

Le règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles s'applique «en matière civile et commerciale», mais la formule doit être précisée en la confrontant à la liste des matières exclues qui figure à l'article 1^{er}. Cette liste reprend et complète celle qui figurait dans la Convention de Rome. Si le règlement exclut en premier lieu les matières fiscales, douanières et administratives, c'est pour s'aligner sur ce qui figurait déjà dans la Convention de Bruxelles depuis 1978. Plus largement, il faut admettre que le règlement ne concerne pas les contrats de droit public; mais cette notion n'est pas toujours facile à cerner, certains contrats passés par des personnes publiques sont identiques à des contrats de droit privé. Il faudra donc s'inspirer de la jurisprudence de la Cour de justice qui, pour la Convention de Bruxelles, a été amenée à préciser dans quels cas une affaire relevait ou non de ce texte: elle a estimé que ce texte, relatif à la compétence judiciaire, ne s'appliquait pas lorsqu'au moins une des parties en cause est une autorité publique et qu'elle a agi en exerçant des prérogatives de puissance publique. Il paraît logique d'adopter le même critère pour décider des cas dans lesquels le règlement s'applique ou non; ainsi, les contrats ordinaires passés par l'administration qui sont très proches de contrats de pur droit privé devraient relever du règlement.

Sont exclus également tous les contrats concernant l'état et la capacité des personnes ainsi que le droit patrimonial ou extrapatrimonial de la famille. On notera que le règlement prend soin de viser «les relations de famille ou les relations réputées avoir des effets comparables aux relations de famille» afin d'englober les diverses formes de partenariat enregistré dont les effets sont comparables à ceux du mariage. Le texte précise encore que les obligations alimentaires sont exclues et on sait que le règlement n° 4/2009 du 18 décembre 2008 est spécialement consacré à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Il faut toutefois signaler l'article 13 du règlement qui concerne la capacité d'une personne physique à contracter: cet article s'inspirant de la jurisprudence *Lizardi*, dispose que «dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le contractant a connu cette

incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part». Si le droit patrimonial de la famille (régimes matrimoniaux et successions) est exclu, en revanche, les donations relèvent du règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Sont encore exclus les obligations nées des lettres de change, chèques ou billets à ordre (existence de conventions internationales propres) ainsi que le droit des sociétés, associations ou autres personnes morales (du moins, tout ce qui touche à la création, la vie interne et la dissolution de ces organismes, de nombreux textes communautaires les concernant déjà). Ne relève pas non plus du règlement la question de savoir si un intermédiaire peut engager envers les tiers la personne pour le compte de laquelle il agit: cette exclusion est limitée aux rapports entre les tiers et le représenté car il ne peut s'agir alors d'autonomie de la volonté, alors que, comme on le verra, cette autonomie de la volonté est un principe directeur du règlement comme il l'était de la Convention de Rome.

La preuve et la procédure sont exclues (sous réserve de l'article 18 dont l'alinéa 1^{er} concerne la charge de la preuve, et l'alinéa 2 l'admissibilité des modes de preuve).

Si l'exclusion des conventions d'arbitrage n'appelle pas de remarque particulière (spécificité du droit de l'arbitrage et conventions internationales propres à la matière), en revanche on regrettera que le règlement exclut les accords d'élection de for: le règlement aurait pu être l'occasion de prendre parti sur la question si controversée de la loi applicable à ce type d'accord.

Pour terminer avec ces exclusions, il faut signaler une nouveauté dans le règlement: l'exclusion des obligations précontractuelles, des «obligations découlant des transactions menées avant la conclusion d'un contrat». Cette exclusion ne figurait pas dans la Convention de Rome et on s'était interrogé sur la qualification à donner à la *culpa in contrahendo*. Dorénavant la *culpa in contrahendo* figure expressément dans le règlement Rome I. Toutefois, les auteurs sont partagés sur la ligne exacte de partage entre le règlement Rome I et le règlement Rome II s'agissant de certaines obligations qui peuvent naître avant la conclusion d'un contrat: ainsi il peut arriver que des contrats préparant le contrat principal soient conclus pendant la période de négociation; personnellement, il

nous semble qu'ils relèvent alors du règlement Rome I; la Cour de justice aura peut-être l'occasion de se prononcer sur ce point.

