>L'émergence d'un ordre public international de source communautaire.</u>	p. 270
2. <u>Les limites.</u>	p. 272
<u>§ II : L'incidence de l'évolution de la physionomie du projet communautaire.</u>	p. 276
A. Présentation du processus conduisant à la consécration de valeurs non économiques.	p. 276
1. <u>La recherche d'un contenu.</u>	p. 276
2. <u>Liens entre raisons et exigences impératives d'intérêt général et harmonisation.</u>	p. 278
B. Recherches sur la nature des raisons et des exigences impérieuses d'intérêt général.	p. 280
<u>§ III : Rapports entre lois de police et unilatéralisme du droit primaire.</u>	p. 282
Section II : <i>La détermination du champ d'application spatial des normes impératives du droit dérivé (hors droit de la consommation).</i>	p. 285
<u>§ I : Recherches sur la fonction de la méthode bilatérale dans les relations intracommunautaires.</u>	p. 286
A. Une voie nouvelle à explorer.	p. 287
1. <u>Fondement du système intracommunautaire de résolution des conflits de lois.</u>	p. 287
2. <u>Présentation du système intracommunautaire de résolution des conflits de lois.</u>	p. 288
3. <u>Appréciation critique.</u>	p. 290
B. Le droit positif : l'exemple des règles de conflit en matière d'assurance.	p. 292
1. <u>Présentation générale des directives « assurance ».</u>	p. 292
a) <i>L'approche internationaliste.</i>	p. 293
b) <i>L'approche communautaire.</i>	p. 295
2. <u>Présentation des règles de conflit contenues dans les directives « assurance ».</u>	p. 296
a) <i>En matière d' « assurance non vie ».</i>	p. 296

b) <i>En matière d'assurance-vie.</i> -----	p. 298
3. <u>La philosophie sous-tendant les règles de conflit.</u> -----	p. 299
a) <i>Une contribution à l'éradication des distorsions de concurrence.</i> -----	p. 299
b) <i>Une contribution à la sécurité juridique.</i> -----	p. 300
4. <u>Conclusion.</u> -----	p. 302
<u>§ II : La méthode unilatéraliste : un outil d'extension du domaine d'application spatial des normes impératives du droit dérivé.</u> -----	p. 303
A. Les qualifications envisageables. -----	p. 304
B. Recherches sur le domaine d'application spatiale des directives. -----	p. 307
<u>Conclusion du chapitre I.</u> -----	p. 309
Chapitre II : <u>Appréciation sur une généralisation de la méthode unilatérale.</u> -----	p. 311
Section I : <i>Présentation de la thèse en faveur d'une généralisation de la méthode unilatérale.</i> -----	p. 311
<u>§ I : Le constat de l'autodélimitation systématique du domaine d'application spatiale du droit dérivé.</u> -----	p. 312
A. Les fondements du constat. -----	p. 312
1. <u>Présentation de la démarche interprétative de l'auteur.</u> -----	p. 312
2. <u>Mise en œuvre de la démarche interprétative de l'auteur.</u> -----	p. 313
a) <i>Exemple emprunté au droit du travail.</i> -----	p. 313
b) <i>Exemples empruntés au droit de la consommation.</i> -----	p. 314
B. Les explications proposées au constat. -----	p. 317
<u>§ II : La prétendue inadaptation des règles bilatérales au contexte communautaire.</u> p. 320	
A. Choix d'une méthode et distinction entre impérativité et domaine d'application spatial d'une norme. -----	p. 321
1. <u>Présentation théorique de la distinction.</u> -----	p. 321
2. <u>Illustrations en droit communautaire dérivé.</u> -----	p. 321
3. <u>Méthode bilatérale et distinction entre impérativité et domaine d'application spatiale.</u> p. 322	
4. <u>Méthode unilatérale et distinction entre impérativité et domaine d'application spatiale.</u> p. 324	
B. L'incompatibilité entre le constat et l'existence de règles bilatérales. -----	p. 325
1. <u>Conséquences de la thèse dans le cadre de la transposition des directives.</u> -----	p. 325
