

**Cinquième réunion
Genève, 29 septembre - 1er octobre 1995**

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Le Groupe a étudié la question de la condition du droit étranger dans la perspective d'une harmonisation du droit international privé, sur rapport de T. HARTLEY. Il a également examiné le suivi des travaux de ses réunions de Heidelberg (rapport de E. JAYME) et de Barcelone (rapport de A. BORRÁS).

I. – Les effets de l'harmonisation sur la preuve et l'application du droit étranger

L'examen du sujet présuppose une observation de l'état actuel du droit des États membres concernant la condition du droit étranger.

1) Le rapporteur présente une synthèse du droit comparé, sur la base des réponses au questionnaire qu'il a adressé aux membres du Groupe, renvoyant pour le surplus à son étude, qui sera publiée à l'International and Comparative Law Quarterly . (1)

La question de la condition du droit étranger recouvre principalement deux questions, à savoir l'applicabilité d'office de la règle de conflit de lois et la preuve du contenu du droit étranger en vue de son application. Une troisième question s'y ajoute, qui concerne la recevabilité d'un recours en légalité pour violation de la loi étrangère.

Il est connu que la condition du droit étranger varie selon que l'État du for considère celui-ci comme un fait ou l'assimile à une loi. L'on admet généralement que, dans le premier cas, l'applicabilité de la règle de rattachement n'a pas lieu d'office et que la preuve du contenu de la loi étrangère incombe aux parties, alors qu'il en irait différemment dans le second cas. En outre, la plupart des pays excluent ou limitent un contrôle de légalité de la violation de la loi étrangère, une pure assimilation de celle-ci à la loi du for à cet égard paraissant tout à fait exceptionnelle. Pourtant, en ce qui concerne l'applicabilité de la règle de rattachement et la preuve du droit étranger, les différences sont moins contrastées dans la réalité qu'il apparaît à première vue. Les nuances que connaît chaque système juridique permettent d'apercevoir un continuum, dont les extrêmes seraient constitués des systèmes allemand, autrichien et belge d'un côté, britannique d'un autre côté.

Les débats ont montré que plusieurs paramètres compliquent une évaluation précise des facteurs qui déterminent la condition du droit étranger dans le système du for. L'un relève de l'interaction du principe d'autonomie des volontés et du principe dispositif : selon l'un et l'autre, c'est aux parties qu'il appartient, dans les matières où elles ont la libre disposition de leurs droits, d'invoquer devant le juge l'application de la loi qu'elles ont choisie, et, selon le principe dispositif, la recherche des éléments d'extranéité n'incombe pas d'office au juge. Un deuxième paramètre tient au comportement des praticiens : il faut compter avec l'ignorance des techniques applicables, ou avec la propension de magistrats à préférer l'application de la loi du for, plus facile à connaître que la loi étrangère ; de plus, le coût d'un litige transfrontière, notamment l'engagement de frais d'expertise sur le contenu du droit étranger, peut dissuader la masse des justiciables d'invoquer l'application du droit étranger.

Plusieurs facteurs déterminants pour la condition du droit étranger paraissent pouvoir être énoncés et permettre d'expliquer les différences entre systèmes nationaux.

Un premier facteur tient à une disparité des législations nationales quant à la détermination des matières où les parties disposent librement de leurs droits.

Un deuxième facteur tient peut-être à la condition de la règle de rattachement plus qu'à celle du droit étranger : c'est en fonction de la condition de la règle de rattachement que se déterminerait la condition du droit étranger. En ce sens, une applicabilité d'office de la règle de rattachement impliquerait que la preuve du contenu du droit étranger incombe au juge. De plus, un système n'attribuant pas au droit étranger de statut favorable pourrait trahir un manque d'ouverture à la problématique du droit international privé. La condition du droit étranger peut encore dépendre du contenu de la règle de rattachement : lorsque celle-ci est de caractère alternatif, désignant la loi la plus favorable, il est impossible d'appliquer la règle sans chercher au préalable à connaître le contenu des lois désignées.

Un troisième facteur tient pour une très large part au rôle du juge, tant dans la conduite du procès que dans le processus de création du droit : ce rôle peut varier d'un pays à un autre, et les systèmes de common law se démarquent des autres à cet égard. Dans ces systèmes, le juge se contente

d'arbitrer les plaidoiries : son rôle est donc singulièrement plus effacé que dans les systèmes de droit écrit. De plus, il se garde de participer à toute œuvre de création du droit étranger, refusant de se substituer à une autorité étrangère : c'est en ce sens que peut être comprise l'assimilation du droit étranger à un fait.