Lorsque la loi nouvelle modifie les conditions de réalisation d'un fait ou d'un acte juridique, on s'accorde généralement sur ce que la régularité de la situation qui en résulte doit être appréciée conformément à la loi contemporaine de leur accomplissement. Que l'on raisonne en termes de constitution d'une situation juridique ou de droit acquis, la non-rétroactivité s'oppose à l'application de la loi nouvelle dès lors que toutes les conditions posées par la loi ancienne ont déjà été réalisées. Par exemple, si le congé-préavis échappe à l'application de la loi nouvelle, c'est parce qu'il a été régulièrement et définitivement accompli avant l'entrée en vigueur de celle-ci. Et lorsque la chambre civile a décidé qu'une légitimation d'enfant adultérin était nulle compte tenu de la teneur de l'article 331 du code civil, c'est encore parce que cet acte était définitivement réalisé avant que la loi du 5 juillet 1956 n'ait posé un principe contraire. En se prononçant autrement, la Cour de cassation aurait conféré à cette disposition une portée rétroactive, ce que seul le législateur peut faire. Celui-ci n'a, au demeurant, pas hésité ces dernières années à attribuer, à plusieurs reprises, une telle portée aux dispositions d'une loi nouvelle lorsque l'application de celle-ci permettait d'asseoir la validité d'actes nuls en vertu de la législation antérieure.

Raisonnant par analogie avec le sort réservé aux lois pénales plus douces, un auteur a suggéré qu'une portée similaire devrait être accordée à toutes les lois confirmatives sans qu'il soit besoin pour cela d'une disposition transitoire spécifique. C'est oublier que le problème ne se pose pas dans les mêmes termes en droit civil et en droit pénal. À la différence du droit pénal, le droit civil résout les conflits entre deux parties: il ne peut donner raison à l'une sans donner tort à l'autre. La validation d'un acte nul n'échappe pas à cette règle: le testament validé déshérite l'héritier *ab intestat*. Partant, contrairement à ce qui a pu être dit, l'application rétroactive d'une loi civile, permettrait-elle de valider un acte nul, recèle une menace certaine pour la sécurité juridique. Aussi la portée rétroactive qui s'attache aux lois confirmatives ne paraît-elle pouvoir résulter, comme l'exige d'ailleurs la lettre de l'article 2 du code civil, que d'une disposition expresse du législateur.

En réalité, à ce stade, les principales difficultés procèdent non des principes, mais de leur mise en oeuvre. Ainsi, on hésite parfois sur l'identification du fait créateur d'une situation juridique et, par conséquent, sur le point de savoir si cette création est antérieure ou postérieure à la loi nouvelle. Cette création peut coïncider avec la disparition d'une situation juridique, par exemple en matière de prescription. Tel est le cas, par exemple, en matière de filiation: la situation d'enfant naturel ou d'enfant légitime résulte-t-elle de la naissance ou de la preuve qui en est officiellement fournie? Quoique formulée en termes de droits acquis, la solution jurisprudentielle implique que la situation juridique de l'enfant n'est créée qu'au moment où sa filiation est prouvée. En conséquence, si les modes de preuve recevables sont modifiés par une loi postérieure à la naissance, les enfants nés antérieurement peuvent s'en prévaloir dès lors qu'ils sont encore dans les délais requis pour agir.

La détermination du moment final de constitution d'une situation juridique peut être fort délicate lorsque la question se pose alors qu'une instance est en cours. Il convient alors de distinguer deux sortes de conflits de lois dans le temps. Les uns concernent les lois qui modifient la compétence des tribunaux et les règles de procédure à suivre devant eux. Ces lois s'appliquent non seulement aux instances futures concernant des faits antérieurs, mais encore aux instances engagées avant leur promulgation. À ce stade du raisonnement, on se trouve naturellement dans le cadre de quelque rétroactivité: la loi ne s'applique pas en réalité aux faits et actes, objets de l'instance, mais à l'instance elle-même et ne régit que les actes de procédure futurs, sans porter atteinte d'ailleurs, en principe, à la procédure déjà accomplie et *a fortiori* aux décisions déjà rendues sur le fond.

Reste que la question subsiste quand un changement affecte les lois de fond en cause dans la procédure en cours. La Cour de cassation a décidé, notamment, que des lois relatives au divorce s'appliquaient aux instances en cours. On a pu être conduit à justifier cette solution en tenant compte du caractère *constitutif* du jugement, le centre de gravité de la procédure étant là. Dans d'autres cas, il faut se situer plus en amont. Ainsi considère-t-on que la loi applicable en matière de responsabilité extracontractuelle est celle en vigueur au jour où s'est produit le fait dommageable.

