

Commentaire consolidé des propositions de modification des articles 3, 5, 6, 7 et 9 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 (Bruxelles I). Dixième & onzième réunions, Rome, 2000, Lund, 2001

Le présent commentaire a été rédigé par M. FALLON, en ce qui concerne la présentation générale ainsi que les articles 3, 5 et 7, et par P. LAGARDE, en ce qui concerne les articles 6 et 9.

1. Le Groupe européen de droit international privé a examiné, lors de sa réunion de Rome du 15 au 17 septembre 2000, la question d'une révision de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980. Il a poursuivi cet examen lors de sa réunion de Lund du 21 au 23 septembre 2001.

2. Il estime une telle révision nécessaire pour divers motifs. L'expérience de l'application de la convention de Rome montre que l'article 5, concernant les contrats conclus par les consommateurs, soulève certaines difficultés, liées au caractère restrictif du domaine couvert par cette disposition, et d'autres difficultés pourraient découler d'une application de la disposition au commerce électronique. De plus, les modifications apportées à l'article 13 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par l'article 15 du règlement 44/2001 appellent à un ajustement de l'article 5. Par ailleurs, l'adoption de la directive 96/71 concernant le détachement des travailleurs (1), exige une adaptation des dispositions de l'article 6 de la convention.

3. Le Groupe considère par ailleurs que la pertinence d'une telle révision n'est pas affectée par certains travaux tendant à encourager, notamment dans le cadre du commerce électronique, l'élaboration de codes de conduite ou de modes alternatifs de résolution des litiges (ADR) faisant appel à la médiation ou à l'arbitrage. En effet, sans nier l'utilité de telles perspectives, celles-ci ne suffisent pas à faire l'économie de règles de conflit de lois, ces dernières étant appelées à intervenir, soit à titre résiduel lorsque le code de conduite ou l'ADR est partiel ou repose sur l'adhésion volontaire, soit à titre de référence, pour le médiateur ou pour l'arbitre, lorsque celui-ci est amené à prendre en considération le contenu de règles nationales pour assurer l'effectivité de la décision à prendre. D'ailleurs, la recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (2) énonce, sous le couvert du principe de légalité, qu'aucune décision prise par un organe ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle, aux conditions que prévoit l'article 5 de la convention de Rome.

I. – Formatage de la convention de Rome en acte communautaire

4. L'adoption d'un règlement « Bruxelles I » en ce qui concerne la compétence internationale implique, selon le Groupe, un formatage analogue de la convention de Rome. L'adoption d'un acte communautaire permettrait non seulement d'aligner le domaine de la règle de conflit de lois sur celui de la règle de compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs. Elle permettrait aussi de tenir compte des contraintes du traité CE concernant l'admissibilité des entraves aux échanges, lorsque de telles entraves sont liées à l'applicabilité de règles impératives de l'État d'accueil à l'importation d'un produit ou d'un service qui répond aux conditions posées par le droit du pays de provenance. Un tel formatage devrait aussi être l'occasion de clarifier l'interaction actuelle de la convention de Rome et des règles d'applicabilité que contiennent certaines directives sectorielles, dans le domaine des contrats de consommation et des relations de travail.

5. L'élaboration d'un tel acte soulèverait, préalablement à la détermination du contenu des règles de conflit de lois, la double question du choix du type d'acte – règlement ou directive – et de la détermination de son domaine d'application dans l'espace.

6. Quant au choix du type d'acte, le Groupe met en garde contre l'insertion, dans une directive de rapprochement des droits matériels, d'une règle d'applicabilité unilatérale, dont l'expérience a montré la difficulté de transposition en droit national. Précisément, un formatage communautaire de la convention de Rome tendrait à rendre de telles règles superflues. Pour ce faire, le recours à un règlement présente, sur la directive, un avantage certain en termes d'uniformité des solutions.

