

dès lors que le juge considérera que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé à ce paragraphe 1 ! Certes, on exige que soit examiné « l'ensemble des circonstances de la cause », certes on connaît la méthodologie à suivre par le juge du fond telle qu'elle a été fixée par la Haute Juridiction civile en 2006 (Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-19.723, Bull. civ. IV, n° 255, Rev. crit. DIP 2007, p. 592, Lagarde P.), il n'en demeure pas moins que l'incertitude est là et que le conseil devra mettre en garde le contractant que ses prévisions en cas d'absence de choix de loi pourront être contrecarrées...

La vocation universelle est confirmée qui ne se traduit cependant pas par une réécriture fondamentale des mesures d'éviction de la loi normalement compétente en amont (lois de

police) ou en aval (exception d'ordre public). Chacun appréciera l'effort de pédagogie réalisé pour les premières, désormais définies explicitement, et l'effort de cantonnement mis en avant dans le cas des lois de police étrangères qui demeurent une arlésienne en pratique.

Enfin, outre nne innovation concernant la validité formelle du contrat par l'insertion d'un rattachement dans certaines hypothèses à la loi de la résidence habituelle de l'une ou l'autre des parties (la résidence habituelle étant d'ailleurs définie à l'article 19), le règlement ne contient pas d'autres modifications fondamentales et continue à prévoir des règles complexes dans les hypothèses de cession de créance, subrogation conventionnelle et subrogation légale (art. 14 et 15). ♦

## DROIT INTERNATIONAL ET COMMUNAUTAIRE DES CONTRATS D'AFFAIRES

1753

### Article 3 – Liberté de choix

*1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement*

La vocation universelle est confirmée qui ne se traduit cependant pas par une réécriture fondamentale des mesures d'éviction de la loi normalement compétente en amont (lois de

*auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord.*

*4. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for.*

*5. L'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable sont régies par les dispositions établies aux articles 10, 11 et 13.*

1. L'article 3 du nouveau règlement consacre, comme l'article 3 de la convention de Rome elle-même, le principe de l'autonomie de la volonté. Les parties peuvent choisir la loi qui gouverne leur contrat. Ce maintien n'est pas une surprise : cette règle est en effet reconnue en matière contractuelle dans la plupart des systèmes de droit international privé (Rapport concernant la convention de Rome, JOCE n° C 282, paragraphe 1).

En revanche, plusieurs options se présentent au moment de l'application de la loi de la résidence habituelle de l'une ou l'autre des parties (à l'article 19), le règlement ne contient pas d'autres modifications fondamentales et continue à prévoir des règles complexes dans les hypothèses de cession de créance, subrogation conventionnelle et subrogation légale (art. 14 et 15). ♦

qui peut se déduire des dispositions du contrat (le rapport précité sur la convention de Rome cite l'exemple d'un contrat qui exprime le choix du for sans préciser la loi applicable) voire d'indices extérieurs au contrat proprement dit, ce qui peut être le cas lorsque les parties avaient exprimé un choix exprès dans un contrat antérieur en relation avec une nouvelle convention qui ne le reprend pas expressément.

Cette conception a finalement été maintenue par le nouveau règlement dont l'article 3.1 reprend à un mot près (la seule différence, à notre avis sans portée juridique consiste dans le fait que le verbe « doit » a été supprimé à la deuxième phrase de l'article 3.1 du règlement) les dispositions de la convention de Rome.

Il avait été envisagé un temps de préciser expressément, selon la conception allemande, que le choix par les parties d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre présuppose que les parties avaient également choisi la loi de cet État membre (proposition de la Commission présentée le 15 décembre 2005). Cette proposition avait le mérite de renforcer la prévisibilité de la loi du contrat dans les cas fréquents où celui-ci ne comporte qu'une clause attributive de juridiction mais aucun choix exprès de loi.

Cependant, dans la pratique, on constate que lorsqu'une partie admet expressément ou tacitement (le cas des conditions générales) l'élection de for que lui propose (ou lui impose) son co-contractant, elle ne s'attend pas nécessairement à ce que leurs relations contractuelles soient gouvernées par la loi de l'État où est situé le juge ainsi désigné.

Cette innovation n'a donc pas été retenue. Toutefois, le considérant 12 du règlement indique qu'un accord d'élection de for désignant une ou plusieurs juridictions d'un État membre devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer « si le choix de la loi a été clairement énoncé ». L'expression est quelque peu obscure. Plus clairement dit, la désignation d'un for constituera un indice de choix tacite de la loi du contrat opéré par les parties.

La dernière phrase de l'article 3.1 du nouveau règlement maintient dans des termes identiques à ceux de la convention de Rome la faculté de « dépeçage », c'est-à-dire la possibilité de soumettre différentes parties du contrat à des lois distinctes.