Plusieurs voies de solution pourraient être creusées, qui aideraient à réduire la différence de traitement du droit étranger par rapport au droit du for.

L'une concerne la formulation des règles de rattachement. Ainsi, dans les systèmes de droit international privé qui connaissent la clause d'exception, celle-ci peut intervenir de manière subsidiaire, pour le cas où l'application de la loi étrangère est impossible en raison de la difficulté à connaître son contenu : en évitant d'appliquer la loi du for dans ce cas, l'on évite d'encourager le praticien à un retour trop facile à cette loi. On trouve une technique analogue dans un recours à un rattachement subsidiaire propre à la matière en cause, dans l'article 14 de la nouvelle loi italienne de droit international privé.

Une autre méthode consiste à accentuer les mécanismes de coopération dans la conduite du procès, à plusieurs égards. D'un côté, le juge du for pourrait inciter à une coopération efficace des parties. D'un autre côté, l'on pourrait songer à améliorer la coopération internationale, le cas échéant en révisant la convention de Londres du 7 juin 1968.

Une autre manière de conciliation des points de vue consiste à mettre en évidence l'originalité de la condition du droit étranger par rapport à celle du droit du for, mais aussi au régime de la preuve des faits : le droit étranger n'est pas totalement assimilable au droit du for ni à un fait matériel et appelle donc un traitement spécifique dans cette mesure. Ainsi le régime de la charge de la preuve, notamment de l'admissibilité des modes de preuve, tel l'aveu, ne saurait-il être transposé simplement à la preuve du droit étranger. De même, le juge du for n'est pas en mesure de se substituer au juge étranger pour participer à l'œuvre créatrice que le droit étranger reconnaît au juge.

2) La mesure de l'incidence de l'harmonisation du droit international privé sur la condition du droit étranger, reste incertaine. Une distinction s'impose sans doute selon que l'on se situe ou non dans le contexte du droit communautaire.

De soi, un traité qui uniformise les règles de rattachement semble à première vue ne pas s'immiscer dans l'applicabilité de la règle de rattachement. La liaison même de la condition de la règle de rattachement avec le rôle du juge et les principes d'ordre procédural, confirme ce point de vue. De plus, le traité est souvent le fruit d'un compromis laborieux, donnant la priorité à la formulation de règles communes sans vouloir s'attarder au droit de la procédure. Pourtant, l'objectif poursuivi par le traité peut en décider autrement. Un accord bilatéral ou un traité assorti d'une condition de réciprocité paraît exiger une applicabilité d'office de la règle de conflit de lois. Le droit international privé français va plus loin qui étend cette solution à toute convention internationale.

L'étude de l'incidence du droit communautaire est tout aussi délicate. Elle appelle certaines distinctions, selon que la question concerne tantôt l'application du droit d'un État membre qui a transposé une directive communautaire, tantôt l'applicabilité d'une règle de rattachement issue d'une directive ou immédiatement applicable par voie de règlement, tantôt la portée du principe général de non-discrimination sur la condition du droit étranger.

Par comparaison avec le traité classique, le règlement et la directive communautaires présentent une certaine spécificité. L'un et l'autre sont interprétés en fonction de l'effet utile qui doit leur être donné. Il reste alors à déterminer les implications concrètes de la théorie de l'effet utile sur l'applicabilité de la règle de rattachement. La réponse peut dépendre du contenu plus ou moins inconditionnel d'une directive, selon par exemple qu'elle tend à égaliser rigoureusement les conditions de concurrence dans l'État de commercialisation : dans ce cas, une disparité quant à l'applicabilité de la règle de rattachement commune risquerait d'annihiler l'effet recherché. Plus généralement, la directive demande aux États de prendre les « mesures » nécessaires en vue de réaliser l'objectif poursuivi. Étant tenu d'une obligation de résultat, l'État se voit alors imposer une obligation de s'assurer, par tous les moyens utiles, de l'effectivité des droits établis par la directive. Une telle obligation de résultat découle d'ailleurs des principes qui régissent le processus d'exécution du droit communautaire par l'État : à l'obligation d'assurer l'effectivité des droits consentis s'ajoute celle d'assurer aux règles communautaires un régime de sanctions équivalent à celui dont bénéficient les règles nationales correspondantes⁽²⁾. Mais il est vrai que l'État dispose à cet égard d'une totale liberté quant aux moyens à mettre en œuvre. En tout état de cause, la question de l'applicabilité d'office en relation avec une règle communautaire n'est pas propre au droit international privé : elle affecte plus généralement le droit communautaire, et il appartient à celui-ci de déterminer si la condition procédurale du droit applicable relève de règles communes, aptes à assurer l'uniformité d'application, ou de chaque législation nationale. Une réponse à la question peut être attendue de la Cour de justice dans l'affaire C-430/93 ⁽³⁾, en cours d'examen.

