

Quatrième réunion
Barcelone, 29 septembre - 1er octobre 1994

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Le Groupe a étudié deux questions, concernant respectivement l'interaction du droit communautaire dérivé et des conventions de Bruxelles et de Rome, et la reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères.

I. – L'interaction du droit communautaire dérivé et des conventions de Bruxelles et de Rome

Le Groupe a pris connaissance du rapport de E. JAYME et de C. KOHLER concernant « L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome (1) ». Ce rapport constate que plusieurs initiatives communautaires relatives à la protection de la partie faible dans le contrat ou à la protection de droits de propriété, tantôt sur des biens culturels, tantôt en matière d'obtentions végétales, contiennent des règles de conflit de lois ou des règles de conflit de juridictions qui, soit semblent ignorer l'existence des conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Rome du 19 juin 1980, soit même contiennent des erreurs au sujet de la référence qui y est faite.

De manière générale, les rapporteurs concluent au risque de conflits entre actes communautaires et conventions, en raison de contradictions non seulement dans la lettre des textes, mais encore dans l'inspiration de ceux-ci, les premiers étant soumis à des objectifs spécifiques, telle l'égalisation des conditions de concurrence, que poursuit le droit communautaire. Il y aurait lieu de promouvoir plutôt une harmonie entre ceux-ci, en tentant une conciliation dans leur interprétation. Plus concrètement, le préambule d'un acte communautaire devrait clarifier l'interaction de celui-ci avec, selon les cas, la convention de Bruxelles ou la convention de Rome.

Parmi les actes communautaires en cause (plusieurs directives relatives à l'activité d'assurance, notamment la directive 88/357 du 22 juin 1988(2); la proposition de directive relative au détachement de travailleurs (3); la directive 93/7 du 15 mars 1993 relative à la restitution de biens culturels (4); la directive 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives(5); la proposition de directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance (6); la proposition de directive concernant la protection des acquéreurs de droits d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (7); le règlement 40/94 du 20 décembre 1993 concernant la marque communautaire (8); la proposition de règlement sur les dessins ou modèles communautaires; le règlement 2100/94 du 27 juillet 1994 instituant un régime communautaire des obtentions végétales (9)), la directive sur la restitution des biens culturels et la directive concernant les clauses abusives ont retenu spécialement l'attention, non seulement comme illustrations de la problématique étudiée mais aussi parce que la seconde a servi de base à d'autres initiatives communautaires. Elle contraste singulièrement avec la proposition de directive concernant le déplacement de travailleurs, qui tient dûment compte de la convention de Rome, dont elle complète l'article 6.

1. Articles 9 et 12 de la directive 93/7 relative à la restitution de biens culturels

Selon ces dispositions,

Article 9., § 2

La charge de la preuve est régie par la législation de l'État membre requis.

Article 12

La propriété du bien culturel après la restitution est régie par la législation de l'État membre requérant.

La portée de ces dispositions peut prêter au doute, en l'absence à la fois de travaux préparatoires et d'une politique législative de la Communauté concernant les questions générales de droit international privé, telle la technique du renvoi. En effet, le terme « législation », inusité dans les traités de conflit de lois, peut se comprendre à la fois comme désignant des règles matérielles ou des règles de conflit de lois. Dans le premier cas, la disposition considérée contient une règle de conflit de lois. Dans le second cas, elle revient à l'utilisation du renvoi pour l'article 12, d'une simple règle de signalisation pour l'article 9. Il paraît cependant incertain si le législateur communautaire a pu songer à la technique du renvoi. L'intention paraît tout au plus avoir été, en ce qui concerne la charge de la

preuve, de ne pas adopter une règle matérielle en raison de discordances entre les experts : la désignation de la loi de l'État requis doit-elle alors se comprendre, en fait, comme une référence à la loi du for, ce qui reviendrait à qualifier la question de la charge de la preuve comme une question de procédure ? Quant à la question de la propriété, si l'intention a été d'exclure celle-ci de l'harmonisation, en vertu de l'article 220 du traité, il aurait été plus clair de le dire.

2. Article 6 de la directive 93/13 relative aux clauses abusives

L'article 6, paragraphe 2, de la directive est ainsi libellé :

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un État membre.