7. Quant au domaine d'application dans l'espace des règles communautaires, au cas où de telles règles seraient susceptibles de désigner la loi d'un pays tiers – à l'exemple de ce que prévoit l'article 2 de la convention de Rome –, les règles communautaires se substitueraient au droit commun des États membres et pourraient régir par le fait même des situations qui, outre la juridiction saisie, ne présenteraient aucun point de rattachement avec un ou plusieurs États membres. En revanche, au cas où l'acte communautaire ne porterait que sur les situations qui affectent le commerce entre les États membres, les règles communautaires laisseraient subsister le droit commun des États membres, à savoir la convention de Rome elle-même. Cette hypothèse serait celle où la règle communautaire ne serait susceptible de désigner que la loi d'un État membre, ou celle où une telle règle, tout en étant susceptible de désigner la loi d'un pays tiers, verrait son domaine limité à des situations présentant un lien spatial déterminé avec la Communauté.

8. Le Groupe estime qu'il est préférable d'élaborer des règles susceptibles de désigner la loi d'un pays tiers et de se substituer au droit commun des États membres, pourvu que soit réglée la question de la compétence de la Communauté pour adopter de telles règles à propos de situations dépourvues de tout lien de rattachement avec un ou plusieurs États membres. En effet, de telles situations seront plutôt marginales, étant liées à l'hypothèse d'une clause d'élection de for ou à l'utilisation d'un for exorbitant, tel le for du patrimoine, ou pouvant résulter d'une révision au fond, dans un État membre, d'une décision ou d'une sentence arbitrale prononcée dans un État tiers. De plus, la notion de situation affectant le commerce entre États membres, telle qu'entendue par la Cour de justice des Communautés européennes, est extrêmement large, couvrant notamment une situation régie par le droit d'un État membre, et une définition précise du critère d'affectation serait extrêmement délicate. Enfin, la détermination d'une situation répondant au critère d'affectation pourrait varier en fonction du facteur temps : tel contrat conclu entre entreprises de pays tiers à propos d'une prestation à exécuter dans un pays tiers peut, du fait de la cession du contrat à une entreprise d'un État membre, comporter un intérêt communautaire lors de l'examen, par le juge, d'une question préalable portant sur sa validité.

II. – Contenu de la révision

9. Le Groupe estime que la nécessité d'une révision du contenu de la convention de Rome s'impose en ce qui concerne les contrats de consommation, indépendamment de toute perspective de formatage en acte communautaire. En cas de formatage, une révision permettrait de tenir compte de l'acquis communautaire, pour ces contrats mais aussi en ce qui concerne les relations de travail et les règles impératives.

10. Les présentes propositions concernent les dispositions relatives au contrat de consommation, au détachement international du travailleur, à l'applicabilité des règles impératives et à la forme des actes juridiques. Elles ont un caractère partiel, dans la mesure où le Groupe n'a pas examiné d'autres dispositions pouvant donner lieu à révision, par exemple, l'article 12 relatif à la cession de créances.

1) Contrats de consommation

11. Le Groupe estime qu'il y a lieu de maintenir l'objectif de l'article 5 de la convention de Rome – à savoir préserver un équilibre des intérêts des parties contractantes tout en introduisant une dérogation aux règles générales de rattachement – mais de procéder à un élargissement du domaine couvert par celui-ci. Cet élargissement viserait à permettre de rassembler l'ensemble des contrats de consommation sous une disposition unique et à dépasser la notion de consommateur passif. Il tendrait aussi à limiter l'importance de la localisation d'un acte ou d'un fait, tel le lieu de diffusion d'une offre ou d'une publicité ou la situation d'un acte nécessaire à la conclusion du contrat. De telles modifications seraient de nature à faciliter l'application de la disposition aux contraintes du commerce électronique. Le Groupe estime que ce nouveau mode de commercialisation de produits et de services devrait, autant que possible, être régi par les mêmes règles que celles auxquelles sont soumis d'autres contrats internationaux de consommation, chaque fois du moins qu'ils sont conclus à distance.