D'ores et déjà, une réponse est certaine au sujet de l'interprétation du droit applicable, dans une matière entrant dans le domaine d'une directive. Que celle-ci n'ait pas été transposée ou l'ait mal été par l'État étranger dont la loi est désignée par la règle de rattachement du for, il incombe au juge du for d'interpréter ce droit, mais dans toute la mesure du possible seulement, d'une manière compatible avec les termes de la directive, solution qui vaut également dans un litige entre particuliers .

II. – Suivi des travaux concernant l'élaboration d'une convention de Bruxelles II

Les lignes de force des travaux actuellement en cours au sein de l'Union européenne, suite au texte adopté lors de la réunion de Heidelberg, sont présentées par A. BORRÁS. Le Conseil de l'Union européenne a pris position en faveur d'une convention européenne concernant le contentieux conjugal et les demandes accessoires relatives à la garde des enfants, tout en demandant une complémentarité avec les projets en cours au sein de la Conférence de La Haye de droit international privé. L'instrument reposerait sur l'article 220 du traité instituant la Communauté européenne, ou sur l'article K du traité sur l'Union européenne ; le texte serait adopté à l'unanimité. Les contraintes politiques propres à ce processus ne sont pas négligeables : la perspective d'une unanimité conduit à des blocages dans les négociations ; la conduite des travaux souffre d'un manque de transparence et toute coordination avec les travaux de la Conférence de La Haye est difficile, celle-ci n'étant pas invitée en qualité d'observateur.

Le projet de l'Union européenne se démarque du texte de Heidelberg par son domaine d'application : alors que le second était assez étendu tout en excluant la matière de la garde, le premier se limite aux relations entre époux tout en s'étendant à la garde.

La discussion a porté, d'une part sur des dispositions ponctuelles du projet de convention de Bruxelles II, d'autre part sur l'interaction possible de ce projet et de la future convention de La Haye portant révision de la convention de 1961, à la lumière du texte de l'avant-projet qui sera soumis à la prochaine session de la Conférence en octobre 1996.

Parmi les dispositions ponctuelles du projet de convention de Bruxelles II, celles relatives à la compétence pour connaître de mesures modificatives et à la détermination du domaine d'application dans l'espace de la convention, ont suscité des observations. L'utilité de la première disposition paraît limitée. La seconde, dans sa formulation actuelle, risque de susciter de sérieuses difficultés d'application.

L'analyse de l'interaction des instruments appelle à un débat sur le besoin d'un instrument de l'Union et sur les techniques de compatibilité entre instruments.

Quant à l'évaluation d'un besoin, le principe de subsidiarité conditionne le pouvoir d'intervention de la Communauté ou de l'Union, mais non pas pour effectuer une répartition des compétences : l'application du principe présuppose une compétence partagée de la Communauté ou de l'Union et des États membres. A cet égard, il serait insuffisant d'estimer que la matière de la garde échappe au domaine du droit communautaire : si cela devait être le cas, encore serait-il permis d'envisager une coopération judiciaire en matière civile au sens de l'article K du traité sur l'Union européenne, qui vise par hypothèse des matières qui ne relèvent pas du domaine strict du traité instituant la Communauté européenne. Le critère déterminant pour l'appréciation du principe de subsidiarité paraît résider dans une efficacité comparative des actions européenne et nationale. Cette évaluation peut dépendre non seulement des contenus respectifs des instruments en présence, mais encore du contexte de la codification. D'un côté, une harmonisation au sein de l'Union européenne pourrait pousser plus avant des mécanismes de coopération peu envisageables dans un cercle plus large, ou adopter des procédures qui s'adaptent autant que possible à la configuration de l'espace européen en un espace analogue à un espace interne. Cette harmonisation pourrait alors se voir comme le complément d'une harmonisation plus large, et non comme un substitut. D'un autre côté, le besoin de règles européennes de compétence directe est certain en matière de divorce, et la jonction de la matière des mesures accessoires à l'égard des enfants est alors compréhensible, non seulement parce qu'elle est prévue par le droit de plusieurs États membres, mais encore en raison de la fréquence grandissante du déplacement de personnes dans l'espace européen.

