

Dixième réunion  
Rome, 15 - 17 septembre 2000

### COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Le Groupe a continué, au cours de sa dixième réunion, l'étude du droit applicable aux relations de vie commune et la préparation d'une révision de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entamées lors de la réunion précédente. Il a également examiné l'actualité du droit communautaire dérivé en matière de droit international privé.

#### I. – Divorce et partenariat en droit international privé

K. SIEHR présente une série de propositions élaborée suite aux contacts au sein du groupe de travail composé de H. GAUDEMET-TALLON, T. HARTLEY, H. JESSURUN D'OLIVEIRA, H. VAN LOON et H. THUE.

La matière du divorce se caractérise par l'absence de tout modèle international sur le droit applicable. Le libéralisme des critères de compétence retenus par le règlement 1347/2000 du 29 mai 2000 incite à écarter l'application du droit du for. Une autonomie limitée de la volonté pourrait être retenue, le choix étant limité à la loi nationale ou à la loi de la résidence d'une des parties, ou à la loi du for. A défaut de choix, une échelle de rattachements pourrait comporter, dans l'ordre, la résidence actuelle des parties, la dernière résidence si l'un des époux réside encore dans ce pays, la nationalité commune et, subsidiairement, le lien le plus étroit.

En matière de partenariat, la difficulté réside dans l'état du droit comparé, puisque l'institution n'existe pas dans tous les pays et qu'elle peut recevoir des qualifications variables d'un pays à un autre. Un problème particulier peut se poser lorsque le droit du for ignore une forme d'enregistrement de la relation. Une solution consisterait, pour la conclusion de la relation, de permettre celle-ci sur la base des critères de la résidence ou de la nationalité de l'une des parties, et d'appliquer la loi du for à la question de sa formation. Les effets, et notamment les aliments, pourraient être soumis à la loi qui a permis la formation de la relation. Quant à la dissolution de la relation, les règles de compétence et d'efficacité des jugements pourraient être analogues à celles qui prévalent pour le divorce, et la loi applicable serait la loi même qui a permis la formation de la relation.

En ce qui concerne la reconnaissance d'une relation conclue à l'étranger, la convention de La Haye du 14 mars 1978 (1), pourrait servir de source d'inspiration. Une formulation adaptée pourrait se présenter comme suit :

#### Article A

Le partenariat enregistré qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de la conclusion, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre.

#### Article B

Lorsqu'un certificat d'enregistrement a été délivré par une autorité compétente, le partenariat enregistré est présumé être valable jusqu'à preuve du contraire.

#### Article C

Un État contractant ne peut refuser de reconnaître la validité d'un partenariat enregistré que si, selon le droit de cet État, un des partenaires au moment de la conclusion :

1. était marié ou enregistré comme partenaire ;
2. était à un degré de parenté en ligne directe avec l'autre partenaire ou était son frère ou sa sœur, par le sang ou par adoption ; ou
3. n'avait pas atteint l'âge minimum requis pour s'enregistrer comme partenaire et n'avait pas obtenu la dispense nécessaire ; ou
4. n'était pas mentalement capable de donner son consentement ; ou
5. n'avait pas librement consenti au partenariat enregistré.

Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée dans le cas prévu au chiffre 1 de l'alinéa précédent si le partenariat enregistré est devenu ultérieurement valable par suite de la dissolution ou de l'annulation du mariage ou enregistrement précédent.

#### Article D

Les règles du présent chapitre s'appliquent même si la question de la reconnaissance de la validité du partenariat enregistré doit être tranchée, à titre incident, dans le contexte d'une autre question.

Toutefois, ces règles peuvent ne pas être appliquées lorsque cette autre question est régie, d'après les règles de conflit de lois du for, par le droit d'un État non contractant.

#### Article E

La présente convention ne fait pas obstacle dans un État contractant à l'application de règles de droit plus favorables à la reconnaissance des partenariats enregistrés conclus à l'étranger.

#### Article F

Un État contractant peut refuser la reconnaissance de la validité d'un partenariat enregistré si cette reconnaissance est manifestement incompatible avec son ordre public.

Le débat relatif au divorce est centré sur l'admission de l'autonomie de la volonté pour la détermination du droit applicable. Malgré les hésitations de certains en raison de l'indisponibilité des droits en cette matière ou de réticences probables des milieux politiques, la plupart estiment qu'une autonomie est acceptable. Celle-ci existe en fait dès lors que le libéralisme des critères de compétence permet au demandeur de choisir le for et, partant, d'influencer la détermination du droit applicable. Encore convient-il de préciser les modalités d'un tel choix. Celles-ci affectent d'abord les termes du choix : les hésitations sont permises entre une limitation du choix au droit du for ou une extension à la loi nationale, étant entendu qu'en pratique le for sera souvent le lieu de résidence ; d'aucuns estiment que le choix ne devrait avoir qu'une place subsidiaire, n'étant ouvert que pour préciser l'existence d'un lien étroit à défaut de nationalité et de résidence commune. La question décisive revient à déterminer avec soin quel est l'objectif poursuivi par le principe d'autonomie en la matière. Ensuite, il y a lieu de s'entendre sur la nécessité d'un choix exprès et quant au moment de ce choix. L'exigence d'un choix devant le juge, à la manière de ce qui est exigé en matière de contrats pour protéger la partie faible, permet à celle-ci de prendre conscience de la portée de son choix et de tenir compte de l'évolution des circonstances, mais l'admission d'un choix antérieur permet aussi d'assurer l'égalité des époux car, lors de l'instance, il est facile pour l'un de faire pression en refusant une possibilité de choix.