L'interaction de cette disposition et des articles 4, 5 et 7 de la convention de Rome est malaisée à déterminer. Simplement, il est incertain si les États parties à la convention de Rome doivent encore transposer la disposition en droit national ou si cette convention est insuffisante pour assurer la protection recherchée. L'article 6 complète-t-il l'article 5, ou se contente-t-il de déclarer, à la manière d'une simple règle narrative, que les dispositions de la directive sont des règles impératives au sens de l'article 7 de la convention de Rome ? Le terme « lien étroit » laisse-t-il une marge d'appréciation lors de la transposition ou, au contraire, suppose-t-il qu'à l'instar de l'article 7 de la convention de Rome, une liberté d'appréciation souveraine soit laissée au juge saisi du litige ? A tout le moins, la référence du texte aux « mesures nécessaires » que doit prendre l'État laisse à celui-ci une liberté d'appréciation quant à la teneur de telles mesures pourvu qu'il obtienne le résultat demandé. De telles mesures pourraient être quelconques et, tantôt écarter l'application de la convention de Rome – dont l'article 20 reconnaît la priorité du droit communautaire –, tantôt même consister en des règles de compétence internationale.

Les termes « territoire d'un État membre » appellent également l'attention. Il est observé qu'ils se réfèrent à l'ensemble des États de la Communauté, et non au seul État du for. Cette caractéristique emporte une double interrogation. Sous un angle théorique, signifie-t-elle que l'article 6 se réfère simplement à un ordre public communautaire tendant à écarter la loi « étrangère » – c'est-à-dire celle d'un État tiers – en cas de fraude des ou de l'une des parties, la disposition ne jouant que lorsque les parties ont fait usage de l'autonomie de la volonté ? Sous un angle pratique, la mise en œuvre de la disposition pourrait être malaisée : que devrait faire par exemple un juge anglais, à propos d'un contrat désignant le droit de l'État de New York, s'il constate que le contrat a un « lien étroit » avec l'Allemagne : il doit certes écarter la loi choisie par les parties, mais au bénéfice de quelle loi ? La réponse doit sans doute être cherchée dans la convention de Rome, mais il n'est pas exclu que l'application de celle-ci ne puisse pas conduire à l'application de la loi de l'État de New York par le jeu des rattachements objectifs qu'elle prévoit. En revanche, aucun problème n'apparaît lorsque ces rattachements objectifs conduisent à la loi d'un État membre, pourvu qu'il ait transposé – correctement – la directive. En tout cas, l'article 6 ne contient pas la règle de rattachement subsidiaire à utiliser lorsque le choix des parties doit être écarté. Cette limite de la disposition plaiderait en faveur d'une interprétation voyant dans la règle l'expression d'un concept d'ordre public. Mais s'agit-il de l'ordre public négatif, exception générale à l'application de la loi étrangère à l'instar de ce que prévoit l'article 16 de la convention de Rome – mais en des termes plus restrictifs –, ou de l'ordre public positif se traduisant dans une applicabilité spéciale des lois impératives au sens de l'article 7 de la convention de Rome ? La disposition peut encore être vue comme une clause d'exception, au sens de l'article 15 de la loi suisse sur le droit international privé, mais on observe qu'elle n'écarte la loi étrangère que si elle n'apporte pas la protection minimale requise. Elle peut aussi apparaître comme une règle auto-limitative, indiquant la volonté d'application des règles matérielles en cause chaque fois que le contrat a un lien étroit avec la Communauté, indication qui peut être utile pour le juge d'un État tiers auquel son système de droit international privé commande de tenir compte d'une telle expression de volonté.

La solution aux problèmes d'interprétation résiderait-elle finalement dans une interprétation déterminée du terme « lien étroit » ? Ainsi, à supposer qu'une interprétation cohérente de la directive tienne compte de l'ensemble du droit communautaire, et notamment de la convention de Rome qui y est à tout le moins liée, il y aurait lien étroit lorsque – et dans ce cas seulement – l'article 4 ou l'article 5 de la convention de Rome conduit à l'application de la loi d'un État membre. On peut aussi considérer la disposition comme limitant l'applicabilité dans l'espace de la directive aux seuls contrats ayant un lien de rattachement avec l'espace communautaire.

La solution consistant à établir une relation entre l'existence d'un lien étroit et la désignation de la loi d'un État membre en vertu d'un rattachement objectif posé par la convention de Rome, conduirait à protéger le consommateur non visé par l'article 5 notamment chaque fois que le vendeur a sa résidence habituelle dans la Communauté, alors même que le consommateur réside dans un État tiers et qu'il n'y a pas accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat au sens de cette disposition. Un tel lien avec l'ordre juridique communautaire serait-il suffisant ? Il y aurait lieu de ne pas négliger le critère d'affectation qui commande l'applicabilité dans l'espace du droit communautaire, en fonction, notamment, des finalités propres de celui-ci. Les solutions peuvent différer selon que l'objectif est d'assurer une égalisation des conditions de concurrence, tantôt lorsque seul le marché d'un ou de plusieurs États membres est concerné, tantôt plus largement dès que des opérateurs établis dans la Communauté sont concernés, même à propos de marchés de pays tiers, ou selon que l'objectif est d'assurer une protection optimale du consommateur, que sa

