

Chapitre 2 : Le droit applicable au contrat : Contrats impliquant une partie faible

Histoire récente. Le principe d'autonomie.

Jusqu'à une époque relativement récente, le régime des contrats internationaux était unitaire et faisait une place privilégiée au principe d'autonomie. Ainsi, le contrat liant deux parties professionnelles, comme celui qui met en présence un rapport de dépendance, était régi par la loi librement choisie par les parties. La seule limite à ce libéralisme était l'exigence du rattachement du contrat à une loi étatique (Messageries maritimes, 1950) aujourd'hui très discuté en raison de l'essor de la *lex mercatoria*. En cas d'absence de choix par les parties, le juge devait rechercher, d'après le contenu du contrat et les circonstances de la cause, celle qui exprimait le mieux la « localisation objective » du contrat (Batiffol). Conçue pour répondre aux besoins spécifiques du contrat international, une solution aussi libérale exigeait de définir soigneusement l'internationalité afin d'en exclure les situations purement internes soumises à des contraintes plus fortes. On a hésité cependant entre une définition dite juridique ou conflictuelle (comp. celle de la CVIM 1980 : établissement des parties dans deux pays contractants différents) et une définition économique, tirée du flux transfrontière de valeurs (jspd dite Matter des années 1920 relative aux clauses-or).

Apparition des lois de police contractuelle. Toutefois, les lois de police économiques ont commencé à faire leur apparition à partir de l'entre-deux-guerres. Ces lois, qui définissaient leur propre domaine dans l'espace et s'imposaient indépendamment de la loi normalement applicable (manifestation de l'unilatéralisme), étaient susceptibles de mettre en échec la liberté contractuelle. Objet d'abord d'une attention soutenue de la part de la doctrine allemande (Neumayer, Zweigert), le phénomène a été systématisé en France par Ph. Francescakis sous l'appellation « lois d'application immédiate » (Rev crit DIP 1966.1). Véhiculant initialement des finalités de protection de l'économie nationale, revêtant un caractère de droit public et visant pour l'essentiel un champ territorial (réglementation des changes ; protection de la concurrence ou des marchés en général), cette première génération de lois de police a été succédée par une autre à partir des années 1970, cette fois de droit privé, axée sur la protection d'intérêts catégoriels (salariés, consommateurs), et comportant souvent un rattachement (= un domaine) moins territorial que personnel (par ex, loi française protectrice des consommateurs revendiquant son application tous les consommateurs ayant leur résidence habituelle en France). Aujourd'hui, cette dernière catégorie de lois internationalement impératives a pris une ampleur telle que l'on peut se demander si le principe d'autonomie est réellement adapté aux contrats de dépendance ou impliquant une partie faible (comp. la loi suisse DIP de 1987, qui exclut du champ du principe d'autonomie les contrats de consommation et limite sensiblement la portée de cette liberté en matière de contrat de travail: arts 120 et 121). Peut-être suffit-il en effet de réajuster le rattachement de ces contrats (les soumettre, par ex, à la loi de la résidence habituelle du consommateur) pour faire disparaître l'interférence des lois impératives protectrices. C'est que ce que fait la proposition de Règlement Rome I.

La Convention de Rome du 19 juin 1980 (applicable aujourd'hui devant les juges de tous les Etats-membres de l'UE et destinée à être reformatée bientôt en « Règlement Rome 1 ») a pris acte de cette évolution et, sans pour autant éliminer toute référence à la liberté de choix de la loi applicable, prévoit un régime spécifique pour les contrats impliquant une partie faible (consommateurs, salariés ; le contrat d'assurance, qui fait l'objet de la sollicitude de la Convention/Règlement de Bruxelles en matière de compétence juridictionnelle, est régi

désormais par des directives CE spécifiques). Ainsi, le régime du contrat international n'est plus unitaire. Les contrats impliquant une partie faible connaissent une limitation considérable de la liberté de choix de la loi applicable, alors même que, pour les contrats du commerce international entre parties professionnelles, cette liberté tend à s'imposer au contraire de façon exacerbée (essor du « contrat sans loi » ?).

Principe pour les contrats d'affaires: la liberté de choix. En l'état actuel du droit positif, pour les contrats en général, la convention admet, en principe, la liberté de choix par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des circonstances de la cause. Le dépeçage est admis, mais non encouragé (article 3§1). La Convention de Rome renonce à définir le contrat international, mais indique que le choix par les parties d'une loi étrangère ne permet pas, lorsque tous les éléments de la situation sont localisés dans un seul pays, de faire échapper leur contrat aux dispositions impératives de la loi de ce pays (art. 3§3 : pour le contrat interne, la liberté des parties se limite ainsi aux dispositions supplétives de la loi applicable). La Convention de Rome a une portée universelle (article 2 : peu importe que la loi applicable soit celle d'un Etat contractant ou non)¹.

A défaut de choix, la loi applicable est la loi qui a les liens les plus étroits avec le contrat (art. 4 §1). Mais le juge dispose ici d'une présomption destinée à faciliter la concrétisation du principe de proximité. Ainsi, la loi des liens les plus étroits est présumée être celle de l'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat (= en principe la prestation en nature). Cette présomption tend à exprimer l'intégration socio-économique du contrat et favorise l'unité du droit applicable pour les professionnels exportant des produits ou des services dans plusieurs pays différents. Il est prévu cependant une clause d'exception ou échappatoire (art. 3§5) s'il s'avère que la loi de l'établissement du fournisseur de la prestation caractéristique n'est pas celle qui a les liens les plus étroits avec le contrat (présomption renversée). Le jeu de la clause d'exception est cependant destiné à rester exceptionnel (v. le risque d'un recours trop fréquent à cette clause : en cas de caution bancaire, Versailles, 6 fév 1991, RCDIP 1991.745, note Lagarde ; il est question d'ailleurs de la supprimer dans le futur Règlement Rome I).