Les notions de « *bon père de famille* », de « *bonnes mœurs* », de « *délai raisonnable* », d'« *abus de droit* », de « *confiance légitime* », ou encore d'« *ordre public* » sont des standards juridiques. En effet, leur contenu reste indéterminé tant qu'elles n'ont pas été appliquées au cas d'espèce. La présence de telles notions dans une norme juridique, amène l'interprète de cette norme à leur donner un contenu en fonction de ce qu'il considère être un comportement ou une situation normale, selon les faits auxquels la norme doit s'appliquer. Une telle appréciation en terme de normalité comporte évidemment une dimension subjective. Elle implique, par ailleurs, la référence à des critères qui ne sont pas fixés par les règles de droit et relèvent d'ordres divers, comme par exemple la morale, la philosophie ou encore l'économie. Ainsi, contrairement aux règles précises et directement applicables, dont le contenu est déterminé par le législateur, les standards, qu'ils soient d'origine textuelle ou jurisprudentielle, octroient à l'interprète une marge de manœuvre plus importante que celle dont il bénéficie en présence d'une règle de droit directement opérationnelle. [...]

Le standard de « subsidiarité »

Bien que le terme n'apparaisse pas expressément à l'article 5 alinéa 2 du traité CE, cette disposition constitue le fondement de la subsidiarité qui régit les domaines du droit communautaire dans lesquels les institutions et les États membres ont des compétences « partagées » ou « concurrentes ». Généralement qualifiée de « principe » par la doctrine comme par la jurisprudence, la subsidiarité n'en constitue pas moins un standard, dont le juge communautaire a déterminé – jusqu'à présent avec réserve – le contenu, lors de son application aux cas d'espèce.

Principe de philosophie politique et sociale aux critères complexes, le caractère subjectif de la subsidiarité a été soulevé par de nombreux auteurs. Pas plus que dans d'autres ordres juridiques, la notion de subsidiarité n'a, en droit communautaire, de contenu déterminé *a priori*. Compte tenu des termes même dans lesquels est formulé le principe, il peut être légitimement présumé que cette

indétermination est intentionnelle. Il découle en effet de l'article 5 du traité CE que l'application du principe de subsidiarité par les institutions, implique la mise en œuvre de deux tests successifs.

Le premier, qualifié de « test de l'efficacité comparative » ou « test de la nécessité d'intervention », amène les institutions à s'interroger non seulement sur la capacité des Etats à atteindre, par leur action propre, les objectifs du traité, mais aussi sur la suffisance de cette intervention. Le second test dit « de la valeur ajoutée » consiste, pour les institutions, à vérifier si, compte tenu des dimensions et des effets de l'action envisagée, une intervention communautaire ne serait pas plus efficace et plus appropriée qu'une action des États membres.

La terminologie même de l'article 5 alinéa 2 CE, fait appel à des notions floues dans leur essence. Non seulement la formulation manque de clarté, mais diverses significations et interprétations peuvent être données aux termes utilisés. Il est en effet impossible de déterminer, *a priori*, le type d'objectifs d'une action qui peuvent être réalisés « *de manière suffisante par les États membres* » ou « *mieux réalisés* » au niveau communautaire. L'emploi de ces termes par le constituant communautaire implique que la subsidiarité fasse l'objet d'une application *in concreto*, en fonction de ce que, pour chaque cas d'espèce, l'interprète considère comme une situation normale.

C'est d'ailleurs ce caractère flou, versatile et *a priori* indéterminé qui a permis, ou du moins facilité, l'inscription du principe de subsidiarité dans le traité CE. En effet, la variabilité des interprétations de la subsidiarité est telle qu'il peut en être fait des lectures diamétralement opposées. Ainsi, chacun, quelle que soit sa conception de la nature et de la structure de l'Union, peut se trouver satisfait de l'insertion de ce principe dans le traité.

L'intention de l'auteur de laisser la norme indéterminée peut être présumée: les termes employés pour énoncer le principe témoignent d'une volonté du constituant de laisser une grande liberté d'appréciation aux États et aux institutions communautaires lors de la mise en œuvre de la subsidiarité, et au juge, lors du contrôle de cette mise en œuvre.

Par ailleurs, la mesure en terme de normalité implique, pour l'application du principe de subsidiarité, la référence à des notions exogènes au droit, et plus particulièrement une analyse politique des comportements et des situations en cause, comme le remarquent la Commission et la Cour. Ce constat explique que la subsidiarité ait suscité des débats doctrinaux quant à son éventuelle soumission au contrôle du juge communautaire.