2. <u>Les conséquences sur le devenir de la convention de Rome.</u> -----	p. 326
Section II : <i>Les critiques à l'encontre d'une généralisation de la méthode unilatérale.</i> p. 327	
<u>§ I : Les inconvénients d'ordre théorique.</u> -----	p. 327
A. Un parti pris en faveur de la thèse unilatéraliste. -----	p. 327

B. La régression du droit international privé.	p. 332
C. La fonction particulière de la méthode unilatérale en droit primaire.	p. 335
<u>§ II : Les difficultés de mise en œuvre.</u>	p. 337
<u>Conclusion sur la thèse de la généralisation de la méthode unilatérale.</u>	p. 340
<u>Conclusion sur les spécificités d'un droit international privé de source communautaire.</u> -	p. 342
2 ^{ème} partie : LA COMBINAISON ENTRE DROIT COMMUNAUTAIRE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (EN VUE D'UN PERFECTIONNEMENT DES MÉTHODES DE RÉOLUTION DU CONFLIT DE LOIS).	p. 346
Titre I : <u>L'importance de la distinction entre lois de police et dispositions impératives protectrices.</u>	p. 350
Chapitre I : <u>Vers une clarification des domaines respectifs des lois de police et des dispositions impératives protectrices.</u>	p. 351
Section I : <i>L'éclairage du droit du travail en vue d'un perfectionnement des méthodes du droit international privé.</i>	p. 352
<u>§ I : L'importance de la distinction entre « dispositions impératives protectrices » et lois de police en droit du travail.</u>	p. 352
A. La solution de la convention de Rome : l'aboutissement d'une évolution prétorienne. -	p. 353
1. <u>Présentation sommaire de la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la convention de Rome.</u>	p. 353
a) <i>L'arrêt Thuillier.</i>	p. 353
b) <i>Les arrêts Air Afrique.</i>	p. 354
2. <u>La convention de Rome : un aboutissement des solutions jurisprudentielles antérieures.</u> ----	p. 356
B. L'enseignement du droit du travail quant au concept de « disposition impérative protectrice ».	p. 357
1. <u>L'éclairage du droit interne en vue du refoulement des lois de police.</u>	p. 357
2. <u>Illustrations jurisprudentielles.</u>	p. 360
<u>§ II: Les potentialités des « dispositions impératives protectrices » en vue du refoulement des lois de police.</u>	p. 363
A. Comparaison entre les lois de police et les « dispositions impératives protectrices ». ---	p. 363

B. Les conséquences en vue du refoulement des lois de police.	p. 365
§ III : De quelques difficultés liées au dépeçage.	p. 367
A. Le dépeçage au service d'un ordre public finaliste protecteur.	p. 367
B. La mise en œuvre du dépeçage.	p. 369
<u>1. Les critères de l'impérativité et de la faveur.</u>	p. 369
<i>a) Considérations théoriques sur les règles de conflit combinatoires.</i>	p. 369
<i>b) L'application jurisprudentielle : l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 12 novembre 2002.</i>	p. 371
<i>α) Présentation du raisonnement de la Cour.</i>	p. 371
<i>β) Approche critique.</i>	p. 372
<i>γ) La position de la Cour de justice.</i>	p. 373
<i>c) La recherche du caractère « impératif » de la norme.</i>	p. 373
<u>2. La question de l'office du juge.</u>	p. 374
<i>a) L'évolution générale de la jurisprudence.</i>	p. 375
<i>α) La mise en œuvre de la règle de conflit.</i>	p. 375
<i>β) La recherche de la teneur de la loi étrangère.</i>	p. 376
<i>b) La position de la jurisprudence récente de la chambre sociale de la Cour de cassation.</i>	p. 377
<i>c) L'apport du droit communautaire.</i>	p. 378
<u>Conclusion de la section I.</u>	p. 379
<u>Section II : L'éclairage de l'arrêt Ingmar.</u>	p. 380
§ I : Examen de l'arrêt Ingmar.	p. 380
A. Présentation de la solution de l'arrêt.	p. 381