Reste le jeu possible des lois de police. L'article 7 de la Convention réserve l'application des lois internationalement impératives du for et autorise qu'il soit donné effet aux lois de police étrangères. Mais les lois de police de l'article 7 comprennent-elles les dispositions nationales, souvent issues aujourd'hui du droit communautaire dérivé, protectrices de la partie faible ? C'est l'une des questions que l'on aura à aborder.

Le futur Règlement Rome I, destiné à remplacer la Convention de Rome, va sans doute modifier un certain nombre de dispositions. En l'état actuel de la proposition en discussion devant le

¹ Aujourd'hui, la question se pose de savoir si les contrats à fort rattachement européen ne nécessitent pas un régime spécifique (...comment sera conçu le futur « Règlement Rome 1 » ?). En effet, dans la mesure où les législations internes des Etats membres se rapprochent sous l'effet du droit dérivé (ou de projets d'unification plus ambitieux) de façon à devenir pratiquement équivalentes, on arrive à une « fongibilité des impérativités » (Witz) : un contrat interne à l'UE, qu'il soit interne à un Etat membre ou transfrontière, pourrait alors se voir soumettre intégralement à la loi de n'importe lequel Etat membre, encourageant aussi la concurrence des droits nationaux à la marge. Il faudrait alors modifier l'article 3§3, pour permettre le choix par les parties à un contrat interne, de la loi d'un autre Etat membre...C'est un peu ce qui se passe aujourd'hui en matière de sociétés commerciales, au nom de la liberté d'établissement. Pourquoi les contrats de privé seraient-ils soumis à un régime moins libéral ?

parlement européen, le principe de proximité et la présomption en faveur de la loi de l'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique sont cantonnés dans un rôle résiduel (uniquement quand aucun rattachement spécial n'est prévu). A défaut de choix, il est proposé des rattachements spéciaux pour diverses catégories de contrat (vente, services, transport, contrat portant sur un droit réel immobilier, contrat portant sur un droit de propriété intellectuelle, contrat de franchises, distribution...).

S'agissant des contrats de consommation, le principe d'autonomie disparaît.

L'article 7 (devenu 8) est modifié pour inclure une nouvelle définition des lois de police.

Le texte de la proposition de règlement est publié à la Rev crit DIP 2006, p349.

La protection de la partie faible. Complexité du dispositif dans le cadre intra-communautaire.

La Convention de Rome prévoit un régime protecteur pour les contrats de consommation et de travail (articles 5 et 6), qui limite considérablement la portée de la liberté de choix de la loi applicable. Ce régime prend acte de la généralisation des dispositions protectrices impératives dans les différents droits internes et en atténue l'unilatéralisme en les dotant d'un rattachement spécifique inspiré du champ que s'attribuent généralement les lois de police nationales en la matière. Ainsi, le consommateur est assuré en principe (=dans certaines conditions) de la protection des dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle, et le salarié de celles du lieu d'exécution du travail. La loi choisie peut améliorer cette protection, mais ne peut pas la diminuer. (La proposition de règlement supprime complètement cette liberté de choix pour les cotnrats de conommation, mais pas pour les cotnrats de travail).

Une première série de questions concerne l'articulation entre les dispositions protectrices des articles 5 et 6, et d'autres règles impératives. Ainsi, tout d'abord, la protection assurée à la partie faible au moyen des ces règles de conflit spécifiques est-elle exclusive ou non du jeu des lois de police de l'article 7 ? Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome s'est également développé un corps considérable de droit dérivé, sous la forme de directives prévoyant diverses dispositions protectrices, lesquelles précisent souvent chacune son champ d'application dans l'espace - sans qu'il y ait nécessairement coïncidence entre les critères ainsi retenus et les règles de conflit de la Convention de Rome.

Une seconde série de difficultés est liée à l'essor des libertés économiques communautaires, dont on peut se demander s'ils ne sont pas susceptibles d'entrer en conflit avec les rattachements des articles 5 et 6 (logiques opposées). Autrement dit, l'application d'une loi de police protectrice d'une partie faible peut-elle constituer une entrave à la libre prestation d'un service ou à la libre circulation d'un produit ?

Toutes ces difficultés expliquent pourquoi différentes réformes de la Convention de Rome sont en discussion, dans la perspective de sa transformation en instrument communautaire, pour redonner à ce domaine une cohérence progressivement perdue. Pour les illustrer, on distinguera les contrats conclus avec les consommateurs, qui montrent la difficulté d'articuler entre elles les règles internationalement impératives (Section 1), des contrats de travail, qui obligent à réfléchir à l'incidence des libertés communautaires sur le régime du conflit de lois (Section 2).