L'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal

La formulation de l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal, en dépit de son indiscutable bon sens, ne laisse pourtant pas d'interpeller. Elle constitue une manifestation originale du privilège du préalable ou «d'action d'office» qui permet à l'Administration de modifier les situations juridiques relevant de son champ d'action sans qu'elle ait pour cela besoin d'obtenir une quelconque autorisation de la part du juge. Le juge administratif n'intervient qu'en aval, en cas de contestation de l'acte édicté par l'Administration par son destinataire ou un tiers, pour contrôler sa légalité. Mais le privilège du préalable signifie seulement que l'autorité administrative ne saurait renoncer à prendre des mesures qu'elle a le pouvoir d'édicter unilatéralement en saisissant notamment le juge à cette fin. En aucun cas il ne l'autorise à édicter des actes se situant à un niveau autre que le sien dans la structure administrative et/ou étranger à sa sphère de compétence. La hiérarchie des actes administratifs découle en effet d'une autre hiérarchie qui, en fonction des circonstances, est soit organique soit matérielle. En tout état de cause, le privilège du préalable n'habilite certainement pas l'autorité administrative à s'en affranchir. Or, n'est-ce pas justement le cas lorsqu'elle décide de ne pas appliquer un règlement en raison de son illégalité? L'initiative qu'elle prend alors revient à neutraliser l'expression de la volonté du pouvoir réglementaire. Dans l'hypothèse où le règlement a été préalablement annulé ou déclaré illégal, le fait pour l'autorité administrative de refuser d'en faire application n'est guère contestable. La non-application est ici le résultat d'une décision juridictionnelle revêtue de l'autorité de la chose jugée. De la même façon, rien n'interdit à l'auteur du règlement litigieux de le retirer ou de l'abroger dès lors que les conditions légales ou jurisprudentielles sont respectées. En somme, le juge et l'auteur du règlement devraient bénéficier d'un monopole pour suspendre ou mettre fin, rétroactivement ou non, à son application. Le choix du juge d'étendre, en l'absence de toute décision de justice venant censurer l'illégalité du règlement, ce même pouvoir aux agents chargés de son exécution, paraît en revanche beaucoup plus audacieux. Il l'est à l'évidence si l'on estime que l'invocation du privilège du préalable est inopérante pour justifier pareille entorse faite à la hiérarchie des normes, des organes et des compétences. Il l'est tout autant

si l'on tient compte du fait qu'il déroge en outre au principe du caractère exécutoire des décisions administratives. Le fonctionnement régulier de l'Administration requiert que les actes décisifs qu'elle édicte unilatéralement bénéficient d'une présomption de légalité. Il s'agit là de la manifestation première et nécessaire de l'«autorité de chose décidée». Dans l'attente d'une éventuelle censure juridictionnelle, l'obligation d'obéissance préalable aux décisions s'impose comme une conséquence de leur caractère exécutoire. Ce devoir d'obéissance aux décisions exécutoires, y compris lorsqu'elles sont suspectées d'illégalité, ne s'impose pas seulement aux administrés qui en sont les destinataires. Ses effets se font également ressentir à l'égard des autorités administratives responsables de leur exécution. On perçoit alors aisément la contradiction qui existe entre l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal et l'obligation de se conformer à ses dispositions. En écartant un règlement qu'elle croit illégal, l'autorité administrative est automatiquement contrainte à méconnaître sa force obligatoire, ce que normalement seuls le juge ou l'auteur de l'acte peuvent faire.

En dépit des problèmes théoriques qu'elle soulève, l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal n'est pas complètement inédite. Il existe, en effet, des principes posés par le juge qui, sans être absolument équivalents, participent d'une logique analogue. Deux exemples méritent d'être mentionnés. Le premier est tiré de la célèbre jurisprudence *Langneur* par laquelle le Conseil d'État a consacré l'obligation de désobéissance aux ordres hiérarchiques manifestement illégaux et de nature à compromettre gravement le fonctionnement du service public. Si ces deux conditions cumulatives sont remplies, le subordonné est tenu de ne pas respecter l'ordre que lui adresse son supérieur hiérarchique. En agissant différemment, l'agent commettra une faute de nature à justifier l'infliction d'une sanction disciplinaire. [...] Le second exemple témoignant d'une filiation avec l'obligation de ne pas appliquer un règlement illégal est issu d'un courant jurisprudentiel plus récent. La Haute juridiction estime en effet que le pouvoir réglementaire a l'obligation de ne pas prendre les mesures destinées à assurer la mise en œuvre d'une loi inconstitutionnelle en raison de sa contrariété avec le

droit communautaire ou le droit international en général. Or, ce qui vaut pour une loi vaut en principe également pour un règlement, y compris pour les juridictions judiciaires.