

L'AVENIR DES PRINCIPES UNIDROIT RELATIFS AUX CONTRATS DU COMMERCE INTERNATIONAL ET DES PRINCIPES EUROPEENS DU DROIT DU CONTRAT : DU DROIT MOU AU DROIT DUR ?

Guillaume Busseuil
Moniteur à l'Université Paris X-Nanterre

1 – Une nouvelle étape dans la communautarisation du droit international privé¹ a été amorcée. En effet, la transformation de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles² en instrument communautaire³ a fait l'objet d'un livre vert, lequel a relancé le débat⁴ sur l'opportunité et la faisabilité du choix de règles non étatiques en tant que loi applicable au contrat au sens de article 3 alinéa 1 de la Convention⁵. L'interrogation porte plus précisément sur les codifications⁶ d'origine doctrinale qui ont vu le jour ces quinze dernières années. Ces sources réfléchies ne se confondent pas avec les sources spontanées (usages du commerce international), et les sources négociées (conventions internationales de droit matériel)⁷.

2 – Nous envisageons ici les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international et les Principes européens du droit du contrat rédigés par la Commission Lando⁸. Nous ne nous étendrons pas sur l'historique de leur élaboration, ni sur leur contenu, ces questions étant déjà largement commentées⁹. Nous préciserons seulement que l'objet de ces

¹ Voir K. KREUZER, La communautarisation du droit international privé : les acquis et les perspectives, p. 97-137, *in* Global law, Unifier le droit : un rêve impossible ? L. VOGEL (dir.) Editions Panthéon-Assas, 2001.

² Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (version consolidée), JOCE n° C 27 du 26 janvier 1998, p. 34-46.

³ Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sa modernisation, 14 janvier 2003, Com (2002), 654 final ; Groupement européen de droit international privé, Troisième commentaire consolidé des propositions de modifications de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et de l'article 15 du règlement 44/2001/CE (règlement « Bruxelles I »), www.drl.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents

⁴ Sur ce débat, voir notamment, V. HEUZÉ, Recodifier le droit international privé, *in* Le Code civil, Livre du bicentenaire, Dalloz – Litec, 2004, p. 401-411. Par ailleurs, la ratification par la Belgique le 1^{er} mai 2004 des deux protocoles du 19 décembre 1988 donnant compétence à la CJCE pour interpréter la Convention de Rome a sans aucun doute modifié les termes de ce débat. L'argument fondé sur l'interprétation uniforme de la Convention n'est donc plus pertinent. Voir D. BUREAU, Interprétation par la CJCE de la Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : la Belgique rapproche Rome de Luxembourg, RDC 2004, n°4, pp. 1057-1059.

⁵ Voir le pts 3.2.3 du Livre vert, « L'autonomie de la volonté (art. 3 § 1). Interrogations quant au choix de règles non étatiques ».

⁶ La codification pouvant être définie comme « cette opération de mise en forme des règles juridiques en un ensemble » *in* R. CABRILLAC, Les codifications, PUF, 2002. Sur la notion de code, voir C. JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11^{ème} éd. 2002, n° 83. L'auteur inclut parmi les codes les Principes Unidroit et les Principes européens du droit du contrat.

⁷ H. GAUDEMET-TALLON, Les sources internationales du droit international privé devant le juge français, *in* Mélanges offerts à P. Draï, Dalloz, 2000, p. 573-591.

⁸ Ces codifications seront visées par l'expression « les Principes » ou « les codifications » dans la suite du texte.

⁹ Principes relatifs aux contrats du commerce international, Unidroit, Rome, 1994. Par ailleurs, lors de sa session annuelle (19-21 avril 2004) le Conseil de Direction d'UNIDROIT a adopté à l'unanimité la nouvelle édition des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international. L'édition de 1994 a été enrichie de cinq nouveaux chapitres (pouvoir de représentation; droits des tiers; compensation; cession de créances, cession de dettes, cession de contrats; délais de prescription), le préambule a été étoffé, et de nouvelles dispositions sur

principes n'est pas le même : les Principes Unidroit synthétisent les règles générales applicables aux contrats du commerce international passés entre commerçants et autres professionnels alors que les Principes européens concernent tous les contrats, y compris les contrats entre des professionnels et des consommateurs, dans les relations internationales ou intra-communautaires comme dans les relations purement internes. Les Principes sont parfois présentés comme une codification de la *lex mercatoria*. Le préambule de chacune des compilations énonce d'ailleurs qu'elles sont applicables lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit ou la *lex mercatoria*. Or, les Principes Unidroit et les Principes européens se distinguent par leur nature même de la *lex mercatoria*. En effet, les Principes énoncent des propositions d'origine doctrinale alors que la *lex mercatoria*¹⁰ exprime des règles pratiquées par la communauté économique internationale¹¹.

3 – Le caractère non obligatoire de ces Principes les a fait pénétrer dans la sphère du droit mou. Ils appartiennent à la sphère du droit¹² dans la mesure où ils ont été rédigés de manière systématique sous la forme d'un code de portée générale ayant vocation, éventuellement, à s'insérer dans les législations des Etats. Classiquement, ce droit est qualifié de mou dans la mesure où il n'a pas de valeur obligatoire¹³. Il est seulement proposé et non imposé¹⁴.

l'interdiction de se contredire et sur la renonciation par convention ont été ajoutées. En outre, la version de 1994 a été adaptée en vue de répondre aux besoins du commerce électronique partout où cela a été jugé nécessaire.

Les Principes du droit européen du contrat, Commission pour le droit européen des contrats, Version française préparée par G. Rouhette, avec le concours de I. de Lamberterie, D. Tallon et Cl. Witz, Société de législation comparée, 2003.

Sur ces Principes, voir notamment D. TALLON, Vers un droit européen des contrats, in Mélanges COLOMER, 1994, Litec, p. 485 et s. ; C. KESSEDJIAN, La codification privée, in *Liber Amicorum*, Georges. A.L. Droz sur L'unification progressive du droit international privé, Kluwer law international, La Haye, 1996, 580 pp ; F-M BANNES, L'impact de l'adoption des Principes Unidroit 1994 sur l'unification du droit du commerce international : réalité et utopie, RRJ 1996, p. 933 et s. ; G. ROUHETTE, La codification du droit des contrats, Droits, 1996, p. 113 et s. ; D. MAZEAUD, A propos du droit virtuel des contrats. Réflexion sur les Principes Unidroit et de la Commission Lando, in Mélanges Cabrillac, LGDJ, 1999, p. 205 et s. ; G. LEFEBVRE et E. SIBIDI DARANKOUM, Phénomène transnational et droit des contrats : les Principes européens, RDAI, n°1, 1999, pp. 47-79.

¹⁰ Notion dont il faut regretter la grande confusion terminologique. Sur ce point, voir notamment D. BUREAU, *Lex mercatoria*, in Dictionnaire de la culture juridique, S. RIALS, et D. ALLAND (dir.) ; E. LOQUIN, Où en est la *lex mercatoria*, in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de P. KAHN, Litec, Paris, 2000.

¹¹ Unité de droit international privé de l'Université libre de Bruxelles et le département de droit international privé de l'Université de Liège, Observation sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles :

http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm, et B. FAUVARQUE-COSSON, Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, RIDC 1998, p. 63 et s.

¹² Droit qualifié de « virtuel » par un auteur. Voir D. MAZEAUD, La commission Lando : le point de vue d'un juriste français, in Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit, Société de législation comparée, 2001, p. 181 et s.

¹³ Sur cette notion, voir C. THIBIERGE, Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit, R.T.D. civ. 2003, n°3, pp. 599-627 ; Selon cet auteur, le droit souple comprend le droit flou défini par la souplesse de son contenu, le droit doux qui n'a pas ou peu de force obligatoire et le droit mou qui a pas ou peu de force contraignante ; sur la notion de droit mou, voir également P. DEUMIER, Le droit spontané, Préface J-M Jacquet, *Economica*, 2002, 477 pp, spé. n° 276. Le droit mou semble équivaler à la notion anglo-saxonne de « soft law » ; H. MUIR-WATT parle le « nouveau soft law européen » in Analyse économique et perspective solidariste, La nouvelle crise du contrat, C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), 2003, p. 185.