Section 1 : Le contrat de consommation

L'idée qu'exprime l'article 5 de la CR (ajout tardif à la demande du Danemark et du R-U) est que le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le consommateur (défini comme une personne contractant pour un usage étranger à son activité professionnelle) de la protection que lui assure les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle. Les pays qui poursuivent une politique protectrice sont donc assurés de voir s'appliquer leur propre loi à leurs « propres » consommateurs-résidents. La même loi est au demeurant applicable à défaut de choix (la présomption de l'article 4 CR, qui risque de conduire à l'applicabilité de la loi de l'établissement du professionnel, est inapplicable). Novateur à l'époque, le souci de protéger le consommateur contre les abus possible de l'autonomie des parties a été contesté (dans la doctrine allemande), soit au nom du droit fondamental à la liberté de choix, soit du fait que la loi de la résidence habituelle du consommateur ne lui est pas forcément plus favorable au fond². Quoi qu'il en soit, l'article 5 adopte un compromis, restreignant le champ de la protection aux cas où le professionnel a pris une initiative dans le pays du consommateur. Il ne s'agit pas de laisser le consommateur s'abriter derrière la loi de sa résidence habituelle en toutes circonstances : on distingue les consommateurs « actifs » et « passifs », seuls ces derniers étant protégés. Aujourd'hui, le contenu du texte paraît à plusieurs égards dépassé. Les objectifs du marché intérieur tendraient plutôt à encourager les consommateurs actifs³, tandis que l'évolution de la technologie brouille la distinction⁴.

Quoi qu'il en soit, en l'état actuel du texte, la protection du consommateur contre un choix défavorable de loi applicable ne joue selon l'art. 5 §2 que dans des circonstances bien délimitées. Ainsi, il faut :

- soit que le contrat ait été conclu dans le pays de la résidence habituelle du consommateur et y ait été précédé d'une proposition ou d'une publicité, ou encore d'actes « nécessaires à sa conclusion » de la part du consommateur ;
- soit que le professionnel y ait reçu la commande ;
- soit, en cas de vente de marchandises, que le consommateur ait passé commande à l'étranger au cours d'un voyage organisé par le vendeur dans le but de l'inciter à conclure le contrat (Kaffeefahrt).

Par ailleurs, le champ de la protection est limité en toute hypothèse à certaines catégories de contrats, à savoir « les contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services ».

Dans la proposition de règlement, l'article 5 a un champ plus large que celui de la Convention. Sont visés les contrats conclus (sauf quelques exclusions) entre un consommateur ayant sa

² Aujourd'hui, sous l'action du droit dérivé, les droits internes des Etats de l'UE ont un niveau de protection comparable ; les conflits intra-communautaires proviennent le plus souvent de la diversité des niveaux de protection que rend possibles les directives elles-mêmes sur des points qui sont plutôt de détail (cf supra sur la fongibilité des impérativités). Le problème est plutôt de protéger le consommateur communautaire contre le choix de la loi d'un pays tiers.

³ Cette distinction est-elle conforme aux objectifs du marché intérieur, dont le but est précisément de encourager (et non de sanctionner !) les consommateurs « actifs », qui n'hésitent pas à traverser réellement ou métaphoriquement les frontières pour obtenir un produit ou un service correspondant à leurs préférences ?

⁴ L'adéquation même des concepts utilisés par l'article 5 à un marché transformé par les nouvelles technologies. Le consommateur qui achète un produit en ligne à partir d'un site trouvé en surfant sur le web, est-il « actif » ou « passif » ?

résidence habituelle dans un Etat membre et un professionnel qui exerce des activités professionnelles dans cet Etat ou les y dirige (= par voie électronique). Ils sont soumis à la loi de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur.

Les restrictions affectant le champ de la protection ont donné lieu à deux séries de difficultés. La première est de savoir si l'article 5 est exclusif ou non, en matière de protection du consommateur, de l'application des lois de police de l'article 7. La seconde est d'articuler la Convention de Rome avec les diverses dispositions de droit dérivé qui assurent également une protection impérative au consommateur dans des situations précises.

§1 : Caractère exclusif ou non de l'article 5?

La question s'est posée en Allemagne avec les affaires dites de la « Grande-Canarie » (cf arrêt du Bundesgerichtshof du 19 mars 1997 : v. fiche TD). Des touristes allemands en vacances aux Canaries ont été incités à y souscrire divers contrats au cours de diverses excursions; dans l'une des affaires, il s'agissait d'articles de literie en laine, dans une autre, la plus importante, il s'agissait d'un contrat de timesharing (=acquisition de droit d'utilisation à temps partiel d'un immeuble). Revenus en Allemagne, ils souhaitent exercer le droit de rétractation que leur reconnaît la loi allemande de leur résidence habituelle (par transposition de la directive CE du 20 déc 1985 sur la protection des acquéreurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux). Le contrat était soumis à la loi de l'Ile de Man (!) et comportait une renonciation à tout droit de rétractation. Pouvaient-ils se prévaloir à l'encontre de la loi du contrat, non protectrice, de la protection minimale de l'article 5 CR ? Diverses difficultés apparaissent :

1) le timesharing est-il un contrat « ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services » (cf article 5§1). On pourrait l'admettre: certains auteurs (Jayme) ont fait valoir que le timesharing est un contrat postmoderne composé essentiellement de services divers (ménage, restauration, crèche...). Par ailleurs, la CJCE a dit pour droit que le timesharing relève du champ de la directive 1985, au regard de laquelle il ne s'agit pas d'un bail immobilier (Travel Vac, 1997)⁵. Elle a disqualifié pareillement le time-share au regard de l'article 16 de la Convention de Bruxelles⁶. Mais le Bundesgerichtshof a rejeté la qualification de contrat de service au sens de l'article 5 CR. Certains contrats importants échappent donc au champ de la protection. En revanche, pas de pb pour la vente des articles de literie (= fourniture d'objets mobiliers et

⁵ Au regard de la jurisprudence de la Cour relative à la qualification du time-share, cette fois-ci dans le contexte de la directive du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, n'est pas un contrat relatif à la location d'un bien immobilier « un contrat qui ne porte pas seulement sur le droit d'utilisation d'un immeuble à temps partiel, mais concerne également la fourniture de services distincts d'une valeur supérieure à celle du droit d'utilisation du bien immobilier » (arrêt Travel Vac, C-423/97).