2. Les dispositions du nouveau règlement ne donnent pas d'avantage de précisions que la convention de Rome elle-même sur le contenu du droit que les parties peuvent désigner. Il est indiqué que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties » ce qui signifie que les parties peuvent choisir n'importe quelle loi, même si elle ne présente aucun lien avec le contrat et même si l'État qui n'est pas membre de l'Union européenne (sous réserve toutefois de voir la portée de ce choix limitée par application des alinéas 3 et 4 de l'article 3 qui seront abordés ultérieurement).

Toutefois il n'est pas stipulé s'il est possible ou non de désigner un droit non étatique (alors que les alinéas du contrat repris à la deuxième phrase de l'article 3.1 du règlement) les dispositions de la convention de Rome.

Il avait été envisagé un temps de préciser expressément, selon la conception allemande, que le choix par les parties d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre présuppose que les parties avaient également choisi la loi de cet État membre (proposition de la Commission présentée le 15 décembre 2005). Cette proposition avait le mérite de renforcer la prévisibilité de la loi du contrat dans les cas fréquents où celui-ci ne comporte qu'une clause attributive de juridiction mais aucun choix exprès de loi.

Cependant, dans la pratique, on constate que lorsqu'une partie admet expressément ou tacitement (le cas des conditions générales) l'élection de for que lui propose (ou lui impose) son co-contractant, elle ne s'attend pas nécessairement à ce que leurs relations contractuelles soient gouvernées par la loi de l'État où est situé le juge ainsi désigné.

Cette innovation n'a donc pas été retenue. Toutefois, le considérant 12 du règlement indique qu'un accord d'élection de

demande selon quels critères seraient déterminées les règles non étatiques suffisamment reconnues par la communauté internationale pour être valablement désignées par les parties, ensuite la confrontation entre des règles non étatiques désignées par les parties et les dispositions impératives de la loi étatique objectivement applicables promettaient de délicats problèmes pratiques (cf. notamment Lagarde P., Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rev. crit. DIP 2006, p. 330 ; Romano G.-P., Le choix des principes Unidroit par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives, Clunet [JDI] 2007). En définitive, la proposition n'a donc pas été retenue.

Toutefois, cette exclusion ne signifie pas pour autant que si les parties désignent des règles non étatiques pour gouverner leurs contrats, un tel choix sera nécessairement invalidé au regard des dispositions du règlement.

En effet, il est tout d'abord précisé au considérant 13 que le règlement n'interdit pas aux parties « d'intégrer par référence dans leurs contrats un droit non étatique ou une convention internationale ». L'expression « par référence », dont la signification n'apparaît pas de manière totalement évidente, semble impliquer que le choix d'un droit non étatique ne peut être retenu, selon le nouveau règlement, que si la loi étatique déterminée par application de l'article 4 du règlement (c'est-à-dire à défaut de choix exprès) ne limite pas ou n'interdit pas l'application des règles non étatiques expressément désignées. Il est à craindre que cette solution complexe ne conduise, dans la pratique courante du commerce international et de son contentieux, à de graves incertitudes sur sa portée concrète et n'aboutisse parfois à des résultats peu cohérents.

Ainsi, imaginons qu'une entreprise allemande achète 10 000 téléviseurs à une entreprise vietnamienne. Les parties précisent expressément dans leur contrat que celui-ci sera gouverné par la convention de Vienne, alors même que le Vietnam n'a pas ratifié cette convention, parce qu'il s'agit d'un texte fédérateur. Selon le système du nouveau règlement, les dispositions de la convention de Vienne, qui ne constituent pas un droit étatique, ne pourront recevoir application que si la loi applicable au titre de l'article 4 du règlement l'autorise. En l'occurrence, l'article 4 désigne la loi vietnamienne, loi du vendeur. Il faudra donc interroger le droit vietnamien pour savoir si la convention de Vienne peut recevoir application. En revanche, si la société allemande avait conclu avec une société chinoise, les deux parties étant situées dans des États différents qui l'ont ratifiée, la convention de Vienne serait directement applicable. On admettra que la divergence de solutions est difficilement justifiable.

Le considérant 14 dispose, quant à lui, que si la Communauté européenne adopte un instrument juridique spécifique en matière contractuelle tel que des conditions générales ou des clauses types, « cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer, en cas de litige, un droit non étatique ». En définitive, la proposition n'a donc pas été retenue.

Toutefois, cette exclusion ne signifie pas pour autant que si les parties désignent des règles non étatiques pour gouverner leurs contrats, un tel choix sera nécessairement invalidé au regard des dispositions du règlement.