résidence se situe ou non dans un pays tiers, comme le fait la convention de Rome. Une telle interrogation conduit à souligner les divergences d'inspiration possibles du droit communautaire et de la convention de Rome, même si cette dernière, en établissant par l'article 5 une distinction entre consommateurs « passifs », spécialement protégés, et consommateurs « actifs », s'aligne sur une distinction pratiquée en droit communautaire que la directive n'évoque pas. Le conflit d'inspirations s'exprime encore dans les techniques de désignation du droit applicable. Alors que la convention de Rome recourt largement, mais non exclusivement, à la méthode bilatérale classique de la règle de conflit de lois, le droit communautaire dérivé semble privilégier la technique de la règle unilatérale d'application immédiate. Si l'une et l'autre méthodes ne sont pas inconciliables, comme le montre la convention de Rome, la voie de la conciliation n'apparaît pas clairement à propos de la plupart des initiatives communautaires observées, à l'exception de la proposition de directive relative au détachement des travailleurs.

3. Conclusion

Toute initiative communautaire dans la matière civile ou commerciale ne saurait négliger la problématique de l'applicabilité dans l'espace des dispositions matérielles envisagées. Si elle ne peut, dans cette perspective, faire abstraction de l'existence des conventions de Bruxelles et de Rome, même lorsqu'il s'agit d'y déroger comme ces instruments y autorisent la Communauté, elle devrait également considérer la délimitation dans l'espace inhérente aux différentes libertés que consacre le traité, au surplus selon des critères d'applicabilité qui varient de l'une à l'autre. En d'autres termes, plutôt que de limiter la compétence de la Communauté pour intervenir en matière de droit international privé, il faut admettre que, si elle estime devoir intervenir dans la matière du droit privé, elle ne saurait méconnaître l'apport de cette discipline.

Le Groupe conclut ainsi à une mise en garde de la Communauté. Celle-ci doit à la fois se doter des expertises suffisantes pour le traitement des questions de droit international privé en rapport avec l'harmonisation du droit privé – à l'exemple de ce qui avait été fait à propos de la convention de Rome pour des matières particulières – et veiller à coordonner le travail de ses différents services, de façon à adopter une approche cohérente des questions de droit international privé. Il n'est pas certain que le Groupe doive remplir une fonction formelle d'expertise, en raison de la nécessité de préserver son autonomie scientifique. Cela n'empêcherait pas pour autant de répondre positivement, au besoin par l'intermédiaire de l'un ou l'autre membre individuellement, à une demande d'assistance.

Il ne semble pas qu'une adhésion éventuelle de la Communauté aux conventions de Bruxelles et de Rome suffirait à résoudre le problème. Non seulement ces instruments ne prévoient-ils pas une telle possibilité, devant alors être modifiés en ce sens, mais encore leur nature proprement « communautaire » n'est-elle pas avérée malgré l'existence d'un lien certain avec le droit communautaire, encore rappelé par la Cour de justice dans l'affaire *Mund & Fester* (10).

Il est alors décidé de formuler des conclusions à adresser simultanément à diverses instances communautaires (secrétariats généraux, service juridique, Cour de justice) et aux représentations permanentes des États membres auprès de la Communauté.

II. – La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères

Selon K. KREUZER, présentant son rapport (11), la disparité entre les législations nationales dans la matière des sûretés conventionnelles est telle qu'elle rend difficile l'élaboration de solutions uniformes pleinement satisfaisantes en dehors de la création d'un système central d'enregistrement, éventuellement assorti de copies locales, permettant d'assurer la publicité des sûretés et de faciliter leur reconnaissance mutuelle. De soi cependant, trois méthodes de solution sont envisageables, étant l'établissement de règles matérielles uniformes, de règles uniformes de conflit de lois, ou d'un instrument mixte combinant les deux méthodes. La méthode des règles de conflit de lois ne paraît pas pouvoir faire abstraction de la loi du lieu de situation ni faire l'économie du conflit mobile ; au demeurant, elle présuppose une certaine équivalence des sûretés visées. Parmi les solutions possibles, il faut également envisager la procédure de validation pratiquée en Allemagne, dont l'expérience montre qu'un système d'enregistrement n'est pas indispensable, ou encore la limitation de règles uniformes à la réserve de propriété.