⁶ 13 octobre 2005 – C-73/04, Epoux Klein c. Rhodos Management Ltd. « L'article 16, point 1, sous a), de la convention du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale doit être interprété en ce sens qu'il ne s'applique pas à un contrat d'adhésion à un club qui, en contrepartie d'un droit d'adhésion représentant l'élément dominant du prix global, permet aux adhérents d'acquérir un droit d'utilisation à temps partiel sur un bien immobilier uniquement désigné par son type et sa situation et prévoit l'affiliation des adhérents à une organisation permettant un échange de leur droit d'utilisation ».

corporels).

2) Dans les cas où l'article 5 est applicable (au sens au le contrat rentre dans son champ matériel), la protection prévue par ce texte est-elle applicable alors qu'il manque l'un ou l'autre des éléments de fait qui signalent une initiative du professionnel dans le pays du consommateur (comme ici : le Kaffeefahrt n'a pas été organisé à partir du pays de la résidence habituelle du consommateur mais à partir de son lieu de vacances ; la commande n'y a pas été reçue... etc). Le problème est que si étend ainsi le champ de la protection, on risque de priver de toute utilité les restrictions posées par le texte et consacrer « une vaste règle de conflit protectrice du consommateur » qui n'a pas été voulue. On conçoit que les efforts de « reformatage » de la Convention de Rome portent en partie sur la définition des cas de protection des consommateurs pour les élargir et tenir compte notamment des besoins du commerce électronique (cf la proposition du Groupe européen du 15-17 septembre 2000).

3) Si l'article 5 est inapplicable (le contrat en cause n'est pas une vente de marchandises ou un contrat de services), les dispositions impératives protectrices du consommateur du pays de la résidence habituelle peuvent-elles s'appliquer en tant que lois de police par le biais de l'article 7 ? (l'Allemagne a fait une réserve sur les lois de police étrangères, qui laisse subsister cependant l'application dérogatoire des lois de police du for). La question est difficile. Elle dépend de la conception que l'on retient des rapports entre l'article 5 et l'article 7, et plus précisément du point de savoir si l'article 7 concerne toutes les lois de police susceptibles d'intervenir en matière contractuelle, qu'elles soient de droit public (droit de la concurrence, par ex) ou de droit privé (protection de la partie faible) ou s'il ne concerne que la première catégorie. Dans le premier cas, la question de la protection du consommateur par une loi de police n'est pas épuisée si pour une raison ou une autre, l'article 5 ne s'applique pas ; ce dernier texte n'épuise pas toute la protection que le consommateur peut attendre des lois de police par le biais de la Convention de Rome. Mais dans le second cas, on dira que les dispositions protectrices du consommateurs ne peuvent intervenir que par le truchement de la règle spéciale de l'article 5 ; elles ne peuvent alors être considérées comme des lois de police relevant de l'article 7, qui ne concernerait donc que les lois de droit public.

Selon le Bundesgerichtshof, la réponse doit être nuancée :

- si le contrat en cause relève du champ de l'article 5, mais qu'il manque l'un des éléments de rattachement (du §2), il semble difficile d'appliquer en tant que loi de police, par le biais de l'article 7, les dispositions protectrices de la loi du pays de la résidence habituelle : ce serait tourner les restrictions voulues par les rédacteurs de la convention. L'article 5 est un texte spécial, qui prévaut par conséquent sur l'article 7 ;

- si le contrat échappe au domaine de l'article 5 (timesharing, par ex), la question est plus difficile. Postulant que les lois protectrices du consommateur sont bien des lois de police, susceptible le cas échéant d'intervenir par le biais de l'article 7, le Bundesgerichtshof admet qu'il n'y a aucune raison de principe pour qu'elles ne s'appliquent pas, à condition cependant de remplir les conditions de l'article 7 et notamment de présenter un lien suffisamment étroit avec la situation litigieuse. Toutefois, la question est de savoir ce qu'il comment il faut définir ce lien étroit. Dans l'affaire de la Grande Canarie, la Cour allemande a conclu que le lien ne pouvait exister que dans les circonstances de l'article 5§2. Décider autrement, estime-t-elle, et étendre la protection de la loi de la résidence habituelle par le biais de l'article 7, reviendrait à mieux

protéger les contrats exclus du champ de l'article 5 que les autres! Elle a refusé le bénéfice de la protection de la loi allemande par le biais de l'article 7, motif tiré de l'absence de lien étroit entre la situation litigieuse et l'Allemagne.