¹⁴ M. FONTAINE, Du droit « mou ».....impératif ?, in Mélanges Barthélémy MERCADAL, Lefebvre, 2002, p. 159 et s.

Si ces Principes peuvent avoir une réelle portée normative, reste à savoir si le règlement « Rome I »¹⁵ pourrait faire référence à ces codifications doctrinales en tant que *lex contractus*. La transformation de la Convention de Rome pose ainsi la question plus générale de la place du droit savant dans le paysage des sources du droit. Libre de toute contrainte juridique (compétence, procédure législative), la doctrine a jeté les fondements d'un droit commun mondial et européen des contrats. Un auteur explique le rôle de la doctrine dans l'harmonisation du droit de la manière suivante : «à partir du moment où la puissance juridique de l'Etat décline, celle de la doctrine monte, dans un monde sans contrainte *a priori*, il est normal que l'autorité magistrale retrouve de la vigueur»¹⁶. La dynamique de la doctrine peut être décrite de la manière suivante : «N'agissant que par voie de persuasion, la doctrine est *a priori* la plus faible des sources. En même tant elle est aussi la plus forte, pour deux raisons. D'une part, la doctrine a le privilège de s'auto-constituer, car à la différence de la loi et du juge, elle ne tient pas son pouvoir ni son existence d'une norme extérieure à elle, mais de sa seule qualité. D'autre part, la doctrine éclaire les autres sources sur elles-mêmes et leur sert de révélateur lorsqu'elle rapporte celles-ci à l'ensemble du droit positif»¹⁷.

Classiquement les codifications doctrinales constituent une source médiate de droit, dans le sens où ce droit mou est réceptionné par le droit dur. Il apparaît alors que le droit mou est doté d'une triple fonction. Il peut d'abord pénétrer le droit dur par le vecteur d'une clause contractuelle. Il peut ensuite avoir une autorité en matière d'interprétation. Le droit mou peut enfin être doté d'une normativité cognitive et réflexive.

4 – La normativité optionnelle du droit mou s'entend de la possibilité laissée aux parties de choisir une codification en tant que droit applicable à leur contrat. Les codifications doctrinales peuvent donc basculer dans la sphère du droit dur par l'effet d'une clause contractuelle¹⁸. En pratique, l'accueil fait au droit mou sous la forme des codifications doctrinales a été pour le moins réservé¹⁹. Des auteurs expliquent cette résistance de la pratique contractuelle de la manière suivante : «cette résistance très forte des professionnels, qui ne met pas en cause la qualité des règles considérées, ne s'explique que par leur conscience de la grave insécurité juridique que provoque inéluctablement, au moins dans un premier temps, l'adoption de règles uniformes. En effet, parce que celles-ci ne se conçoivent pas sans compromis entre des conceptions d'origine différente, sinon radicalement opposées, des questions traitées, leur signification exacte et leur portée réelle sont toujours source

¹⁵ En tout état de cause, la Convention de Rome, à l'image de la Convention de Bruxelles va être transformée en règlement communautaire et non en directive. C'est ce qu'il ressort de la synthèse des réponses au livre vert sur la transformation de la Convention de Rome :

http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/discussion_paper_final_en.pdf

¹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, Le versant juridique de la mondialisation, Revue des deux mondes, Déc. 1997, pp.45-53.

¹⁷ P. JESTAZ, C. JAMIN, La doctrine, Dalloz, 2004, p. 6.

¹⁸ Les Principes européens du droit du contrat sont applicables lorsque «les parties sont convenues de les incorporer à leur contrat ou d'y soumettre celui-ci» (art. 1 :101 2°). L'article 1.1 des Principes Unidroit est formulé d'une manière semblable.

¹⁹ Les auteurs notent s'agissant de l'application pratique des Principes Unidroit « qu'à partir d'un recensement systématique des sentences rendues sous l'égide de la Chambre de commerce internationale entre 1995 et 2001, il a pu être montré que si trente sept juridictions arbitrales ont trouvé commode de se référer à ces Principes, ce qui ne représente pas même 3 % de l'ensemble de celles qui ont rendu une décision définitive au fond au cours de la période considérée, deux seulement (soit moins de deux pour mille) y avaient été invitées par les parties elles-mêmes, in F. MARELLA, Les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international dans l'arbitrage de la CCI, 1999-2001, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, vol. 12 (2001), n°2, p. 52 et s.

d'incertitudes beaucoup plus vives que celles que provoque une réforme dans un système juridique déterminé»²⁰.

5 – Le droit mou peut également être utilisé à des fins interprétatives par le biais des principes généraux du droit. Ceux-ci sont consacrés ponctuellement par le juge ou par l'arbitre lorsqu'ils ne trouvent pas dans leur ordre juridique respectif, les règles précises permettant de solutionner un litige. Ainsi, lorsque le recours à des principes généraux est expressément prévu par la loi ou une convention internationale, on considère que les juges ne font qu'user d'une délégation de pouvoir consentie par le législateur ou les parties à la convention internationale²¹. L'illustration figurant à l'article 7.2 de la Convention de Vienne²² est très pertinente. Les principes, et plus particulièrement les Principes Unidroit applicables aux contrats du commerce international, peuvent être considérés comme l'expression matérielle des principes généraux visés par la Convention de Vienne²³.

6 – A long terme, le droit mou peut également servir de modèle aux législateurs nationaux. Ainsi, à défaut d'une valeur directement normative, les codifications doctrinales n'en ont pas moins une vertu cognitive et réflexive. Le cognitif permet de connaître. Le réflexif désigne ce qui relève de la réflexion et du retour sur soi. La connaissance, via ces principes, des solutions de droit comparé peut être mise au service de l'expertise des droits nationaux²⁴. Le droit comparé joue alors un rôle crucial dans l'harmonisation du droit²⁵. Il a alors une fonction subversive dans le sens où il est une «une voie de connaissance critique du droit»²⁶. Le débat passionnant sur le code civil européen et la perspective d'une recodification de notre droit civil montrent toute l'importance de cette fonction cognitive et réflexive²⁷.

²⁰ V. HEUZÉ, A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats, JCP 2002, I, 152, pp. 1341-1345.

²¹ C. JAUFFRET-SPINOSI, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002, n°113.

²² L'article 7.2 dispose : «Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux du droit dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé».

²³ Quelques illustrations de l'utilisation des Principes par le juge ou l'arbitre sont les bienvenues. Le juge n'en a fait que très peu usage. A notre connaissance, une seule décision d'une juridiction française a fait référence aux Principes Unidroit. Dans un arrêt du 24 janvier 1996, la Cour d'appel de Grenoble les a appliqués à propos d'une clause de responsabilité²³. Elle mentionne deux Principes à savoir la primauté de la clause contractuelle sur une clause type en cas de contradiction et l'interprétation d'une clause ambiguë contre celui qui l'a proposé (art. 2.21 et 4.6).

Les références aux Principes dans les sentences arbitrales sont en revanche plus nombreuses. Une sentence arbitrale n°7710 a fait application des Principes Unidroit en tant qu'expression des principes généraux du droit des contrats internationaux²³. Une autre sentence n° 8128 est également significative en ce qu'elle applique les Principes Unidroit et les Principes européens du droit à propos des intérêts dus par le débiteur en cas de non paiement d'une somme d'argent²³. Ces exemples peuvent être complétés utilement par la consultation sur site www.unilex.info qui offre un recensement des décisions et sentences arbitrales ayant fait application des Principes Unidroit.

²⁴ D. FENOUILLET et P. REMY-CORLAY (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes européens du droit du contrat, Dalloz, 2003 ; C. PRIETO (dir.), Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, PUAM, 2003 ; B. FAGES, Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando, Dalloz, 9 octobre 2003, p. 2386 et s.

²⁵ K.P. BERGER, Harmonization of european contract law, the influence of comparative law, ICLQ, vol. 50, n°4, octobre 2001, p. 877-900.

²⁶ H. MUIR-WATT, La fonction subversive du droit comparé, RIDC, 2000, p. 503-527.