12. Le caractère dérogatoire de la disposition en cause autant que la nécessité de préserver un équilibre des intérêts des parties incitent à établir une règle rigide, dépourvue de clause d'exception, et à modaliser le rattachement à la résidence habituelle du consommateur – facteur qui constitue un acquis incontestable, comme en atteste la résolution du Conseil du 19 janvier 1999 concernant les aspects de la société de l'information concernant les consommateurs (3) – par une condition relative aux circonstances de la conclusion du contrat, qui permette d'assurer une prévisibilité du droit applicable pour le fournisseur.

13. Sur la base de tels éléments, le Groupe propose d'établir une disposition portant sur l'ensemble des contrats de consommation, dont l'objet normatif serait limité à l'applicabilité de règles impératives de protection, laissant aux dispositions générales des articles 3 et 4 le soin de déterminer la loi qui régit le contrat. L'applicabilité de ces règles jouerait – comme c'est le cas actuellement dans

l'hypothèse du choix du droit applicable par les parties – de manière alternative, à savoir dans un sens favorable au consommateur. La résidence habituelle du consommateur constituerait le facteur de référence pour déterminer cette applicabilité. Ce facteur ferait cependant l'objet de certaines conditions. D'abord, il ne serait pertinent que si le lieu de la résidence était connu du fournisseur ou devait l'être – type de condition que prévoit déjà la convention de Rome en matière d'incapacités (article 11) – compte tenu de l'attitude du consommateur : la formulation de la disposition implique, à propos du commerce électronique, que le fournisseur est protégé si le consommateur ne lui a pas fourni d'élément permettant de connaître le pays – mais non nécessairement l'adresse exacte – de sa résidence, étant entendu qu'il appartient à ce fournisseur d'offrir au consommateur la possibilité de le faire et d'établir que ces conditions sont réunies. Ensuite, ce facteur de résidence ne serait pas pertinent si c'est le consommateur qui a pris l'initiative de se déplacer – tel le touriste qui effectue un achat local à l'étranger – ou si, en l'absence de toute incitation à se déplacer du fournisseur, il y a eu livraison dans le pays où était situé l'établissement qui a fourni ou devait fournir le produit ou service.

14. Le texte proposé répondrait à l'objectif des règles d'applicabilité que contiennent certaines directives, comme l'article 6, paragraphe 2, de la directive 93/13 concernant les clauses abusives et la disposition analogue que contiennent d'autres directives ultérieures. Il y aurait donc lieu d'abroger ces dispositions.

15. Le Groupe estime également que le texte de l'article 15 de la proposition de règlement Bruxelles I, devrait s'aligner sur celui de l'article 5 révisé de la convention de Rome.

16. De plus, le dernier alinéa de l'article 15 de cette proposition – qui exclut les contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement – devrait être supprimé.

2) Contrats de travail

17. Le Groupe n'a pas remis en cause le paragraphe premier (principe d'autonomie de la volonté tempéré par le respect des dispositions impératives protectrices de la loi objectivement applicable).

18. Il a revu le paragraphe 2, spécialement la règle adoptée en cas de détachement, à la lumière, d'une part, de la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, d'autre part, des difficultés rencontrées par les tribunaux des États membres.

a) Incidence de la directive 96/71

19. Il existe une contradiction entre la directive, qui prescrit, dans le cas de détachement pour une période limitée, l'application de certaines dispositions impératives de l'État membre du détachement, et l'article 6 de la convention de Rome, qui considère qu'un détachement temporaire n'entraîne par lui-même aucun changement de la loi applicable au contrat de travail.

20. Cette contradiction se résout au bénéfice de la directive, dans le domaine d'application qui est le sien, en raison de l'article 20 de la convention de Rome, qui réserve la priorité du droit communautaire. Les règles impératives de l'État de détachement énumérées par l'article 3 de la directive s'appliqueront donc de plein droit (dans les limites fixées par la Cour de justice des communautés européennes) (4) en cas de détachement effectué dans un État membre, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, par une entreprise établie dans un autre État membre.