Ce raisonnement est-il convaincant ? Il attire certainement l'attention sur les « trous » dans le champ de la protection de l'article 5, qui permettent à un professionnel peu scrupuleux d'organiser sa propre immunité à l'égard des lois de police protectrices. Il faudrait élargir le champ matériel de l'article 5 pour couvrir tous les contrats de consommation et étendre les circonstances de fait permettant de déclencher la protection de la loi de la résidence. Mais tant que cette lacune n'est pas réparée (lors du reformatage : on a vu que la proposition de règlement couvre davantage de contrats), il semblait assez raisonnable d'aligner le champ de la loi de police protectrice du consommateur dans les deux cas, indépendamment du point de savoir si elle s'applique par le biais de l'article 5 ou de l'article 7. Cependant, ce n'est pas exactement l'orientation actuelle du droit positif. Du moins, le problème semble se poser dans des termes très spécifiques lorsque la loi protectrice résulte du droit communautaire dérivé.

Élément de réflexion : le nouvel article 8 (ex 7) de la proposition de Règlement contient une définition de la loi de police directement inspirée de la doctrine de Francescakis. « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial 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... ». Cette définition avait déjà été énoncée par la CJCE en matière de contrat de travail (v. infra) Les lois protectrices du consommateur sont-elles cruciales pour sauvegarder l'organisation sociale ?

§2 : Articulation entre la Convention de Rome et le droit dérivé.

Aux termes de l'article 20 de la Convention de Rome, les règles de conflit en matière contractuelle contenues dans les instruments communautaires ont priorité sur la Convention elle-même. Or, l'effort d'harmonisation du droit privé européen au moyen de directives a largement affecté le droit de la consommation, surtout depuis les années 80. Ces directives comportent souvent une disposition de droit international privé, destinée pour l'essentiel à éviter que le consommateur ne se voie imposer le choix de la loi d'un pays tiers moins protectrice. Voici un exemple tiré de la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs :

« 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 ».

On voit donc que la problématique est différente de celle que vise l'article 5 de la Convention de Rome, en raison de la différence de portée entre l'instrument conventionnel et les directives communautaires. En effet, la Convention assure au consommateur la protection de la loi de sa résidence habituelle, quelle qu'elle soit, c'est-à-dire, même si elle est située dans un Etat tiers (=non-contractant). Si la loi de cet Etat n'est pas protectrice, la Convention de Rome n'instaure aucun seuil de protection minimale garantie. En revanche, la directive vise à assurer l'effet utile

de l'harmonisation des droits privés des Etats de l'UE, qui assure un niveau de protection élevé : il ne faut en aucun cas que le choix d'un droit tiers diminue la protection nouvellement offerte par le droit harmonisé issu de l'instrument communautaire. Cette différence semble s'accompagner d'une différence méthodologique : le droit communautaire tend à affirmer son propre champ spatial en termes unilatéralistes. Le problème est aujourd'hui de concilier ces deux approches et d'assurer l'articulation concrète entre le droit dérivé et la méthodologie bilatéraliste de la Convention de Rome. Pour ce faire, il faut prendre position sur un certain nombre de points fort controversés :

1. Toutes les règles issues du droit dérivé sont-elles des lois de police ?

L'arrêt Ingmar de la CJCE le laisse penser (rappel cours DCI). Cet arrêt du 9 novembre 2000 décide que les articles 17 et 18 de la directive agence commerciale de 1986 (concernant l'indemnité due en cas de cessation du contrat d'agence) doivent nécessairement trouver application dès lors que l'agent (Ingmar) a son activité dans un Etat membre (ici le Royaume-Uni), même si le commettant est établi dans un pays tiers (ici, la Californie) et que les parties ont choisi la loi applicable (loi californienne). La justification donnée est que la protection de l'agent en fin de contrat revêt un caractère impératif parce qu'elle tend à assurer des conditions de concurrence non faussées au sein du marché intérieur : l'idée est donc que tous les agents exerçant leur activité sur le territoire communautaire doivent être soumis au même régime, sous peine de conférer à certains commettants un avantage concurrentiel indu (= au détriment de la protection de l'agent)⁷. Or, dans la mesure où cette finalité d'assainissement de la concurrence peut être considérée comme étant derrière toutes les mesures d'harmonisation des droits nationaux, celles-ci semblent devoir revêtir une impérativité internationale face au choix de la loi d'un pays tiers.

2. Distinction selon que la loi choisie est celle d'un pays tiers ou d'un Etat membre.

L'uniformisation des droits nationaux implique-t-elle donc nécessairement l'impérativité – exclusive d'un choix contraire des parties, comme dans l'arrêt Ingmar - du régime mis en place par le droit dérivé dans les rapports intracommunautaires? Il est nécessaire de distinguer selon que la loi choisie est celle d'un pays tiers ou celle d'un Etat membre. Dans le premier cas, on conçoit que la protection communautaire s'impose (dès lors qu'il existe un lien étroit avec un Etat membre), car il serait trop facile de contourner la protection instaurée, par une simple référence au droit d'un Etat tiers. En revanche, dans les rapports entre Etats membres mettant tous en œuvre un seuil de protection minimale, on rencontre un phénomène de disqualification de l'impérativité ou de « fongibilité des impérativités » nationales (Claude Witz). Dans ce cas, il n'y a pas de raison de ne pas réintroduire la liberté de choix de loi d'un Etat membre, sachant que le seuil minimal sera par hypothèse respecté ; la compétition s'instaurera donc à la marge.