²⁷ Voir notamment, B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD, Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit, Société de législation comparée, Paris, 2003 ; Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire, Litec – Dalloz, 2004 ; spé. les contributions consacrées aux «réflexions sur une recodification » et aux « difficultés de la recodification : applications spécifiques ».

7 – Le droit mou peut donc devenir dur par un processus de réception opéré, soit par les parties, soit par le juge ou enfin par le législateur. Les codifications doctrinales, sources auto-proclamées ont naturellement besoin du sceau d'une source formelle du droit.

Si le droit mou peut être formalisé par le droit dur, on peut se demander si le droit dur peut se contenter d'opérer un renvoi²⁸ au droit mou. Le droit dur peut-il simplement faire référence au droit mou et faire ainsi l'économie d'une réception formelle ?

8 – C'est l'hypothèse avancée par la Commission européenne dans son livre vert sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire. Elle a suggéré que le choix de règles non étatiques puisse constituer un choix de loi au sens de l'article 3 de la Convention de Rome. Dans cette configuration, les codifications doctrinales constituent non plus des sources médiates, mais des sources immédiates de droit. Il ne s'agit plus de mesurer l'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois²⁹, mais d'évaluer dans une perspective institutionnelle comment le législateur communautaire pourrait désigner un instrument mou pour en faire un choix de loi venant concurrencer les lois nationales.

Si la réception du droit mou par le droit dur est parfaitement acceptable, le renvoi du droit mou opéré par le droit dur est en revanche beaucoup plus discutable (I), notamment parce qu'il pose la question du statut juridique des codifications doctrinales dans le règlement «Rome I» (II).

I - Le droit mou source immédiate de droit : un possible renvoi du droit dur au droit mou ?

La transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire est donc l'occasion de poser la question du renvoi par le règlement «Rome I» aux codifications doctrinales. Nous envisagerons donc le principe du renvoi (A), avant de tenter de le justifier (B).

A - Le principe du renvoi du règlement «Rome I» aux codifications doctrinales.

9 – Bien loin d'une théorie générale du contrat, le droit communautaire du contrat dans sa configuration actuelle est marqué par son caractère fragmentaire et son éparpillement dans un fatras de directives³⁰. Ce morcellement du droit a relancé le débat autour d'un droit commun européen du contrat³¹ sous la forme d'un instrument optionnel³². En s'inspirant des Principes

²⁸ La notion de renvoi n'est pas prise au sens du droit international privé : « en matière de conflits de lois, lorsque la loi étrangère, reconnue compétente par le juge national, décline cette compétence et renvoie la solution du litige à la loi du juge saisi (...), ; en matière de conflits de juridictions, lorsque le tribunal étranger reconnu compétent par le juge d'un Etat, est obligé (en vertu des règles nationales de procédure) de décliner cette compétence et de renvoyer les plaideurs devant le juge de l'autre Etat » *in* Termes juridiques, S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER (dir.), 14^{ème} édition, 2003.

²⁹ D. BUREAU, L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois, *in* Mélanges F. TERRÉ, L'avenir du droit, Puf – Dalloz, 1999, pp. 285-305.

³⁰ Sur ces textes, voir notamment, J. LAFFINEUR, L'évolution du droit communautaire relatif au contrat de consommation, REDC, 2001, pp. 19-42.

³¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 12 février 2003, Un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action, COM (2003) 68 final, JOCE n° C 63 du 15 mars 2003, pp. 1-34 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats, COM (2001), 398 final, JOCE, n° C 255 du 13 septembre 2001, pp. 1-44 ; A. MARAIS, Plan d'action sur le droit européen des contrats, RDC, 2004, n°2, pp. 460 - 465. Sur le lien entre ces communications et la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire, voir A.M.

européens du droit du contrat³³, la Communauté européenne pourrait réceptionner un instrument mou dans le corps de la législation communautaire. Il ne s'agit bien sûr que d'un projet et force est de constater, à l'heure actuelle, l'inexistence d'un instrument dur systématisant un droit européen des contrats. Pour le moment, les parties n'ont pas la possibilité de se référer à un instrument communautaire pour régir leur contrat. Cela signifie qu'elles ne peuvent pas choisir un droit déconnecté d'une loi étatique et passer outre l'application de la règle de conflit. Reste à savoir si le règlement «Rome I» pourrait faire l'économie du raisonnement conflictuel de type savignien³⁴. Peut-il autoriser la référence immédiate aux codifications privées sans passer par l'interrogation de la règle de conflit ?

10 – Un rappel de l'interprétation de la Convention de Rome est le bienvenu. Le droit des contrats internationaux fait une large part à l'autonomie de la volonté³⁵. Pour autant, le choix de loi au sens de l'article 3 de la Convention ne vise que le choix d'une loi étatique³⁶. Le contrat faisant référence aux Principes Unidroit ou aux Principes européens du droit du contrat serait régi par la loi applicable à défaut de loi, basculant ainsi dans l'hypothèse de l'article 4³⁷. En application de cette disposition, il revient à la loi désignée par la règle de conflit de déterminer la place qu'elle entend consentir aux règles non étatiques choisies par les parties. S'il s'agit du droit français, le juge appliquera telle ou telle codification doctrinale sur le fondement de l'article 1135 du Code civil. Les Principes sont incorporés matériellement³⁸ au contrat en vertu d'une clause contractuelle et ils s'appliquent dans les limites de la loi applicable au contrat et donc dans le respect de ses dispositions impératives. En écartant cette solution, le règlement «Rome I» se contenterait de désigner les Principes Unidroit ou les Principes européens du droit du contrat comme un choix de loi applicable à un contrat.

11 – Cette dernière solution est soutenue par certains auteurs. Ils proposent de faire du choix des codifications doctrinales un choix de loi au même titre que celui d'une loi étatique³⁹. Un

LOPEZ-RODRIGUEZ, The Rome convention of 1980 and its revision at the crossroads of the European contract law project, *European review of private law*, 2004, n°2, pp. 167-191

³² D. STAUDENMAYER, Un instrument optionnel en droit des contrats ?, *RTD civ.* 2003 pp. 629-644.

³³ Ces Principes ont été rédigés dans la perspective (à long terme) de l'élaboration d'un instrument communautaire de droit matériel en matière contractuelle (ces Principes « sont destinés à s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne » art.1 :101 1°).

³⁴ Voir notamment, B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2000, n°88 et s.

³⁵ Voir Cass. Civ. 1^{ère} 25 janvier 2000 BNP c/ Agro alliance et autres, *Bull. civ. I.*, n°21 rappelant le principe de l'autonomie de la volonté dans le choix de la loi applicable à un contrat international.

³⁶ Voir notamment, P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *Rev. Crit. DIP*, 1991, p. 287.

³⁷ L'article 4 concernant la loi applicable à défaut de choix dispose : «Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (...). Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, ou s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale».

³⁸ Sur la distinction entre incorporations conflictuelle et matérielle, voir J-M JACQUET, *L'incorporation de la loi dans le contrat*, in *Travaux du comité français de DIP*, 1993-1994, Pédone, pp. 23-37 : l'incorporation matérielle «se caractérise par rapport à l'incorporation conflictuelle par le fait qu'elle n'est pas susceptible d'interférer avec le fonctionnement de la règle de conflit. Dans la chronologie du raisonnement, elle n'intervient que lorsque la règle de conflit a permis de désigner la loi applicable. Dans la hiérarchie elle apparaît totalement tributaire et nécessairement respectueuse de la *lex contractus*».

³⁹ Voir K. BOELE-WOELKI, *The Unidroit principles of international commercial and the Principles of european contract law : how to apply them to international contracts*, *Uniform law review*, 1996 n°4, pp. 652-678; B. ANCEL, *Auctoritate rationis*, *Le droit savant du contrat international*, in *Clès pour le 20^{ème} siècle*, Mélanges de l'Université Paris II Panthéon-Assas, 2000, pp. 583-609 ; F. de LY, *Choice of law clauses*, *Unidroit Principles*

auteur cite, à l'appui de son argumentation⁴⁰, l'exemple de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Convention de Mexico)⁴¹ qui, selon une certaine interprétation, autoriserait la référence à un droit mou en tant que loi applicable au contrat : selon lui, la transformation de la Convention de Rome «pourrait être l'occasion à saisir pour abandonner l'interdiction du contrat sans loi exprimée par la phrase qui ouvre l'article 3 et d'autoriser comme le fait la Convention de Mexico, la désignation des principes élaborés par les organisations internationales, donc, pour l'instant les Principes Unidroit»⁴². L'Unidroit constitue une institution internationale, pour autant les Principes relèvent davantage de l'étude de droit comparé que du projet de loi ou de convention⁴³. Le caractère intergouvernemental de l'institution qui a présidé à l'élaboration des Principes Unidroit ne justifie en rien leur désignation par le règlement «Rome I».