21. Si l'entreprise d'origine du travailleur détaché dans un État membre est établie dans un État tiers, c'est la convention de Rome qui est applicable et le contrat de travail est en principe régi par la loi de l'État d'origine, où le travailleur est censé accomplir habituellement son travail. Les règles impératives de l'État membre du détachement ne pourront s'appliquer que par le biais de l'article 7 de la convention, si elles sont considérées comme des lois de police. La distorsion de concurrence qui pourrait en résulter, selon que l'entreprise d'origine est établie dans un État membre ou dans un État tiers a été prévue par l'article 1er, paragraphe 4 de la directive, aux termes duquel « Les entreprises établies dans un État non membre ne peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un État membre ». Cette disposition conduira le plus souvent à faire prévaloir les dispositions impératives de l'État de détachement – en tout cas celles qui sont énumérées par la directive – sur celles de l'État d'origine, sans qu'il soit besoin de modifier sur ce point le texte de la convention de Rome.

22. Le Groupe s'est donc contenté sur ce point d'ajouter pour mémoire à l'article 6 de la convention un paragraphe 3 ainsi rédigé :

« 3. Est réservée l'application des dispositions impératives de l'État du détachement, prévue par la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ».

b) Interprétation de la notion de détachement selon la convention

23. La notion de détachement temporaire utilisée par l'article 6, paragraphe 2, a) de la convention a donné lieu à des difficultés d'interprétation dans les États membres.

1° Faut-il comprendre le détachement temporaire par opposition au détachement de longue durée ou au détachement définitif ? En d'autres termes, le caractère temporaire du détachement doit-il être apprécié ex ante, en ce sens que serait temporaire un détachement prévu pour une durée déterminée ou pour une mission délimitée, par opposition à un détachement pour une durée indéterminée ? Doit-il au contraire être apprécié ex post, le juge appréciant après coup la durée effective du détachement ? Le Groupe a retenu la première approche. Il a repris la terminologie de la directive du 16 décembre 1996, qui utilise, pour qualifier le détachement, l'expression « pour une période limitée » au lieu de l'adjectif « temporaire ». Il a écarté la seconde approche qui aurait obligé à fixer un délai au-delà duquel le détachement aurait cessé d'être temporaire. Il est apparu au cours des discussions qu'un tel délai (un an, deux ans ?) aurait été forcément arbitraire et aurait pu se prêter à des manipulations de la part du contractant le plus fort.

2° Lorsque le détachement se fait à l'intérieur d'un groupe de sociétés et que le travailleur est envoyé auprès d'une autre société du groupe, avec laquelle est conclu un contrat de travail local (5), doit-on considérer qu'il s'agit d'un nouveau contrat soumis à sa loi propre, qui sera en principe celle du nouveau lieu d'exécution du travail ? Ne peut-on au contraire considérer qu'il s'agit d'un détachement qui, s'il est prévu pour une durée limitée, n'entraîne pas changement de la loi applicable ? Le Groupe n'a pas voulu exclure cette dernière possibilité, sans cependant vouloir l'imposer.

Tout dépend en effet des situations. La notion de groupe de sociétés est elle-même très souple, les sociétés qui le composent peuvent jouir d'une autonomie variable et il se peut que le transfert du travailleur d'une société à l'autre du groupe corresponde véritablement à un nouveau contrat. Mais il est fréquent aussi qu'un travailleur soit embauché par le « management » d'un groupe de sociétés et affecté dans un premier temps à une société de ce groupe, avant d'être transféré plus tard, par décision de ce même management, auprès d'une autre société du même groupe. La conclusion d'un contrat de travail de droit local sera le plus souvent imposée par la législation locale, ne fût-ce que pour l'obtention d'un titre de séjour ou d'une autorisation de travail, mais elle n'affecte pas le lien du travailleur avec le groupe. Il paraît équitable en ce cas de ne pas s'arrêter à l'apparence du nouveau contrat et de ne pas priver le travailleur des garanties législatives dont il pouvait disposer dans le pays d'origine.