3. Primauté de la norme communautaire ou article 5 ou 7 de la Convention de Rome?

⁷ Le problème avec ce raisonnement est qu'il implique que l'ensemble du droit dérivé relève de la catégorie des lois de police. Or, un tel résultat semble excessif et est d'ailleurs difficilement compatible avec la place laissée par certaines directives à l'autonomie des parties, qui confère au droit harmonisé un caractère supplétif. De façon intéressante, la question de la qualification de police des mesures de protection de l'agent commercial indépendant en fin de contrat avait déjà été débattue dans les droits nationaux bien avant l'arrêt Ingmar. Par ex, la jpsd française avait rejeté cette qualification pour des raisons assez convaincantes tenant notamment au caractère indépendant de l'agent, dont la CJCE a fait fi dans son arrêt. Trois semaines plus tard, la Chambre Commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt consacrant une solution exactement inverse sur le fondement de la directive.

Lorsque le droit dérivé s'affirme comme loi de police dans les cas où la situation comporte un lien étroit avec un Etat membre et que la loi choisie est celle d'un Etat tiers, s'impose-t-il par sa propre autorité, en vertu de la primauté du droit communautaire dérivé, ou son application passe-t-elle par les articles 5 ou 7 de la Convention de Rome ? On a soutenu que la directive est une norme impérative communautaire définissant son propre domaine d'application, qui prime de plein droit devant les juges des Etats membres toute autre norme désignée par la règle de conflit de lois. La difficulté de cette analyse est que toute directive requiert en principe une transposition nationale, laquelle se prête davantage à un raisonnement en termes classiques de conflits de lois qu'à une approche unilatéraliste appliquée en bloc au droit communautaire dérivé⁸. En revanche, si on estime qu'une fois intégrée dans les droits nationaux, le droit communautaire protecteur du consommateur ne s'applique qu'à travers les critères de l'article 5, cela veut dire que les situations dispersées entre plusieurs Etats membres (actes préparatoires dans un Etat, résidence du consommateur dans un autre) échappent à la protection minimale instaurée par la directive. Quid si on utilisait l'article 7 ? En vertu de l'article 7§1, l'applicabilité d'une loi de police étrangère est subordonnée à la condition, plus souple, de l'existence d'un lien étroit avec la situation litigieuse⁹. Mais l'efficacité de la protection dépendra alors de la façon dont on entend le « lien étroit ».

4. Qu'est-ce qu'un lien étroit ?

En l'absence d'autre indication dans la directive elle-même, qu'est-ce qu'un lien étroit ? Doit-on le définir indépendamment de l'article 5 de la Convention de Rome ? Au delà de la teneur du lien visé, la question se pose de savoir si ce lien est-il celui qui existe entre la situation litigieuse et le territoire d'un Etat membre donné, ou avec le territoire des Etats membres envisagé en bloc... La question de la définition concerne les législateurs des Etats membres qui transposent la directive. Or, en fait, ceux-ci en retiennent des interprétations divergentes ; ces divergences dans les lois nationales de transposition sont une source d'incohérence qui conduit à s'interroger sur l'opportunité de recourir aux directives en matière de droit international privé. Certains Etats se contentent d'exiger un lien étroit, en laissant le juge le soin de le définir... d'autres estiment que le lien n'existe que si la loi applicable à défaut de choix est la loi d'un Etat membre, ce qui maintient le parallélisme entre la directive et la Convention, mais sans aucune perspective communautaire (= la loi de la résidence habituelle du consommateur si les conditions de l'article 5 sont remplies dans un seul Etat)... d'autres procèdent à une définition autonome (pour la France, loi du 1er février 1995, pour laquelle le lien existe si le domicile du consommateur (?!) est dans l'un des Etats membres et si le contrat y est conclu (sans les circonstances de l'article 5§2...) ou exécuté... Une loi allemande du 27 juin 2000 (29a EGBGB) introduit, pour l'Allemagne, une sorte d'article 5 bis de la Convention de Rome qui transpose par une règle de conflit unique les dispositions de DIP de trois directives : clauses abusives, 1993 ; timesharing, 1994 ; contrats à distance, 1997, avec une perspective proprement communautaire (= lien étroit réputé exister notamment lorsque le contrat a été conclu à la suite d'une offre ou d'une publicité faite dans un Etat membre et que le destinataire a sa résidence habituelle dans un Etat membre - mais pas forcément le même). Cette diversité signifie que la protection supposée harmonisée du

⁸ Un tel constat est peut-être simplement le signe que la directive est un instrument moins apte à porter une norme impérative que ne le serait le règlement...

⁹ Mais encore faut-il que le juge relève d'un Etat qui n'a pas exclu l'application de l'article 7 §1... La condition du lien étroit concerne également les lois de police du for applicables en vertu de l'article 7§2, ne serait-ce qu'en raison de l'exigence de proportionnalité (v. infra).

consommateur peut varier selon le juge saisi (cf les règles de compétences du Règlement Bruxelles I, art. 15).

Pourquoi cette difficulté ? Pour simplifier, on songe naturellement à la résidence habituelle du consommateur. Mais on sait que l'article 5 de la Convention de Rome n'institue pas une règle de conflit générale protectrice du consommateur et que le §2 subordonne le jeu de la protection à la présence de circonstances spécifiques. Faut-il les inclure dans la définition du lien étroit pour maintenir le parallélisme entre la Convention et la directive ? On a pu le penser, en espérant que ces conditions seront un jour élargies (c'est le cas dans la proposition de Règlement : v. supra) et en les adaptant pour tenir compte du fait qu'il ne s'agit plus de formuler une règle de conflit universelle mais d'assurer la cohérence du droit harmonisé : il suffirait de considérer que le lien étroit dès lors que les différentes circonstances visés au §2 se réalisent sur le territoire de l'un ou plusieurs Etats membres. Certaines directives retiennent au demeurant cette solution (directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs dans les contrats à distance), de même que la loi allemande précitée.