B. L'analyse de la directive 86/653/CEE du Conseil sur les agents commerciaux indépendants.	p. 382
C. Motivation du juge.	p. 383
§ II : Mesure de la portée de l'arrêt Ingmar.	p. 384
A. La mise en évidence des dangers de l'approche communautaire.	p. 385
B. La mise en évidence de l'apport du droit communautaire.	p. 389
<u>1. L'enseignement des bases juridiques des directives.</u>	p. 389
<u>2. Vers une précision du lien étroit ?</u>	p. 390
<u>Conclusion de la section II.</u>	p. 393
<u>Chapitre II : L'éclairage des tests communautaires en matière d'entraves.</u>	p. 395
<u>Section I : L'apport du droit communautaire au droit international du travail.</u>	p. 398

<u>§ I : L'évolution prétorienne relative aux travailleurs détachés à titre temporaire au sein de l'Union.</u>	p. 399
A. La toile de fond.	p. 399
1. <u>Rappel du contexte communautaire.</u>	p. 399
2. <u>Les données du droit international privé.</u>	p. 400
B. Panorama de la jurisprudence en matière de détachement.	p. 401
1. <u>Positionnement de l'approche communautaire au regard des distinctions entre ordre public normatif / finaliste et ordre public de protection / de direction.</u>	p. 402
2. <u>Précisions sur les modalités de comparaison entre les législations en concours.</u>	p. 407
a) <i>Le mode d'appréciation de la faveur : l'apport de l'arrêt Mazzoleni.</i>	p. 408
b) <i>De quelques précisions sur le mode de calcul du taux de salaire minimal.</i>	p. 410
C. L'enseignement de la jurisprudence.	p. 412
1. <u>En droit communautaire : sur le principe de reconnaissance mutuelle.</u>	p. 412
2. <u>En droit international privé.</u>	p. 413
<u>§ II : L'apport de la directive sur le détachement des travailleurs transfrontières.</u>	p. 414
A. Présentation des bases juridiques de la directive.	p. 414
B. Présentation des solutions de la directive concernant l'ordre public (<i>lato sensu</i>).	p. 416
1. <u>Nature des règles visées dans la liste prévue par la directive.</u>	p. 416
a) <i>Position de la doctrine.</i>	p. 417
b) <i>L'affinement de l'analyse.</i>	p. 417
2. <u>Nature de la réserve de l'ordre public.</u>	p. 421
a) <i>L'analyse sous l'angle du droit communautaire.</i>	p. 422
b) <i>L'analyse sous l'angle du droit international privé.</i>	p. 423
C. Bilan sur l'apport de la directive.	p. 425
1. <u>L'angle du droit communautaire.</u>	p. 425
a) <i>La subsistance du test de proportionnalité.</i>	p. 425
b) <i>L'incidence de l'harmonisation.</i>	p. 426
2. <u>L'angle du droit international privé.</u>	p. 430
Section II : <i>Recherches sur l'impact du droit communautaire en droit des rapports transfrontières de consommation au sein de l'Union.</i>	p. 433
<u>§ I : Mesure de la compatibilité de l'article 5 avec les libertés communautaires.</u>	p. 436
A. De faibles indications actuelles.	p. 436
B. L'incidence de l'harmonisation.	p. 439
C. L'orientation du droit international privé communautaire.	p. 442

§ II : L'enseignement de la mise en œuvre des « tests communautaires ».	----- p. 443
A. La jurisprudence relative à la publicité.	----- p. 444
B. La jurisprudence relative à la langue utilisée en matière d'étiquetage.	----- p. 448
<u>Conclusion de la section II.</u>	----- p. 455
<u>Conclusion générale du chapitre II : Bilan sur les rapports entre droit communautaire d'un côté et lois de police et dispositions impératives protectrices de l'autre.</u>	----- p. 456
Titre II : <u>Les perspectives d'un perfectionnement des mécanismes du droit international privé en matière d'ordre public.</u>	----- p. 460
Chapitre I : <u>L'identification des difficultés concernant la protection du consommateur en droit international privé.</u>	----- p. 462