24. Le Groupe a cherché à répondre à ces deux séries de questions en proposant la nouvelle rédaction suivante de l'article 6, paragraphe 2, a) :

« 2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi :

a) Par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le lieu d'accomplissement habituel du travail n'est pas réputé changer lorsque le travailleur est détaché pour une période limitée dans un autre pays. La conclusion d'un contrat de travail avec un employeur appartenant au même groupe que l'employeur originaire n'exclut pas qu'il y ait détachement ».

3) Forme des actes juridiques

25. Le Groupe propose deux modifications à l'article 9 de la convention.

a) Contrats de consommation

26. La première modification est la suppression du paragraphe 5 concernant la forme des contrats de consommation. Il s'agit là d'un amendement de coordination plus que d'une modification de fond. Dès lors que l'article 5, dans la rédaction proposée par le Groupe (et à la différence de sa rédaction actuelle), fait une référence expresse à l'article 9, pour préciser que la loi applicable en vertu de l'article 9 ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de sa résidence habituelle (v. le compte rendu de la réunion de Rome), il est illogique de maintenir à l'article 9 une disposition soumettant la forme des contrats de consommation à la loi de ladite résidence habituelle. Sur le fond, la modification a pour effet que la forme du contrat de consommation sera soumise à la règle de conflit générale (article 9, §§ 1 à 4), sous réserve des dispositions impératives de la loi de résidence habituelle du consommateur, et non plus globalement à cette dernière loi.

b) Commerce électronique

27. La seconde modification proposée est beaucoup plus importante. Elle tient au développement du commerce électronique. L'article 9 a été pensé à une période où les contrats internationaux, même conclus à distance, l'étaient par des contractants localisables sur un point de la planète. Il conserve

toute sa valeur pour ce type de situations, encore très fréquentes. Mais, lorsque le contrat est conclu par une simple pression sur la souris d'un ordinateur, il est sans doute possible de déterminer l'ordinateur émetteur, mais il ne l'est pas de localiser dans l'espace cet ordinateur au moment de l'émission. Il faut donc, tant du moins que l'on continue d'utiliser pour la forme des actes la méthode du conflit de lois, déterminer une localisation subsidiaire de la personne qui émet une déclaration de volonté.

28. Le Groupe avait d'abord songé à poser la règle selon laquelle, dans le cas d'un contrat conclu par voie électronique, le lieu d'émission de la déclaration de volonté est réputé, dans le cas où il ne peut être effectivement déterminé, celui de la résidence habituelle de l'auteur de la déclaration. La présomption est raisonnable, mais elle a l'inconvénient de faire apparaître une règle de conflit spécifique à la forme du contrat conclu par voie électronique. Il se peut en effet qu'une déclaration de volonté émise électroniquement soit doublée par une télécopie ou un télex. Les mêmes règles doivent s'appliquer, quel que soit le support utilisé.

29. Dans cet esprit, le Groupe a estimé qu'il n'y aurait aucun inconvénient à élargir dans tous les cas le caractère alternatif de la règle de conflit de l'article 9 en ajoutant la loi de la résidence habituelle de l'auteur de la déclaration de volonté à la loi la régissant au fond et à la loi du lieu de son émission. Il suffira donc que la déclaration satisfasse aux conditions de forme de l'une de ces trois lois pour être valable en la forme. Cette nouvelle règle est favorable à la validité formelle du contrat, mais elle ne nuira pas au consommateur, puisque la référence à l'article 9 dans l'article 5 révisé n'exclut pas l'application des règles plus protectrices du consommateur contenues dans la loi de l'État de sa résidence habituelle.

30. La rédaction proposée par le Groupe fusionne les deux premiers paragraphes de l'article 9 actuel et entraîne par voie de conséquence une modification de l'actuel paragraphe 4 qui devient le paragraphe 3, ainsi que de l'actuel paragraphe 6, qui devient le paragraphe 4 :

« 1. Un contrat est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de [la présente convention], de la loi du pays où se trouve l'une ou l'autre des parties au moment de sa conclusion ou de la loi du pays de la résidence habituelle de l'une d'elles au même moment.