Ce serait là, sans doute, l'interprétation la plus satisfaisante. Sans condamner ni approuver celle-ci, un arrêt récent de la CJCE montre une sévérité extrême à l'égard d'une loi nationale de transposition, en l'occurrence la loi espagnole, qui s'était bornée à aligner les critères de sa loi de transposition sur ceux de l'article 5 de la Convention de Rome, sans perspective communautaire (tout comme le droit français, dont la loi de transposition est certainement visée). Dans *Commission v Espagne*, septembre 2004, la CJCE dit pour droit que « si la notion délibérément vague de 'lien étroit'.. peut éventuellement être concrétisée par des présomptions, elle ne saurait en revanche être limitée par une combinaison de critères de rattachement prédéfinis, tels que les conditions cumulatives relatives à la résidence et à la conclusion du contrat visées à l'article 5 de la Convention de Rome ».

Quelle solution ? Il faudrait sans doute que les autorités communautaires renoncent à légiférer par voie de directives...et que l'article 5 soit réécrite ! v. P Lagarde, *Rev crit DIP* 2000.924 , estimant que « l'avenir est dans une réécriture de l'article 5 de la Convention de Rome, sans doute par voie réglementaire, qui, sans perdre son caractère de règle de conflit universelle, fusionnerait la règle de conflit protectrice des consommateurs et les règles d'applicabilité des directives »... (Comp. proposition du « Groupe européen de DIP » de septembre 2000 dans le sens d'un élargissement de la protection actuellement prévue au profit du consommateur qui ne prend pas l'initiative du contrat).

Section 2 : Le contrat de travail

Aux termes de l'article 6 de la Convention de Rome, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix. Cette loi est, selon le §2 : la loi du lieu de l'exécution habituelle du travail, même si le salarié est détaché temporairement dans un autre pays ; ou la loi de l'établissement d'embauche si le travail ne s'exécute pas habituellement dans un même pays. L'idée est donc analogue à celle qui inspire l'article 5 : seuil de protection minimum, garanti en principe par application de la loi du lieu d'exécution du travail ; intégration des lois de police du lieu du travail dans la règle de conflit elle-même, qui s'aligne ainsi sur le rattachement des lois de police. En revanche, le jeu de la protection n'est pas subordonné à la

présence d'autres circonstances (comp. article 5 §2), mais une clause d'exception spécifique est prévue si, à défaut d'exécution habituelle du travail dans un seul pays, une loi autre que celle du lieu d'embauche a des liens plus étroits avec le contrat. Ce texte soulève deux séries de difficultés, notamment en cas de détachement des salariés. La première concerne, à nouveau, l'articulation de la CR avec le droit dérivé. La seconde, plus importante, concerne le régime communautaire des lois de police.

§1 : Articulation Convention de Rome/droit dérivé.

On retrouve, tout d'abord, des difficultés d'articulation analogues à celles déjà constatées pour l'article 5, avec le droit dérivé. Le problème ici concerne le détachement du travailleur, objet de la directive du 16 décembre 1996 sur les travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services. Selon l'article 6 de la Convention de Rome, la loi du lieu d'exécution demeure applicable en cas de détachement¹⁰, alors que, selon la directive, sont applicables en cas de détachement certaines dispositions impératives de l'Etat du détachement. La priorité revient ici au droit dérivé (art. 20 Convention de Rome), applicable de plein droit dès lors que le détachement se fait dans un Etat membre, à partir d'un autre Etat membre. Si l'entreprise employeur est située en dehors de l'UE, la directive ne s'applique pas et l'article 6 Conv Rome retrouve son applicabilité (donc pas de conflit mobile, le contrat échappe à l'application des lois de polices locales). Mais l'inapplicabilité des dispositions impératives du pays de détachement est de nature à créer des distorsions de concurrence (« dumping social ») au profit de pays extérieurs à l'UE. C'est pourquoi la directive prévoit que les entreprises établies à l'extérieur de l'UE ne doivent pas bénéficier d'un traitement plus favorable que les entreprises de l'UE – ce qui permet d'appliquer, à nouveau, les lois de police de l'Etat du détachement.

La nouvelle rédaction proposée de l'article 6 ne change pas fondamentalement les choses. Elle contient simplement une définition du déplacement ou « travail temporaire dans un autre pays ». Le travail est temporaire lorsque le travailleur est « censé reprendre son travail dans le pays d'origine après accomplissement de sa tâche à l'étranger ».

On peut noter que la directive Services dans le marché intérieur » a été adopté le 12 décembre 2006 (= ex-projet Bolkenstein). Où on voit que le syndrome du « plombier polonais » est un mythe. Pour les conditions de travail, la directive services n'a jamais entendu déroger à la directive détachement (application de lois de police locales)...Par ailleurs, la liberté intracommunautaire de prestation transfrontière de service existe en toute hypothèse en vertu du traité CE. Ce qui change avec la directive, c'est le cantonnement du pouvoir de l'Etat membre d'accueil d'appliquer des réglementations protectrices au nom de l'exception d'intérêt général.