Quant aux techniques de compatibilité entre instruments, il faut rechercher une prévention des conflits par l'adaptation des règles de compétence directe. En effet, la formulation de règles de priorité ne paraît praticable que pour la reconnaissance des décisions. Plusieurs moyens permettraient de concilier les instruments en matière de garde. L'un consisterait à réduire le domaine spatial de la convention de Bruxelles II en limitant son application au cas d'un enfant dont la résidence habituelle se situe sur le territoire d'un État contractant. D'autres moyens affecteraient le contenu même des règles de compétence. Idéalement, il conviendrait d'adopter des règles identiques dans l'une et l'autre conventions. Mais il serait encore possible d'insérer dans la convention de Bruxelles II, tantôt une limitation de la compétence des autorités de l'État du divorce au cas où l'enfant a au moins résidé dans le passé dans cet État, tantôt un règlement approprié de la connexité internationale, étendu aux litiges pendants dans un État partie à la convention de Bruxelles II et dans un État partie à la convention de La Haye, tantôt en organisant un mécanisme de coopération entre juridictions d'États différents à la lumière de ce que prévoit l'avant-projet préparé par la Conférence de La Haye.

Les débats ont permis de faire ressortir un besoin général de coordination des travaux de l'Union européenne et de la Conférence de La Haye. Les conclusions du Groupe ont pris la forme d'une déclaration relative à la coopération entre l'Union européenne et d'autres organisations internationales en matière civile.

III. – Suivi des travaux concernant l'interaction du droit dérivé et des conventions de Bruxelles et de Rome

Depuis la réunion de Barcelone, deux des textes alors analysés ont fait l'objet de lois de transposition, à savoir la directive 93/13 concernant les clauses abusives (5) et la directive 93/7 relative à la restitution des biens culturels (6).

E. JAYME, qui a assuré la collecte de ces informations avec C. KOHLER, met l'accent sur la disparité des textes de transposition.

1) En ce qui concerne l'article 6 de la directive relative aux clauses abusives, plusieurs méthodes ont été utilisées, à savoir :

- la référence à l'existence d'un lien étroit, selon le terme utilisé par la directive (Royaume-Uni, Irlande, Portugal) ;
- l'utilisation de critères territoriaux déterminés pour définir le lien étroit requis par l'article 6 (Allemagne, France, Grèce), mais les critères retenus varient d'un État à l'autre ; de plus, ils se présentent sous une forme alternative, le texte se contentant de la localisation de l'un de ces critères pour emporter l'application de la loi de protection : il y a ici une différence notable avec l'article 5 de la convention de Rome, qui utilise une formulation cumulative ;
- l'affirmation de la conformité du droit national antérieur au texte de la directive (Autriche, Pays-Bas, sans doute Italie et Belgique), notamment par référence à l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980 ;
- l'inapplicabilité d'une clause de choix de la loi applicable, lorsqu'en l'absence d'une telle clause le contrat serait soumis à la loi d'un État membre et que cette loi apporterait au consommateur une meilleure protection que la loi choisie (Danemark) ;
- l'inopposabilité au consommateur d'une clause d'élection de for (Portugal).

Dans tous les cas, l'on observe que la transposition a pour effet une application de la loi du for. La plupart des transpositions couvrent une localisation dans un État membre de la Communauté, tandis que d'autres se contentent d'une formulation unilatérale du critère pertinent, par une référence à une localisation sur le territoire du for. La formulation de la localisation par rapport aux États membres est variable : certaines transpositions visent les États membres de l'Espace économique européen, d'autres visent les États membres de l'Union européenne. Pourtant, le contexte institutionnel de l'adoption de la directive implique que la qualité d'État membre s'apprécie au regard de la Communauté européenne. Une extension aux États membres de l'Espace économique européen est fonction des modalités arrêtées en vertu du traité de Porto, du 2 mai 1992.