2. [Reprendre le paragraphe 3 actuel]

3. Un acte juridique unilatéral relatif à un contrat conclu ou à conclure est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui régit ou régirait au fond le contrat en vertu de [la présente convention], de la loi du pays dans lequel cet acte est intervenu ou de la loi du pays de la résidence habituelle de l'auteur de cet acte.

4. Nonobstant les dispositions des trois premiers paragraphes du présent article ... »
[Reprendre la suite du paragraphe 6 actuel, sans autre changement]

4) Applicabilité des dispositions impératives

31. La convention de Rome évoque l'applicabilité de dispositions impératives dans trois contextes, respectivement à propos du choix de la loi applicable par les parties en présence d'un contrat de nature interne (article 3, § 3), à propos des contrats de consommation (article 5) et de travail (article 6), ainsi qu'à propos des lois de police (article 7).

32. Le Groupe estime qu'une approche communautaire de cette problématique revêt une double dimension.

33. Quant au contrat de type interne, l'utilisation des termes « un seul pays » dans l'article 3, paragraphe 3, devrait s'entendre comme une référence à l'espace communautaire – ou à l'espace économique européen –, de manière à éviter que le choix du droit d'un État tiers dans une situation strictement communautaire – ou « intracommunautaire » – permette de contourner l'applicabilité de dispositions impératives arrêtées, le cas échéant, par la Communauté. Une telle adaptation du texte permettrait de répondre, par une disposition générale, au souci exprimé par le législateur communautaire à propos de certains contrats de consommation, comme c'est le cas de l'article 6, paragraphe 2, de la directive 93/13 concernant les clauses abusives (6).

34. Quant aux règles impératives de protection visées aux articles 5, 6 et 7 de la convention de Rome, le Groupe estime qu'il existe une relation entre la question de leur applicabilité dans l'espace et le concept d'entrave aux échanges au sens du droit communautaire, en des termes que la Cour de justice des Communautés européennes a explicités dans l'arrêt Arblade du 23 novembre 1999 (7). A cet égard, le paragraphe 2 de l'article 7, en permettant une référence inconditionnelle aux lois de police du for, pourrait heurter de front l'exigence de reconnaissance mutuelle des normes nationales affectant la production ou la commercialisation de marchandises et de services, ou l'accès à l'emploi et l'exercice d'une activité professionnelle par le travailleur. En effet, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, une entrave aux échanges ne peut être considérée comme compatible avec le traité CE que si, notamment, elle poursuit un objectif légitime d'intérêt

général, comme la protection du consommateur ou du travailleur, et s'il existe une juste proportion entre le contenu de la mesure nationale et le but poursuivi ; lors de l'appréciation de cette proportion, il convient de tenir compte, notamment, du niveau d'équivalence entre les législations en conflit, étant entendu que l'obligation d'une reconnaissance, par l'État d'accueil, des normes établies par un autre État membre auxquelles le produit ou le service s'est conformé, n'existe que si une telle équivalence est établie, en droit ou en fait.

35. La formulation de la disposition proposée s'en tient à une référence à cette jurisprudence évolutive de la Cour de justice. Elle suppose qu'il soit établi, d'abord que la réglementation en cause constitue une entrave au sens du traité, ensuite que cette entrave réunisse la condition de justification imposée par le traité, ce qui implique un contrôle du motif d'intérêt général qui fonde la mesure et le respect du principe de proportionnalité.

1. Directive 96/71 du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO 1997, L 18/1.

2. JO 1998, L 115/31.

3. JO 1999, C 23/1.

4. V. CJ, 15 mars 2001, aff. C-165/98, Mazzoleni.

5. V., par exemple, Cour d'appel de Paris, 7 juin 1996, Revue critique de droit international privé 1997. 55, note M.-A. MOREAU.

6. Directive 93/13 du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO 1993, L 95/29.

7. Aff. C-369/96 et 376/96.

[Page d'accueil](#) | [Documents du groupe](#)

Responsable de la page: [Bernadette Martin-Bosly](#),
Dernière mise à jour le 27-03-2012