Ces développements ont été complétés à l'occasion de la publication par la Commission européenne du Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire. Certaines réponses au Livre vert se sont montrées favorables à la désignation «conflictuelle» des codifications doctrinales par les parties⁴⁴. Le droit mou devient dur non pas par la volonté des parties, mais par la désignation de ces normes par le règlement communautaire. En désignant les codifications comme un possible choix de loi, le règlement conférerait une force contraignante aux Principes.

12 – L'éclairage de l'analyse économique du fédéralisme a permis de démontrer que le conflit de lois constituait le vecteur d'une concurrence entre les législations nationales⁴⁵. Or si l'on admet l'hypothèse d'un «durcissement» normatif des codifications doctrinales par le législateur communautaire, cela signifie que le conflit de lois ne se réduit plus à une concurrence entre les législations étatiques. L'élargissement du périmètre concurrentiel du conflit de lois aux sources doctrinales constituerait bien un bouleversement de la méthode conflictuelle classique. Par ailleurs, en l'absence de désignation de la loi applicable par les parties, le juge serait sans doute amené à prendre en considération les codifications doctrinales au même titre que les lois étatiques.

of international commercial contracts and Article 3 Rome Convention : the lex mercatoria before domestic courts or arbitration privilege ? in Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2002, pp. 133-145.

⁴⁰ J.-P. BERAUDO, La modernisation et l'harmonisation du droit des contrats : une perspective européenne, in Actes du congrès « Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale », Rome 27-28 septembre 2002, Revue de droit uniforme, 2003, n°1/2, p. 135-140.

⁴¹ Sur la Convention de Mexico du 17 mars 1994, voir le texte en français et le commentaire de D. FERNANDEZ ARROYO à la Rev. Crit. DIP 1995 p. 173 et s.

⁴² Pour une interprétation contraire, voir A. BOGGIANO La convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux et les Principes d'Unidroit, Revue de droit uniforme, 1996, n°2, pp. 219-227 :

« Cependant la preuve absolue et irréfutable que la Convention interaméricaine ne permet pas aux parties de choisir les principes généraux ou la lex mercatoria comme système autonome et exclusif de toute loi étatique se trouve dans l'article 11 qui rend nécessairement applicable la loi de police du for et discrétionnairement applicables dans ce for les lois de police d'un autre Etat avec lequel le contrat présente les liens étroits».

⁴³ C. KESSEDJIAN, Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par Unidroit, Rev. Crit. DIP 1995, pp. 641- 667.

⁴⁴ Voir notamment la réponse du Max Planck Institut pour le droit international privé et le droit étranger, Hambourg, celle de la conférence des notariats de l'Union européenne, celle de la Universitat Pompei et la Universitat autonoma, Barcelona, Espagne, celle de l'Unidroit, Rome, et celle du groupe nordique pour le droit international privé. *Contra* : voir notamment la réponse de l'Unité de droit international privé de l'Université Libre de Bruxelles, et du département du droit international privé de l'Université de Liège ; la réponse du Pr. Dr U. MAGNUS et du Pr. Dr. P. MANKOWSKI de l'Université de Hambourg :

http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_i/news_summary_rome1_en.htm

⁴⁵ H. MUIR-WATT, Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé, in La mondialisation entre illusion et utopie, A.D.P 2003, tome 47, 2003, pp. 243-262, et les références citées.

La solution du renvoi par le règlement aux codifications doctrinales est très discutable. Elle doit néanmoins être débattue. Certaines pistes de réflexion tendant à justifier cette solution sont donc les bienvenues.

B - La légitimité du renvoi aux codifications doctrinales.

13 – Le caractère systémique tant des Principes Unidroit que des Principes européens a été mis en avant pour justifier leur désignation par le règlement «Rome I»⁴⁶. Les codifications doctrinales constituent sans aucun doute des ensembles complets et cohérents construits autour de règles impératives et de règles supplétives. Pour autant, la solution envisagée par les autorités communautaires consiste à reconnaître à ces Principes la qualité d'ordre juridique auto-référent. Le caractère complet et cohérent de ces ensembles normatifs est-il suffisant pour les qualifier d'ordre juridique autonome ?

14 – Un auteur définit l'ordre juridique comme «l'ensemble structuré en système de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine (...). La norme n'existe pas par elle-même mais uniquement en tant qu'elle est une norme d'un certain système qui seul peut lui procurer sa validité, son existence en tant que norme»⁴⁷. Cette définition est recevable si l'on conçoit un ordre juridique spécifique, visant la matière contractuelle. Par hypothèse, c'est le règlement lui-même qui confère aux codifications leur validité en tant que choix de loi.

15 – L'argument de la spécificité des ordres juridiques (Principes Unidroit ou Principes européens) visés par le règlement est en adéquation avec la thèse de la gradation entre les ordres juridiques étatique, international, ou transnational⁴⁸. Un auteur s'exprime en ces termes : «toutes les communautés juridiques que nous avons rencontrées sont capables d'avoir leur propre activité juridique. A ce titre, elles constituent autant d'ordres juridiques au sens institutionnel du terme, mais les qualifier d'ordre juridique n'est en rien reconnaître leur autonomie»⁴⁹. L'auteur distingue tout d'abord les corps de règles prévoyant leur propre règle de sanction, et des règles de comportement très concrètes ce qui correspond à l'hypothèse des Principes Unidroit ou des Principes européens. Elle met en évidence ensuite les ordres juridiques dotés de leur propre juge et enfin les ordres ayant la possibilité d'assurer l'exécution forcée.

16 – La désignation des codifications par le règlement remet en question notre conception traditionnelle de l'ordre juridique. Ne faut-il pas distinguer les «micro-ordres juridiques» des «macro-ordres juridiques» et faire état d'un lien de subordination entre ces deux catégories d'ordres juridiques ? Cette hypothèse a l'avantage de rendre acceptable théoriquement le renvoi par le règlement aux codifications doctrinales. Il semble que les «macro-ordres juridiques» (les ordres juridiques étatiques, l'ordre juridique communautaire) sont intimement rattachés à un territoire contrairement à la seconde catégorie. A l'heure du droit qualifié de post-moderne, il convient, semble-t-il, de remettre en cause l'assise purement territoriale de l'ordre juridique.

⁴⁶ Voir notamment la réponse du Max Planck Institut pour le droit international privé et le droit étranger, Hambourg, *op. cit.*

⁴⁷ C. LEBEN, « Ordre juridique », *in* Dictionnaire de la culture juridique, S. RIALS et D. ALLAND (dir.), PUF, 2003, p. 1113 et s.

⁴⁸ P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Préface J.-M. JACQUET, Economica, 2002, n°381.

⁴⁹ *Ibid.*

17 – Le droit post-moderne⁵⁰ est en effet caractérisé par un décloisonnement de sa production⁵¹. Ainsi, «L’association ontologique du Droit (la loi) et de l’Etat»⁵² a été très largement éprouvée par un enchevêtrement croissant des sources du droit. Madame Delmas-Marty fait le constat suivant : « en dépit des apparences, il n’est plus possible aujourd’hui de méconnaître la superposition de normes nationales, régionales, et mondiales ni la surabondance d’institutions et de juges nationaux et internationaux à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus qu’une défaite du droit, c’est peut être d’une mutation qu’il s’agit, une mutation de la conception même de l’ordre juridique »⁵³. La question est de savoir si ces évolutions sont d’une importance telle qu’il faille remettre en cause l’architecture fondamentale de nos sources du droit. Les Principes européens (les Principes Unidroit sont inspirés des traditions juridiques au niveau mondial) trouvent leur origine dans les droits nationaux européens. Ces normes se trouvent alors détachées des droits nationaux pour se mouvoir à l’échelle du droit européen (Art. 1 :101 Principes européens). Ce glissement des sources du droit des contrats vers le droit européen remet-il en cause la structure de notre système juridique ? Il ne fait aucun doute que l’eupéanisation du droit et plus largement la mondialisation du droit ont bousculé la configuration des sources de droit. Pour autant, l’Etat en est toujours le maître. Si l’Etat a versé dans le post-modernisme⁵⁴, il paraît néanmoins difficile de gommer le lien de subordination établi entre l’ordre juridique étatique et les tiers ordres juridiques.