Section I : <i>La combinaison entre l'article 5 de la convention de Rome et les autres textes relatifs à l'ordre public.</i>	----- p. 463
<u>§ I : Le contexte juridique en matière de protection des consommateurs transfrontières.</u>	----- p. 465
A. Les incertitudes concernant la nature des règles protectrices des consommateurs.	----- p. 465
B. Applications jurisprudentielles.	----- p. 467
<u>§ II : Exposé du débat relatif à la combinaison entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome.</u>	----- p. 468
A. La diversité des thèses.	----- p. 469
1. La doctrine.	----- p. 469
<i>a) La thèse du refus du cumul.</i>	----- p. 469
<i>b) La thèse en faveur du cumul.</i>	----- p. 470
2. La jurisprudence.	----- p. 473
B. Appréciation critique.	----- p. 477
<u>§ III : La recherche d'une lecture conciliatrice des textes relatifs à l'ordre public.</u>	p. 479
A. La protection minimale du consommateur actif.	----- p. 480
B. La protection optimale du consommateur passif.	----- p. 480
Section II : <i>L'éclosion de règles de droit international privé spéciales en droit dérivé.</i>	p. 481
<u>§ I : Articulation entre les directives et la convention de Rome.</u>	----- p. 484
A. Le conflit hiérarchique de normes.	----- p. 484
B. La tentative de conciliation entre les directives et la convention de Rome.	----- p. 486
<u>§ II : Comparaison avec les principaux mécanismes de droit international privé.</u>	-- p. 490
A. Une règle matérielle de droit international privé ?	----- p. 491

1. Rapprochement. -----	p. 491
2. Limites. -----	p. 492
B. Une volonté de déjouer une « fraude à la loi » ? -----	p. 493
1. Rapprochement. -----	p. 493
2. Limites. -----	p. 494
C. Une loi de police ? -----	p. 496
1. La théorie classique des lois de police. -----	p. 496
2. Le rapprochement entre les lois nationales de transposition et la théorie des lois de police étrangères. -----	p. 497
D. L'exception d'ordre public international ? -----	p. 498
1. Rapprochement. -----	p. 498
2. Les incertitudes lors de la mise en œuvre du mécanisme. -----	p. 499
a) L'incertitude concernant le choix de la loi de substitution. -----	p. 499
b) L'incertitude entourant l'étendue de la substitution. -----	p. 501
<u>§ III : Le choix en faveur d'une disposition impérative protectrice.</u> -----	p. 502
A. Justification de ce choix. -----	p. 503
B. La fonction du « lien étroit » dans l'élaboration de règles de conflit <i>in favorem</i>. p. 505	
1. Présentation de l'arrêt CJCE, 9 septembre 2004, <i>Commission contre Espagne</i> . -----	p. 506
2. Répercussions sur le parallèle entre les formules des directives et les dispositions impératives protectrices. -----	p. 507
a) Présentation de la thèse soulignant la spécificité de la fonction du lien étroit en droit communautaire. -----	p. 508
b) Notre position : l'absence de spécificité du principe de proximité en droit communautaire. -----	p. 509
C. Analyse critique du facteur de rattachement de la directive <i>timesharing</i>. -----	p. 511
<u>Conclusion de la section II.</u> -----	p. 513
Section III : <i>Le bilan de l'expérience du droit de la consommation.</i> -----	p. 514
<u>§ I : L'atteinte à l'unification du conflit de lois.</u> -----	p. 515
A. Exemples de lois de transposition de la directive « clauses abusives ». -----	p. 515
B. La disparité des méthodes de droit international privé. -----	p. 519
C. Les inconvénients des formules unilatérales. -----	p. 521
<u>§ II : la sécurité juridique malmenée.</u> -----	p. 524
A. Un éparpillement de la règle de conflit. -----	p. 524
B. Incertitudes liées à l'issue des tests communautaires. -----	p. 525

<u>§ III : Des tentatives récentes d'amélioration des mécanismes de transposition.</u>	---- p. 528