¹⁰ = pas de conflit mobile : pb de la mobilité des salariés au sein des groupes de sociétés : v. Paris 7 juin 1996, Rev crit DIP 1997.55, note Moreau, recourant dans ce cas à la clause d'exception alors qu'on aurait pu considérer qu'il y avait deux contrats successifs entre le salarié et le sociétés du groupe, soumis chacun au lieu d'exécution habituelle du travail.

§2 : Régime communautaire des lois de police

Mais des difficultés plus importantes encore se profilent lorsqu'il s'agit de confronter la logique de protection ainsi consacrée tant par l'article 6 Conv Rome que par le droit dérivé, à celle de la libre circulation des produits et des services sur le marché intérieur. L'applicabilité d'une loi impérative protectrice (même sur le fondement de la Convention de Rome) peut-elle constituer une entrave aux échanges au sens du droit communautaire ? La jurisprudence récente de la CJCE l'a admis.

1. Point de départ : l'arrêt *Arblade*, 23 nov 1999. Le cas concerne le détachement de salariés par des entreprises françaises sur un chantier de construction en Belgique (directive 1996 inapplicable, mais la solution demeure pertinente dans ce contexte). Celles-ci font l'objet de poursuites pénales en Belgique pour non respect de la législation sociale belge (applicable au titre de lois de police du for), alors que les obligations de l'employeur avaient été respectées selon la loi française. Selon cette jurisprudence novatrice, les lois de police nationales, applicables sur le fondement de l'article 7, peuvent heurter l'impératif de libre circulation (produits et services). Cet arrêt pose une définition communautaire autonome de la loi de police (proche de celle de *Franciscakis* : critère « publiciste » de l'organisation politique sociale ou économique de l'Etat). Une loi de police nationale, revendiquant son application à un contrat qui ne lui est pas normalement soumis, doit subir un contrôle de conformité communautaire dès lors qu'est en cause le marché intérieur. Ainsi, la loi de police doit (1) poursuivre un objectif d'intérêt général, tel un impératif de protection du travailleur ; (2) répondre au critère de proportionnalité. Cette dernière exigence vise à éviter aux opérateurs économiques une « double charge », c'est-à-dire, d'avoir à respecter deux séries de réglementation poursuivant pourtant le même but, d'une part dans le pays d'origine, d'autre part dans le pays d'accueil. Il faut donc appliquer le principe communautaire de reconnaissance mutuelle, et considérer, au moyen d'un test d'équivalence, que le pays d'accueil ne peut imposer sa propre réglementation si l'intérêt qu'elle vise à protéger l'a déjà été adéquatement dans le pays d'origine (on retrouve encore l'idée de fongibilité des impérativités). En l'occurrence, la loi française imposait des obligations « comparables » à celles prévues par la loi belge. Cette jurisprudence souligne que la méthode d'application des lois de police se trouve profondément modifiée dès lors que le marché intérieur est en cause. En revanche, on voit bien qu'au regard de la mise en oeuvre des libertés communautaires, la loi de police nationale ne revêt aucune spécificité par rapport à d'autres normes restreignant potentiellement la liberté des opérateurs économiques. Le droit communautaire ne se soucie pas de la nature/du fondement de la norme nationale entravante.

2. Raffermissement du régime communautaire des lois de police : arrêt *Mazzolèni* du 15 mars 2001. L'hypothèse est à nouveau celle du détachement de salariés dans une situation de fait analogue. Une société française de gardiennage avait mis du personnel à disposition d'une entreprise belge ; il lui était reproché de ne pas avoir respecté la loi belge relative au salaire minimal. Or, on sait que, d'après l'arrêt *Arblade*, l'Etat d'accueil ne peut imposer ses dispositions de police que sous réserve de leur conformité communautaire. En l'occurrence, il était à nouveau objecté par l'employeur français que la loi française offrait une protection substantiellement identique à celle de la loi belge. La réponse de l'arrêt est intéressante en ce qu'elle précise la méthode de comparaison applicable pour vérifier l'équivalence des législations. La comparaison doit être globale. Il fallait donc tenir compte du fait qu'en l'occurrence, la loi française assure aux

salariés un niveau de protection analogue, compte tenu de la fiscalité et des charges sociales. Puisque les différents droits nationaux sont aujourd'hui harmonisés par l'effet de la directive de 1996, cette méthode permettra de limiter l'intervention perturbatrice de la loi du détachement en raison de disparités de détail entre les lois de transposition, conformément aux exigences du marché intérieur. Mais il est tout de même curieux que la comparaison va porter sur des lois de police issues du même instrument communautaire !

Perspectives de réforme de la Convention de Rome. Pour tenir compte de cette jspd, le « Groupe européen de DIP » propose que soit ajouté un troisième alinéa à l'article 7 de la Convention de Rome, précisant que « il ne peut être donné effet aux dispositions impératives d'un Etat membre que dans la mesure où leur application ne constitue pas une entrave injustifiée aux libertés de circulation »... Les Etats contractants gardent en revanche leur liberté d'opposer des lois de police dans des situations où le fonctionnement du marché intérieur n'est pas en cause (rapport avec les pays tiers). MAIS la proposition Rome I ne semble pas avoir retenu cette proposition (ce qui ne change rien au fond, car le contrôle de proportionnalité s'impose en toute hypothèse...)