Le texte de transposition ne traduit pas toujours le caractère substantiel de la règle de droit international privé posée par la directive, celle-ci n'exigeant d'écarter la loi choisie par les parties que si elle est moins favorable au consommateur, selon un procédé qu'utilise aussi l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980. Plusieurs lois nationales revendiquent leur application sans aucune considération pour le contenu de la loi choisie par les parties.

Des textes observés, la méthode retenue par le Danemark paraît la plus proche de l'esprit de la directive. Une référence à l'article 5 de la convention de Rome permettrait aussi de concrétiser le lien étroit exigé par l'article 6 de la directive ; toutefois, l'article 5 ne suffit pas à assurer une transposition correcte, car son domaine matériel est plus étroit que celui de la directive.

2) Parmi les États qui ont transposé la directive concernant la restitution des biens culturels (Danemark, Espagne, France, Pays-Bas, Royaume-Uni), seuls la France et les Pays-Bas ont incorporé dans la loi nationale une disposition déterminant la loi applicable à la détermination du droit de propriété après la restitution, comme y invitait l'article 12 de la directive. Or, les débats lors de la réunion de Barcelone avaient indiqué que l'interprétation de cet article, qui se réfère à la « législation » de l'État requérant, serait malaisée : il n'est pas clair s'il comporte une règle de rattachement au sens strict, désignant les règles matérielles de l'État concerné, ou une référence au droit international privé de cet État, en ce incluses ses règles de rattachement, à l'instar d'une règle de conflit de systèmes. Sans doute la question a-t-elle un intérêt pratique limité, puisqu'en droit comparé les règles de rattachement convergent vers la désignation de la loi du lieu de situation, mais des divergences restent possibles, par exemple au sujet de la solution donnée au conflit mobile. La réponse à la question relève sans aucun doute de l'interprétation de la directive, c'est-à-dire de l'objectif poursuivi. Or, celui-ci paraît se limiter à assurer la restitution du bien dans l'État d'origine, sans préjudice de la détermination du droit de propriété. A cet égard, la directive ne comporte aucune disposition matérielle sur le droit de propriété, à la différence de la convention UNIDROIT, qui prévoit par exemple le maintien du droit au possesseur de bonne foi qui procède au retour du bien dans l'État d'origine. Si l'objet de la directive est bien uniquement de neutraliser les effets du déplacement illicite, il se comprend que l'article 12 comporte seulement une règle de conflit de systèmes.

IV. – Suivi des travaux concernant les sûretés mobilières

K. KREUZER fait le point sur l'état des travaux en matière de sûretés et de procédures d'insolvabilité, distinguant les règles matérielles des règles de droit international privé.

Sous l'angle du droit matériel, deux initiatives récentes méritent l'attention, à savoir un projet UNIDROIT sur les équipements mobiles et une loi modèle préparée par la B.E.R.D. sur les sûretés conventionnelles.

Sous l'angle du droit international privé, les travaux de la Communauté européenne sur la faillite ont abouti à un texte important, la convention relative aux procédures d'insolvabilité, dont la version finale est à présent adoptée et est ouverte à la signature des États membres. Cette version, qui est le fruit de négociations entamées en 1963, tend à traduire en des termes plus simples que les versions précédentes un principe de reconnaissance mutuelle des procédures d'insolvabilité. Elle concentre les compétences juridictionnelle et législative dans l'État sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur, tout en admettant une compétence des juridictions d'un autre État où se situe un établissement du débiteur au sujet de biens localisés sur le territoire de cet État (hypothèse de la procédure secondaire). L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas les droits du titulaire d'une sûreté ou d'une réserve de propriété. La convention attribue un pouvoir d'interprétation à la Cour de justice, selon des modalités originales : seules les cours suprêmes ont la faculté de poser une question préjudicielle, mais le texte organise aussi un renvoi dans l'intérêt de la loi.

1. T. HARTLEY, « Pleading and proof of foreign law: the major European System compared », Int. Comp. Law Quart., 1996, p. 271-292.

2. Par exemple, CJ, 21 septembre 1989, aff. 68/88, Grèce.

3. CJ, 14 décembre 1995, Van Schijndel / Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten.

4. CJ, 14 juillet 1994, aff. C-91/92, Facini Dori.

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. 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.

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

Responsable de la page: [Bernadette Martin-Bosly](#)
Dernière mise à jour le 30-08-2011