18 – Une autre justification au renvoi du règlement aux codifications doit sans doute être recherchée du côté de la spécificité de l’ordre juridique communautaire par rapport aux ordres juridiques étatiques et à l’ordre juridique international. En effet, l’ordre juridique communautaire, construit sur une logique d’intégration, serait d’autant plus préparé à consacrer l’autonomie de ces codifications qu’il s’est construit sur la base d’un droit finaliste. Par hypothèse, il serait peu regardant sur les sources formelles des actes communautaires, privilégiant ainsi la finalité des règles de droit. Le régime juridique de la directive en est une bonne illustration. L’article 249 al. 3 du Traité instituant la Communauté européenne dispose : «La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens». La définition de la directive contenue dans le Traité en fait un «acte d’application médiate par nature, excluant absolument tout effet direct»⁵⁵.

⁵⁰ Sur cette notion voir, J. CHEVALLIER, L’Etat post-moderne, LGDJ, 2003, 89 et s. : «au droit classique lié à la construction de l’Etat et caractéristique des sociétés modernes, serait en voie de succéder un droit nouveau, reflet de la post-modernité».

⁵¹ M.M. MOHAMED SALAH, Les contradictions du droit mondialisé, PUF, Paris, 2002, p. 27 et s.

⁵² P. DEUMIER, T. REVET, Sources du droit (problématique générale), in Dictionnaire de la culture juridique, S. RIALS et D. ALLAND (dir.), PUF, 2003, pp. 1431-1434.

⁵³ Extrait de la leçon inaugurale de la chaire Etudes juridiques comparative et internationalisation du droit, Du désordre mondial à la force du droit international, 20 mars 2003, Collège de France, Fayard, 2003.

⁵⁴ Voir M. PERRIN de BRICHAMBAUT, J.-F. DOBELLE, M.-R. d’HAUSSY, Leçons de droit international public, Presses de Sciences-po et Dalloz, 2002, p. 44 : «les Etats post-modernes (qui viennent dans la classification après les Etats pré-modernes et modernes) acceptent de renoncer à certains aspects de leur souveraineté et d’en confier la mise en œuvre à des institutions supranationales qui ont la capacité collective de créer des normes de droit (.....). Surtout les post-modernes européens sont engagés dans des processus de rapprochement de leurs économies et de leurs sociétés qui s’appuient par une interpénétration croissante entre les règles définies collectivement et leur droit interne» ; S. COHEN, Un monde sans souveraineté : la fin d’un mythe, in Le Monde, 7.02.2004 : «le retrait de l’Etat, quand il se produit est le fruit d’une stratégie mûrie, voulue, bien que mal assumée».

⁵⁵ G. ISAAC, M. BLANQUET, Droit communautaire général, Armand Colin, 8^{ème} édition, 2001, p. 195.

19 – En contradiction avec une conception strictement formaliste des actes juridiques, la Cour de justice des Communautés européennes a accordé aux directives non transposées, ou transposées incorrectement, un effet direct en faveur des particuliers⁵⁶. Ainsi «pour la Cour de justice une directive peut directement créer des droits dans le chef des particuliers, droits que ces derniers peuvent faire valoir à l'encontre d'un Etat membre. La directive peut donc être invoquée, soit pour écarter l'application d'une norme nationale contraire (effet d'exclusion), soit pour bénéficier des droits contenus dans la directive à la place du droit national défaillant (effet de substitution)»⁵⁷. La jurisprudence récente a d'ailleurs consacré l'autonomie de l'invocabilité d'exclusion des directives : «l'effet d'exclusion était antérieurement réservé aux seules directives dotées de l'effet direct alors que toutes les directives sont désormais concernées»⁵⁸. Le caractère constructiviste du droit communautaire⁵⁹ pourrait donc être favorable à l'accueil des codifications doctrinales par le système du Traité.

20 – L'interprétation téléologique déployée par la Cour n'a visé jusqu'à présent que des règles élaborées par les autorités communautaires. Nous ne pouvons qu'être plus circonspect s'agissant des Principes européens ou des Principes Unidroit. Il est évident que de tels instruments sont en adéquation avec la logique d'harmonisation du droit européen des affaires. Mais l'article 234 TCE réserve la compétence de la CJCE à l'interprétation du Traité, et à la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et la BCE. Or, les Principes européens ou les Principes Unidroit ne sont pas réceptionnés en tant que tels par le règlement ou dans un acte communautaire annexe. Si la Cour a largement pallié les «manques de la structure»⁶⁰ communautaire, nous ne voyons pas très bien comment elle pourrait passer outre la nature juridique de ces codifications, pour les assimiler à des actes communautaires à part entière.

21 – Au-delà des tentatives de justifications purement théoriques, il nous faut soulever la question de la compétence de la Communauté pour renvoyer à des dispositions matérielles dans un règlement portant sur les conflits de lois. L'argument de la carence du droit dur est régulièrement mis en avant (notamment par la Commission européenne). Les législations nationales ne seraient pas en adéquation avec les exigences de la réglementation des contrats trans-frontières. C'est la raison pour laquelle il serait fait appel au droit mou. Il s'agit de savoir si la coexistence des droits nationaux entrave directement ou indirectement le fonctionnement du marché intérieur⁶¹. Force est de reconnaître les «splendeurs et misères des justifications économiques»⁶² de l'inadéquation du droit dur aux échanges trans-frontières.

⁵⁶ CJCE, 6 octobre 1970, Frantz Grad/Finanzamt Traunstein, aff. 9/70, Rec. p. 825 à propos des dispositions combinées d'une décision et d'une directive ; CJCE, 17 décembre 1970, Sace/Ministère des Finances Italie, aff. 33/70, Rec. p. 1213 à propos des dispositions combinées du traité et d'une directive ; CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn/Home Office, aff. 41/74, Rec. p. 1337 à propos d'une directive seule.

⁵⁷ O. DUBOS, L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise (à propos de l'arrêt de la CJCE 19.09.2000, Etat du grand Duché du Luxembourg c/Consorts Linster), RFDA 2003, p. 568 et s. ; *adde.* S. SIMON, La directive européenne, Paris, Dalloz, 1997. Voir également CJCE, 23 novembre 1977, Enka/Inspecteur des invoerechenten en accijnzen, aff. 38/77, Rec. p. 2233.

⁵⁸ *op. cit.* O. DUBOS.

⁵⁹ G. SOULIER, Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? *in* Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, D. SIMON (dir.), Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 57-79 ; « lorsqu'on évoque la « construction européenne », c'est sur le mot construction qu'il faut mettre l'accent. L'idée d'un processus, d'une dynamique est ce qui permet de comprendre la Communauté et le droit communautaire ».

⁶⁰ G. SOULIER, *op. cit.*

⁶¹ Pts 23 de la communication sur le droit européen des contrats du 11 juillet 2001, *op. cit.*

⁶² B. FAUVARQUE-COSSON, Faut-il un code civil européen ? *op. cit.*

Ceci n'a pas empêché la Commission européenne de publier deux communications sur les perspectives de l'harmonisation du droit européen des contrats. Elle met en avant tour à tour l'inefficacité du marché intérieur, les effets négatifs des divergences entre règles impératives des différents Etats membres sur les transactions transfrontalières, la diversité des conditions générales de vente, l'accès difficile des consommateurs et des PME aux transactions intra-communautaires, les frais d'information et de contentieux⁶³. Le droit dur est donc mis en cause sur la base d'arguments tirés de l'analyse économique du droit⁶⁴. Cependant, l'argument principal des coûts de transaction engendrés par la disparité des législations relève plus de l'intuition que de la preuve scientifique⁶⁵.