L'incidence éventuelle du régime communautaire des entraves nationales à la circulation des marchandises constitue un autre élément dont il faudrait sans doute tenir compte lors de l'analyse de la reconnaissance des sûretés étrangères. En effet, s'il est certes admis que l'État puisse invoquer, au nom de l'intérêt général, l'applicabilité de son propre droit des biens à l'encontre d'une sûreté constituée à l'étranger, lorsque le bien se trouve sur son propre territoire, il ne peut négliger non plus les exigences communautaires de non-discrimination et du respect du principe de proportionnalité, impliquant la reconnaissance de mécanismes étrangers de protection des créanciers équivalents à ceux que connaît le droit du for.

La discussion révèle les difficultés que devrait surmonter la mise en place d'une sûreté européenne. Celle-ci ne saurait sans doute se substituer aux sûretés nationales, et il conviendrait d'en déterminer le rang. Si le mécanisme devait se limiter à une sûreté déterminée, telle la réserve de propriété, sa mise en œuvre pourrait se heurter à des problèmes de qualification, par exemple au sujet du leasing.

Aussi la perspective de toute solution ayant recours à des règles de conflit de lois ne devrait-elle pas être abandonnée, même s'il reste vrai que la sécurité juridique peut être mieux assurée par des règles matérielles uniformes. Un système de droit international privé tendrait principalement à faciliter

la reconnaissance de sûretés étrangères. La solution la plus réaliste consisterait à concentrer le rattachement sur la désignation de la loi de l'État de destination du bien – ce qui constituerait une sorte de rattachement par anticipation –, non sans prévoir certaines exceptions, telle que l'autonomie de la volonté à tout le moins pour les relations entre contractants, ou l'application de la loi de l'État d'origine au cas où le bien n'a pas atteint le pays de destination qui était prévu. A la rigueur, il pourrait être tenu compte de la volonté ou du refus d'application de la loi de l'État de destination au moment qui précède l'arrivée du bien sur le territoire de cet État. Il ne faudrait pas nécessairement exclure non plus tout système qui, à l'instar de ce qui existe en matière de contrats d'assurance, attribue un contenu variable à la sûreté en soumettant celle-ci successivement aux lois des différents États par le territoire duquel transite le bien, par exemple un véhicule de transport.

La méthode des conflits de lois n'exclut pas sa combinaison avec un système d'enregistrement européen qui pourrait se contenter d'indiquer l'existence, le moment et l'étendue de la sûreté constituée. Le système pourrait également contenir des normes minimales jugées nécessaires pour faciliter la reconnaissance mutuelle des sûretés.

La question de la reconnaissance ne suscite une difficulté qu'en l'absence de système commun d'enregistrement, lorsque l'État d'accueil n'assure pas, par rapport au droit étranger, de protection suffisante du créancier.

Pour répondre au problème posé par les pays pauvres en sûretés, il faudrait sans doute imposer une norme minimale, reconnaissant à la sûreté étrangère des effets minimaux et lui attribuant la qualité de sûreté de dernier rang au moins, non sans, le cas échéant, considérer la situation de l'acquéreur de bonne foi en fonction de la diligence qui peut être attendue de lui dans le commerce international. La solution allemande de la transposition peut constituer également une alternative efficace, dès lors qu'elle tend à faciliter la reconnaissance et permet de dépasser la limite du *numerus clausus*.

Des sources d'inspiration pourraient également être trouvées dans la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative au trust (12)– qui, outre une définition de l'institution en cause, contient une liste des effets à reconnaître obligatoirement – ou dans les solutions apportées en matière de privilèges maritimes. En toute hypothèse, si la voie du droit international privé ne constitue pas la voie royale, elle pourrait être la seule praticable, la méthode du droit matériel uniforme s'étant avérée peu réaliste jusqu'à présent.

1. V. E. JAYME et C. KOHLER, « L'interaction des règles de conflits contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome », *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 1-40.

2. Deuxième directive 88/357 du Conseil du 22 juin 1988 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239, JO 1988, L 172/1.

3. Proposition de directive du Conseil relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM (91) 230 final.

4. Directive 93/7 du Conseil, du 15 mars 1993, relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre, JO 1993, L 74/74.

5. 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.

6. Proposition de directive du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, COM (1992) 11 final.

7. Proposition de directive du Conseil concernant la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'utilisation d'objets immobiliers en régime de jouissance à temps partagé, COM (1992) 220 final.

8. JO 1994, L 11/1.

9. JO 1994, L 227/1.

10. CJ, 10 février 1994, aff. C-398/92.

11. K. KREUZER, « La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères », *Revue critique de droit international privé*, 1995, p. 465-506.

12. Convention du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