En effet, il est tout d'abord précisé au considérant 13 que le règlement n'interdit pas aux parties « d'intégrer par référence dans leurs contrats un droit non étatique ou une convention internationale ». L'expression « par référence », dont la signification n'apparaît pas de manière totalement évidente, semble impliquer que le choix d'un droit non étatique ne peut être retenu, selon le nouveau règlement, que si la loi étatique déterminée par application de l'article 4 du règlement (c'est-à-dire à défaut de choix exprès) ne limite pas ou n'interdit pas l'application des règles non étatiques expressément désignées. Il est à craindre que cette solution complexe ne conduise, dans

la pratique courante du commerce international et de son contentieux, à de graves incertitudes sur sa portée concrète

lité, dont il a été écrit qu'elle est un des aspects du principe de l'autonomie de la volonté (rapport précité sur la convention de Rome), figurait à l'article 3.2 de la convention de Rome. Elle a été reprise sans aucune modification. De même il a été précisé, comme le faisait la convention, que les modifications éventuelles quant à la loi applicable ne peuvent affecter la validité formelle du contrat ou porter atteinte aux droits des tiers.

4. L'alinéa 3 de l'article 3 comporte désormais deux paragraphes. Le premier reprend dans une forme nouvelle les dispositions de l'article 3, alinéa 3, de la convention de Rome selon lesquelles lorsque tous les éléments d'un contrat sont localisés dans un même État, le choix de loi pratiqué par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions impératives de la loi de ce pays. Cette disposition est destinée à éviter que le choix d'une loi ne soit motivé par la volonté d'une partie d'échapper aux dispositions impératives de la loi d'un État dans lequel tous les éléments du contrat sont concentrés et qui devraient donc logiquement le gouverner. La nouvelle rédaction de cette disposition n'implique pas de modifications de fond par rapport au texte de la convention elle-même.

En revanche, le second paragraphe est entièrement nouveau. Il exprime une nouvelle limite à l'autonomie de la volonté dont l'objectif est de prévenir la fraude aux dispositions impératives du droit communautaire. Bien que l'expression de cette nouvelle limite ait été remaniée dans un sens plus restrictif que celui qu'exprimait la proposition de la Commission, cette nouvelle disposition peut conduire à assimiler toute disposition communautaire à laquelle les parties ne peuvent déroger par contrat à une loi de police, position qui fait écho à celle que la jurisprudence *Ingmar* de la Cour de justice des Communautés avait annoncée (cf. Lagarde P., précité).

5. L'alinéa 4 de l'article 3 est consacré au contrat de choix. Comme le faisait l'article 3 de la convention de Rome, il soumet le contrat de choix à la même loi que le contrat lui-même en ce qui concerne l'existence et la validité du consentement, la forme et la capacité. La règle est classique et n'avait pas donné lieu en jurisprudence à de réelles difficultés d'interprétation.

Ainsi, tout en conservant le principe essentiel de l'autonomie de la volonté, « pierre angulaire » du système européen de conflit de lois des contrats, le nouveau règlement intègre-t-il, parfois à demi-mot, de manière contenue, les évolutions que plus d'un quart de siècle de pratique commerciale et contractuelle a rendu nécessaire.

#### Bernard UGHETTO

graphes. Le premier reprend dans une forme nouvelle les dispositions de l'article 3, alinéa 3, de la convention de Rome selon lesquelles lorsque tous les éléments d'un contrat sont localisés dans un même État, le choix de loi pratiqué par les parties ne peut porter atteinte à l'application des dispositions impératives de la loi de ce pays. Cette disposition est destinée à éviter que le choix d'une loi ne soit motivé par la volonté d'une partie d'échapper aux dispositions impératives de la loi d'un État dans lequel tous les éléments du contrat sont concentrés et qui devraient donc logiquement le gouverner. La nouvelle rédaction de cette disposition n'implique pas de modifications de fond par rapport au texte de la convention elle-même.

En revanche, le second paragraphe est entièrement nouveau. Il exprime une nouvelle limite à l'autonomie de la volonté dont l'objectif est de prévenir la fraude aux dispositions impératives du droit communautaire. Bien que l'expression de cette nouvelle limite ait été remaniée dans un sens plus

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 ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ;

d) nonobstant le point c), 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 dans lequel 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 ;

e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ;

f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;

g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ;

h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi.

2. Lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle.

3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.

4. Lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.

#### Cas hors les contrats de franchise et de distribution

L'article 4 du règlement « Rome I » intéressera les lecteurs non familiers des règles de droit international privé puisqu'il détermine la loi applicable au contrat (en général) dans l'hypothèse – fréquente en pratique – où les parties ne l'ont pas désignée. Avec l'article 3 (liberté de choix), l'article 4 constitue la pierre angulaire du système de Rome I (sur l'art. 4, cf. Ansel B., *La pays dans lequel 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 ;*

e) le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle ;

f) le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ;

g) le contrat de vente de biens aux enchères est régi par la loi du pays où la vente aux enchères a lieu, si ce lieu peut être déterminé ;

h) le contrat conclu au sein d'un système multilatéral qui assure ou facilite la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17), de la directive 2004/39/CE, selon des règles non discrétionnaires et qui est régi par la loi d'un seul pays, est régi par cette loi.