22 – Cette preuve n'étant pour l'heure pas apportée, la référence aux Principes dans le texte du règlement « Rome I » pose une série de questions eu égard aux principes de subsidiarité et de proportionnalité contenus à l'article 5 du Traité instituant la Communauté européenne⁶⁶. Le premier n'autorise les autorités communautaires à agir «que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres» (Art. 5 TCE). Le second prévoit que «l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité». Il s'agit de principes régulateurs des compétences. Ils ne tracent pas une frontière rigide entre les compétences des Etats membres et celles de la Communauté mais permet d'organiser, pour chaque domaine de compétence concurrente, un partage qui peut varier dans le temps, suivant les circonstances et les nécessités des objectifs visés⁶⁷.

23 – La compétence de la Communauté en matière de conflits de lois est désormais assise sur l'art. 65 du TCE⁶⁸. Le droit international privé vise à optimiser la simple coexistence des systèmes juridiques. En ce sens les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont intrinsèques à cette matière dans la mesure où elle tend à préserver l'intégrité des droits nationaux lorsque l'application de ceux-ci ne conduit pas à des distorsions de concurrence. En premier lieu, le principe de subsidiarité régit le déclenchement de l'action communautaire. En l'espèce, la compétence en matière de conflit de lois (art. 65 b. TCE) n'est pas contestée en tant que telle.

Dans un second temps, la mise en œuvre de l'action communautaire se mesure à l'aune de l'article 5 alinéa 3 du TCE relatif au principe de proportionnalité⁶⁹. Ce dernier vise à examiner la capacité de la mesure litigieuse à atteindre le but poursuivi. Il ne s'agit plus d'apporter la preuve de la légitimité de l'intérêt poursuivi, celui-ci étant présumé, mais celle de l'adéquation de la mesure en cause à cet objectif⁷⁰. En l'espèce, il s'agit d'analyser en quoi le

⁶³ Pts 24 à 32 de la communication du 11 juillet 2001, *op. cit.*

⁶⁴ Sur ce thème, voir notamment, R. COASE, *Le coût du droit*, PUF, 2000.

⁶⁵ Réponse à la communication du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats, groupe de travail de la faculté de droit de Nice, J-B RACINE (dir.), www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments.contract-law/index_fr.html

⁶⁶ Voir notamment, F. CHALTIEL, *Le principe de subsidiarité dix ans après le Traité de Maastricht*, RMCUE, n°469, juin 2003, p. 365 et s. ; N. BERNARD, *The future of european economic law in the light of the principle of subsidiarity*, CMLR, 1996, p. 633 et s.

⁶⁷ G. ISAAC, M. BLANQUET, *Droit communautaire général*, *op. cit.* p. 45.

⁶⁸ L'article 65 TCE dispose que : «les mesures relevant du domaine de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence trans-frontière, qui doivent être prises conformément à l'article 67 et dans la mesure du bon fonctionnement du marché intérieur visent en outre à : (....) ; b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence».

⁶⁹ V. MICHEL, *Recherche sur les compétences de la Communauté*, Préface P. MANIN, L'Harmattan, 2003, p. 483.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 495.

contrôle par la loi nationale du sort qu'elle entend réserver aux codifications doctrinales est moins efficace que le renvoi direct aux Principes par le règlement. Autrement dit, existe-t-il d'autres moyens adéquats pour parvenir à un règlement optimum des conflits de lois ?

24 – La réponse à cette question nécessite que l'on définisse la notion de conflit de lois dans le contexte du marché intérieur. Les relations privées internationales peuvent se voir appliquer une réglementation de fond spécifique (règles matérielles) ou se voir attribuer une loi interne par des règles indirectes de répartition. Or, une réglementation substantielle uniforme à l'image des Principes relève moins du droit international privé, compris comme l'élaboration de règles de conflit de lois, que de la matière sur laquelle elle porte⁷¹. La référence aux Principes dans le règlement « Rome I » n'est donc acceptable que s'il est retenu une conception extensive de la notion de conflit de lois. Le fondement de l'article 65 TCE reste incertain tant que la notion de conflit de lois n'a pas été clairement définie. Celle-ci peut-elle être étendue à une concurrence entre des lois nationales et une réglementation matérielle uniforme ?

25 – Nous avons vu que la justification économique de l'introduction en droit communautaire d'un instrument en droit de contrats n'était pour l'heure pas totalement démontrée. Dès lors, il semble que la référence aux Principes dans le règlement « Rome I », tant sur le fondement de l'article 65 TCE que sur l'article 95 TCE⁷², soit en contradiction avec la lecture restrictive du principe de proportionnalité pratiquée par la CJCE⁷³.

Reste l'article 308 TCE : il permet au Conseil de prendre, à l'unanimité, des dispositions appropriées lorsque le traité n'a pas prévu de fondement juridique. Il paraît peu probable que le législateur communautaire utilise cette base juridique dans une matière aussi discutée (et pour cause) que le droit international privé et l'harmonisation du droit des contrats.

26 – Sans vouloir minimiser les considérations théoriques sur l'ordre juridique et la question de la compétence (si toutefois celle-ci est reconnue à la Communauté), nous ne voyons pas ce qui peut empêcher l'ordre juridique communautaire de reconnaître aux Principes la qualité d'ordre juridique autonome. Cette mise en concurrence est garantie par le régime juridique du règlement, lequel est obligatoire dans tous ses éléments et interdit donc aux Etats toute application incomplète⁷⁴ ou sélective⁷⁵. Bien que discutable, cette solution doit être envisagée en pratique.

⁷¹ B. AUDIT, *Droit international privé Economica*, 3^{ème} éd., 2000, n° 8 et s. Selon l'auteur, le conflit de lois vise la simple concurrence entre deux ou plusieurs lois nationales.

⁷² Il permet au Conseil d'arrêter 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 ».

⁷³ CJCE, 5 octobre 2000, aff. C-376/98, *Allemagne c/ Parlement et Conseil et CJCE*, 5 octobre 2000, aff. C-74/99, *Imperial Tobacco Ltd*, Rec. I 8419 : « le principe de subsidiarité s'applique lorsque le législateur communautaire recourt à l'article 95 CE, dans la mesure où cette disposition ne lui donne pas une compétence exclusive pour réglementer les activités économiques dans le marché intérieur, mais seulement une compétence en vue d'améliorer des conditions de l'établissement et du fonctionnement de celui-ci par l'élimination d'entraves à la libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services ou la suppression de distorsions de concurrence ».

⁷⁴ CJCE, 7.2.1973, *Commission c/ Italie*, aff. 39/72, Rec. p. 101.

⁷⁵ CJCE, 30.11.1972, *Granaria*, aff. 18/72, Rec. p. 1172.

La référence aux Principes dans le règlement «Rome I» n'en est pas moins un véritable monstre juridique dans la mesure où elle bouscule le raisonnement conflictuel classique. Au stade de notre raisonnement, nous n'avons pas épuisé les questions s'agissant du régime juridique des codifications doctrinales dans le règlement «Rome I». En effet, des auteurs ont proposé de faire du choix des codifications doctrinales un choix de loi au même titre que le choix d'une loi étatique. Or à notre connaissance, la question du régime juridique d'un tel choix n'a pas encore été envisagée.

II - Le statut juridique des codifications doctrinales dans le règlement «Rome I».

27 – La transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire pourrait donner lieu à une reformulation de l'article 3.1 : «Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ou par les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international ou les Principes européens du droit du contrat».

Dans la mesure où le règlement ferait expressément référence aux Principes, on peut se demander comment les juges seront amenés à analyser les Principes Unidroit ou les Principes européens. Il est question ici des juges nationaux, juges communautaires de droit commun, ainsi que des juges de la Cour de justice des Communautés appelés à répondre aux questions préjudicielles posées par les juridictions nationales (art . 234 al. 2 TCE).

La question est de savoir comment le juge doit appréhender ces Principes. S'agit-il d'un acte de droit communautaire ? Les Principes peuvent-ils être assimilés à la loi du *for* ? Peut-on leur appliquer le régime juridique de la loi étrangère ?