<u>§ IV : Considérations techniques.</u>	----- p. 532
A. Les problèmes liés au défaut de transposition.	----- p. 532
B. L'impossible unification du conflit de lois par le recours à des directives.	----- p. 534
<u>Conclusion du chapitre I.</u>	----- p. 535
Chapitre II : <u>Les remèdes envisagés dans le cadre d'une communautarisation des règles de conflit de lois.</u>	----- p. 539
Section I : <i>Une exploitation accrue du concept de « disposition impérative protectrice ».</i>	-----
-----	p. 541
<u>§ I : Les données du droit communautaire.</u>	----- p. 542
A. L'impact de la jurisprudence <i>Ingmar</i> sur le droit de la consommation.	----- p. 542
1. <u>Les inquiétudes suscitées par l'arrêt <i>Ingmar</i>.</u>	----- p. 543
2. <u>Les suggestions présentées dans le Livre vert.</u>	----- p. 544
B. La prise en compte de l'altération du concept d'internationalité.	----- p. 546
<u>§ II : L'extension du domaine de l'actuel article 5 de la convention de Rome.</u>	----- p. 551
A. Le caractère trop restrictif de l'actuel article 5.	----- p. 551
B. Les suggestions d'extension du domaine de l'article 5.	----- p. 552
1. <u>Tour d'horizon des principales suggestions.</u>	----- p. 552
a) <i>La question préalable de l'incidence des libertés communautaires.</i>	----- p. 552
b) <i>Première suggestion.</i>	----- p. 553
c) <i>Deuxième suggestion.</i>	----- p. 554
c) <i>Troisième suggestion : la proposition du Groupe européen de droit international privé.</i>	----
-----	p. 556
α) <i>Le domaine général de la protection.</i>	----- p. 556
β) <i>Les limites de la protection.</i>	----- p. 558
2. <u>Solution retenue dans la proposition de règlement « Rome I ».</u>	----- p. 559
a) <i>Présentation de la solution.</i>	----- p. 559
b) <i>Critique de la solution.</i>	----- p. 561
<u>Conclusion de la section I.</u>	----- p. 563
Section II : <i>L'adaptation des règles de la convention de Rome aux contrats passés sur Internet.</i>	----- p. 564
<u>§ I : Mesure de la spécificité des contrats conclus en ligne.</u>	----- p. 564
<u>§ II : Les règles de la convention de Rome visant à protéger les consommateurs à l'épreuve des contrats électroniques.</u>	----- p. 569

A. Première circonstance.	p. 569
1. <u>La condition tenant à l’accomplissement, par le consommateur, des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans son pays de résidence habituelle.</u>	p. 569
2. <u>La condition tenant à l’existence d’une publicité ou d’une offre spécialement faite au consommateur dans son pays de résidence habituelle.</u>	p. 570
a) <i>L’hypothèse simple des courriers électroniques non sollicités.</i>	p. 570
b) <i>L’hypothèse délicate des bandeaux publicitaires.</i>	p. 571
c) <i>Publicité et moteurs de recherche.</i>	p. 573
d) <i>L’hypothèse du consommateur accédant de sa propre initiative à un site.</i>	p. 574
B. Deuxième circonstance.	p. 577
C. Troisième circonstance.	p. 578
D. L’exclusion de l’article 5.4, b).	p. 579
<u>§ III : La recherche de critères de substitution.</u>	p. 579
A. L’alignement sur le règlement « Bruxelles I ».	p. 580
1. <u>Présentation du critère de l’« activité dirigée vers ».</u>	p. 581
2. <u>Appréciation critique.</u>	p. 583
B. L’apport de la méthode de la « focalisation ».	p. 584
1. <u>Présentation de la fonction de la focalisation.</u>	p. 585
2. <u>L’apport de la théorie sur la mise en œuvre du concept d’« activité dirigée vers ».</u>	p. 586
C. La condition relative à la connaissance de la qualité du cocontractant.	p. 587
<u>Conclusion de la seconde partie.</u>	p. 591
CONCLUSION GÉNÉRALE	p. 593
BIBLIOGRAPHIE	p. 597
INDEX	p. 624
TABLE DES MATIÈRES	p. 630