Quelles sont alors les conséquences juridiques de cette nouvelle donne juridique sur l'office du juge ?

Il sera tout d'abord question du traitement des codifications doctrinales par le juge (A), puis des implications d'une telle innovation juridique sur l'office du juge (B).

A - Le traitement des codifications doctrinales par le juge.

28 – La première hypothèse serait d'assimiler les Principes à un acte de droit communautaire. Ainsi la désignation des codifications doctrinales par le règlement vaudrait «communautarisation» de celles-ci. Ce schéma est inacceptable. L'article 249 TCE dispose en son alinéa 1^{er} que: «Pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis». Certes, l'article 249 n'est pas exhaustif : des actes non prévus par le Traité⁷⁶ sont adoptés par les institutions communautaires. En témoigne le nombre croissant des communications de la Commission européenne. Or ces actes sont des actes communautaires précisément parce qu'ils sont adoptés par les institutions communautaires. Cependant, parce qu'ils ne sont pas prévus par le Traité, ces actes ne sont pas créateurs de droit. On ne voit donc pas comment les codifications doctrinales pourraient être assimilées à un acte communautaire. En effet, il faut distinguer, selon nous, la force obligatoire des Principes de leur forme juridique. A partir du moment où on accepte la désignation conflictuelle des Principes Unidroit ou des Principes européens, ces instruments nous

⁷⁶ Sur ces actes voir J. RIDEAU, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, LGDJ, 4^{ème} édition, 2002, p.164.

deviennent durs par leur force obligatoire consacrée directement par le règlement. Il n'en demeure pas moins que d'un point de vue formel, ces codifications demeurent du droit mou car ils ne sont pas réceptionnés par un acte juridique connu de l'ordre juridique communautaire.

29 – En vertu de l'article 249 TCE, le règlement est obligatoire dans tous ses éléments. La désignation des codifications doctrinales s'imposerait donc aux juges. Comment ceux-ci doivent-ils traiter ces normes d'origine privée ? Pour y répondre, il nous faut revenir à la distinction internationaliste entre la loi du *for*, c'est-à-dire la loi nationale du tribunal saisi, et la loi étrangère.

30 – Pour que les principes puissent être considérés comme appartenant à la loi du *for*, encore faut-il que la désignation des Principes soit équivalente à une réception directe par le droit national. Cela n'est pas le cas. D'une part, les codifications privées ne peuvent être considérées comme des actes communautaires susceptibles de pénétrer les ordres juridiques étatiques. D'autre part, les codifications ne respectent pas les principes élémentaires régissant l'élaboration des règles de droit français et leur intégration dans la hiérarchie des normes⁷⁷. Il n'est pas possible de les assimiler à la loi du *for*.

31 – Qu'en est-il de l'application du régime juridique de la loi étrangère⁷⁸ ? Deux problèmes se posent s'agissant de son application : celui de l'applicabilité d'office de la règle de conflit désignant une loi étrangère et celui de la charge de la preuve du contenu de la loi étrangère. Cette seconde question est directement liée à la première et a évolué en même temps dans la jurisprudence.

S'agissant de l'applicabilité d'office de la règle de conflit, la jurisprudence française retient le critère de la disponibilité des droits. Elle a en effet abandonné l'application facultative de la règle de conflit de lois dans la mesure où celle-ci prescrivait l'application d'une loi étrangère⁷⁹. Dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits (même si l'ordre public s'est largement développé en matière contractuelle, notamment pour protéger la partie faible, cette matière relève à titre principal de la matière disponible), le juge n'a pas l'obligation de mettre en œuvre la règle de conflit, y compris dans les matières régies par les Conventions internationales⁸⁰. Cette hypothèse est donc celle des codifications doctrinales assimilées à une loi étrangère.

32 – Concernant la preuve de la loi étrangère, la Cour de cassation a précisé que «dans les matières où les parties ont la libre disponibilité de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger désigné par la règle de conflit conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire»⁸¹. Lorsque la loi étrangère est invoquée, il faut donc démontrer l'existence d'une différence entre les résultats respectifs produits par la mise en œuvre de cette loi et par l'application de la loi française⁸². Cette problématique n'est pas très pertinente au regard de l'application par le juge français

⁷⁷ Voir les développements consacrés au système français des sources de droit, in L. FAVOREU (dir.), Droit constitutionnel, 4^{ème} édition, Dalloz, 2001, n°211 et s.

⁷⁸ Sur cette question voir B. AUDIT, Droit international privé, Economica, 3^{ème} édition, 2000, n°252 et s.

⁷⁹ P. ANCEL, Y. LEQUETTE, Grands arrêts DIP, n°32-34.

⁸⁰ C.Cass. 26 mai 1999, Mutuelle du Mans, Rev. Crit. DIP 1999, p. 707 et s., note H. MUIR-WATT.

⁸¹ C.Cass. Soc Amerford et autre c. Cie Air France et autres, Grands arrêts DIP n°82.

⁸² Grands arrêts DIP, n°82, § 13.

des Principes européens du droit du contrat ou des Principes Unidroit. En effet, nous ne voyons pas comment un juge français pourrait rencontrer des difficultés pour prendre connaissance de ces Principes, lesquels ont fait l'objet d'une large diffusion.

Ainsi, une divergence de solutions entre le droit français et les Principes Unidroit ou les Principes européens n'est pas du tout un cas d'école quand on sait que les Principes (Unidroit ou européens) admettent par exemple très largement la théorie de l'imprévision alors que le droit français la rejette⁸³.

33 – L'assimilation des Principes à la loi étrangère apparaît plutôt comme étant la moins mauvaise hypothèse. Cependant la recherche d'une catégorie juridique susceptible d'accueillir les codifications doctrinales n'est pas satisfaisante si l'on se contente des catégories juridiques existantes. La réflexion est donc largement ouverte sur la qualification de ces codifications au regard de la distinction loi du *for*/loi étrangère et sans doute au-delà de cette distinction. Peut-être faudra-t-il construire un nouveau concept propre aux codifications doctrinales en tant que loi applicable à un contrat.

Voyons à présent les conséquences d'une telle innovation sur l'office du juge.

B - L'office du juge à l'épreuve des codifications doctrinales.

34 – Tout d'abord, il semble que la jurisprudence française sur l'application d'office des règles de conflit dans les seules matières indisponibles ne sera pas très longtemps compatible avec les exigences de la CJCE relatives à l'office du juge. En effet, la CJCE a jugé que devaient être relevées d'office par le juge les questions relatives à l'application du droit communautaire⁸⁴. Par conséquent, après la communautarisation de la Convention de Rome, et bien que nous soyons dans une matière disponible, la règle communautaire de conflit devrait être appliquée d'office. La désignation des Principes européens ou des Principes Unidroit devrait donc être relevée d'office.

35 – Si le règlement «Rome I» étend la sphère de l'autonomie de la volonté au choix par les parties des Principes Unidroit ou des Principes européens en tant que loi applicable à leur contrat, ce choix inclut évidemment le choix de dispositions qualifiées d'impératives par les codifications⁸⁵. Les codifications doctrinales consacrent par ailleurs en effet un retour possible aux dispositions impératives applicables dans les Etats. Ainsi, l'article 1.4 des Principes Unidroit dispose : les Principes «ne limitent pas l'application des règles impératives d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon des règles pertinentes du droit international privé». L'article 1.5 précise que «les parties peuvent exclure l'application de ces Principes, déroger à l'une quelconque de leurs dispositions ou en modifier les effets, à moins que ces Principes n'en disposent autrement». La réserve générale en faveur des dispositions impératives d'origine nationale, internationale ou supranationale ne figure pas dans le corps des Principes européens, mais dans le commentaire des auteurs⁸⁶. Cela signifie que le juge

⁸³ Art. 6 :111 Principes européens du droit du contrat et Art. 6.2.3 Principes Unidroit.

⁸⁴ CJCE, 14 décembre 1995, Peterbroeck C-312/93, Van Schijndel, C-430 et C-431/93, Europe, fév. 1996 n°57 ; G. CANIVET et J.-G. HUGLO, L'obligation pour le juge judiciaire d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts Van Schijndel et Peterbroeck, Europe, avril 1996, chron, p. 4.

⁸⁵ Sur les dispositions impératives contenues dans les Principes Unidroit, voir E. CHARPENTIER, L'émergence d'un ordre public...privé : une présentation des Principes Unidroit, in Revue juridique Thémis, Faculté de droit de Montréal, vol. 36, n°2, 2002, p. 355-374.

⁸⁶ Voir la note sous l'article 1 :101, Principes du droit européen du contrat, Commission pour le droit européen des contrats, Version française préparée par G. Rouhette, avec le concours de I. de LAMBERTERIE, D. TALLON et Cl. WITZ, Société de législation comparée, 2003.

serait amené à appliquer les lois de police ou l'exception d'ordre public non pas parce qu'il est un agent de l'Etat du *for* mais par la faveur d'une codification doctrinale, ce qui n'est pas sans bousculer la conception classique de l'office du juge. Il semble en effet que le choix de règles non étatiques instaure une concurrence entre les dispositions impératives des Principes et les dispositions impératives nationales. Comment régler un conflit entre ces ensembles normatifs ? Il reviendra à l'ordre juridique communautaire d'arbitrer ce conflit éventuel. En effet, la CJCE opère désormais un contrôle de la loi désignée par les règles de droit international privé⁸⁷ et procède à l'encadrement de la notion de loi de police notamment à l'aune des principes fondamentaux de libre circulation⁸⁸. Il est évident que cette jurisprudence pourrait être nourrie par le choix de règles non étatiques en tant que loi applicable au contrat.

36 – Nous ne pouvons que faire part de notre scepticisme à l'égard du renvoi des codifications aux dispositions impératives nationales et internationales. Comment justifier ce renversement de situation, par lequel ce ne sont plus les ordres juridiques étatiques qui déterminent l'application des dispositions impératives mais les codifications doctrinales elles-mêmes ? La réflexion sur la configuration des rapports entre ces codifications doctrinales en tant qu'ordre juridique autonome et les ordres juridiques étatiques est donc largement ouverte.

37 – Nous pouvons enfin nous demander si ces évolutions ne sont pas l'esquisse d'un rapprochement entre l'office du juge et celui de l'arbitre. En quoi l'office de l'arbitre est-il différent de celui du juge ? La doctrine est partagée entre deux analyses : l'équivalence entre le juge et l'arbitre⁸⁹ et la prévalence du juge étatique sur l'arbitre⁹⁰. La différence fondamentale entre le juge et l'arbitre réside dans le fait qu'ils ne statuent pas au nom du même ordre juridique. Le juge statue tantôt au nom de l'ordre juridique étatique, de l'ordre international ou encore de l'ordre juridique communautaire. L'arbitre, lui, est rattaché à un ordre juridique transnational⁹¹ : «lorsqu'on dit que l'arbitre n'a point de *for*, il faut entendre qu'il n'a pas de *for* national, mais un *for* symbolique sur la matérialité duquel il est permis de s'interroger. N'ayant point de rattachement géographique, le *for* de l'arbitre flotte en réalité au-dessus des frontières et ne s'identifie à aucune, c'est-à-dire qu'il les investit toutes»⁹². L'arbitre n'est donc pas tenu d'appliquer une loi de police en particulier, sauf s'il est investi de la mission d'appliquer un droit national. En pratique, il appliquera telle ou telle loi de police de manière à anticiper les exigences de l'exequatur.

38 – Conformément à l'article 1496 alinéa 1^{er} du NCPC, «l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies, à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées». De même, le juge doit appréhender le choix des codifications doctrinales comme un véritable choix de loi au même titre que la loi du *for*. A partir du moment où le juge est amené à appliquer des règles transnationales, on peut se demander si ces dispositions ne sont pas de nature à influencer la nature de sa mission.

⁸⁷ A. TENEBBAUM, La mise à l'épreuve du droit international privé par les libertés communautaires : l'exemple du droit bancaire et boursier, in Mélanges de l'Association européenne de droit bancaire et financier, Banque éditeur, 2000, p. 353-365.

⁸⁸ CJCE, 23 novembre 1999, Arblade, Arblade et fils SARL, Rev. Crit. DIP 2000, p. 710, note M. FALLON et CJCE, 9 novembre 2000, Ingmar GB Ltd c/Eaton Leonard Technologies Inc., Rev. Crit. DIP 2001 n°1, p. 107, note L. IDOT.

⁸⁹ T. CLAY, L'arbitre, Préface F. Fouchard, thèse, Dalloz, 2001, 930 pp. ; n°62 et s.

⁹⁰ J.-M. JACQUET, P. DELEBECQUE, Droit du commerce international, Dalloz, 2000, n°487.

⁹¹ T. CLAY, L'arbitre, op.cit. n°257 et s ; adde F. OSMAN, Les principes généraux du droit de la *lex mercatoria*. Contribution à un ordre juridique anational. Préface E. LOQUIN, LGDJ, 1992.

⁹² Ibid, n°259.

En durcissant ces instruments mous, le règlement communautaire tendrait à libérer les juges nationaux de leur propre ordre juridique, pour les enfermer dans le système des Principes Unidroit ou des Principes européens. Dans ce cas, qu'est-ce qui différencie l'office du juge de celui de l'arbitre ? A vrai dire, pas grand chose, et nous pouvons alors souligner la contradiction entre cette évolution et la jurisprudence selon laquelle un tribunal arbitral de source conventionnelle ne constitue pas une juridiction au sens de l'article 234 du Traité⁹³. En conséquence, les arbitres se voient interdire l'accès au prétoire de la CJCE pour poser une question préjudicielle. Le rapprochement éventuel entre l'office de l'arbitre et celui de l'arbitre pourrait être le point de départ d'une évolution de cette jurisprudence.

Conclusion

39 – Le droit étatique est tour à tour relayé, suppléé, voire supplanté⁹⁴ par des normes d'origines internationale, transnationale ou communautaire. Les compilations doctrinales font partie de cette nébuleuse normative venant concurrencer le droit étatique et mettre à mal le postulat du positivisme légaliste⁹⁵. Nous nous sommes demandé si les autorités communautaires pouvaient transformer des instruments mous en instruments durs à l'occasion du reformatage de la Convention de Rome.

Exceptée la délicate question de la compétence qui appelle une définition de la notion de conflits de lois dans le cadre du marché intérieur, nous ne voyons pas très bien ce qui pourrait venir empêcher une telle reconnaissance. Le règlement peut effectivement faire sien la théorie de la gradation des ordres juridiques et reconnaître la qualité d'ordre juridique tant aux Principes Unidroit qu'aux Principes du droit européen du contrat.

Si l'appréhension de ces Principes par les droits nationaux reste incertaine, il est évident que le choix des Principes en tant que loi applicable à un contrat se fera sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public communautaire⁹⁶. A cet égard, il apparaît que les relations entre les dispositions impératives des Principes et les dispositions impératives nationales et internationales doivent faire l'objet d'une réflexion appropriée.

40 – Néanmoins, en l'absence d'une évaluation de la nécessité d'une réglementation matérielle, la reconnaissance de normes d'origine privée par le règlement constitue une voie détournée pour introduire parallèlement à l'ordre juridique communautaire une théorie générale du contrat. Nous ne pouvons donc que regretter une telle référence.

Le droit mou, pris sous la forme des codifications doctrinales, doit donc demeurer un instrument complémentaire du droit dur et en aucun cas s'y substituer. La légitimité du durcissement du droit mou doit être laissée à l'appréciation du législateur, lequel doit respecter des procédures élémentaires. Le juge ou les parties peuvent être parties prenantes au durcissement de ces normes, mais toujours dans le strict respect des dispositions impératives applicables.

⁹³ CJCE, 23 mars 1982, Nordsee, aff. 102/81, Rec. p. 1095.

⁹⁴ J.-B. AUBY, La globalisation, le droit et l'Etat, Montchrestien, 2003, p. 68.

⁹⁵ B. OPPETIT, La notion de source du droit et le droit du commerce international, in A.P.D 1982, pp. 43-53.

⁹⁶ Sur cette notion, voir G. KANDIS, L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire, un concept à contenu variable, RTD eur. 2002 n°1, pp. 1-26.