Une autre question à considérer concerne la relation entre la loi du divorce et la loi alimentaire. Or, la question des aliments est très souvent déterminante dans le contentieux du divorce. Il est certain que le lien qu'établit la convention de La Haye du 2 octobre 1973 (2) incite à la prudence lorsque l'on parle de l'application du droit du for ou de l'autonomie de la volonté à propos du divorce.

Le débat relatif au partenariat s'avère délicat pour des raisons propres à cette institution : malgré sa généralisation prévisible en droit comparé, l'énonciation d'une règle multilatérale se heurte encore au manque d'expérience en la matière et à la variété des qualifications en droit comparé – l'appellation même de « partenariat » étant encore susceptible d'évolution, par exemple au profit du terme plus générique de « cohabitation ». Les exemples législatifs actuels montrent la diversité et l'évolutivité des approches : en Suède, à l'exigence initiale que l'un des partenaires soit suédois ou réside en Suède a fait place la condition que l'un réside en Suède ou ait la nationalité d'un État qui connaisse l'institution. Aux Pays-Bas, l'on évolue d'un critère de résidence à un critère qui privilégie le lieu de l'enregistrement, critère qui semble également se dessiner en Allemagne. De plus, dans les pays qui ne connaissent pas l'institution, l'attitude se comprend de ne pas reconnaître une relation valablement conclue à l'étranger.

La question des effets de la relation soulève des problèmes délicats. Alors que la plupart estiment normal de se référer à la loi du lieu de conclusion de la relation pour en apprécier la validité – notamment parce que le partenariat est le plus souvent conclu en fonction d'une loi qui valide la relation, ou pour d'autres en raison de la nature contractuelle de la relation –, l'hésitation est grande pour la détermination des effets : l'application de la loi du lieu de conclusion présente-t-elle un lien suffisamment étroit ? La question des aliments relève-t-elle de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sous le couvert de « relations de famille » (2) ? Comment procéder si le droit applicable aux effets ignore l'institution en cause ? D'autres questions surgissent encore, notamment savoir si une mutabilité de partenariat peut se concevoir – par exemple lorsque des partenaires français viennent s'établir au Danemark – ou si une dissociation des règles de rattachement relatives au mariage et au partenariat n'est pas susceptible d'inciter à la fraude à la loi – par exemple pour permettre une relation de partenariat prohibée sous forme de mariage entre un père et sa fille adoptive. La diversité du droit comparé suggère encore à d'aucuns la piste de la théorie de l'adaptation ou celle de la convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative au trust (3) : la reconnaissance en est permise même si le droit du for ignore l'institution ; l'autonomie de la volonté ne peut servir qu'à désigner une loi qui connaît l'institution. D'autres soulignent que les contraintes mêmes de la pratique requièrent déjà du professionnel, tel un notaire, de prendre position, ce qu'il fera, en l'absence de règles spéciales, par exemple à propos du règlement en France d'une succession intéressant des partenaires néerlandais et danois résidant aux Pays-Bas, en soumettant la dévolution immobilière à la loi française (si l'immeuble est sis en France) tout en examinant la question préalable de la validité de la relation au regard des règles de rattachement qui régissent le mariage au cas où l'équivalence des institutions serait admise, alors que, dans la négative, une règle spéciale de rattachement serait nécessaire.

Le Groupe décide de ne pas clore l'examen de la problématique en confiant au groupe de travail la mission de poursuivre ses travaux, non sans recevoir les contributions éventuelles des autres membres du Groupe.

## II. – Révision de la convention de Rome

## 1. Présentation des propositions du groupe de travail

C. KOHLER et P. LAGARDE présentent les conclusions du groupe de travail, composé de M. FALLON, E. JAYME, C. KESSEDJIAN et F. POCAR.

Quant au contexte d'une révision de la convention, deux éléments nouveaux doivent être pris en compte, à savoir d'une part la nécessité d'une adaptation de l'article 5 de la convention aux travaux de révision de la convention de Bruxelles en ce qui concerne le contrat de consommation, et, d'autre part, l'entrée en vigueur des dispositions du traité d'Amsterdam concernant l'attribution, à la Communauté, de compétences relatives à la coopération judiciaire en matière civile au sens de l'article 61 CE. L'impact du droit communautaire sur le droit des conflits de lois ne se réduit d'ailleurs pas à l'exercice de ces nouvelles compétences communautaires, dont l'étendue reste à définir, mais affecte aussi la compatibilité du droit national des conflits de lois avec le droit primaire.

La détermination des compétences communautaires en matière de conflit de lois soulève trois types de questions, concernant respectivement le domaine spatial de règles communautaires de conflit, le type d'acte susceptible de contenir de telles règles et la délimitation des compétences externes de la Communauté.

Le domaine spatial des règles de conflit pourrait, à la lecture de l'article 61 CE qui requiert que l'acte affecte le « fonctionnement » du marché intérieur, apparaître comme limité à l'adoption de règles « régionales », c'est-à-dire de dispositions qui n'affectent qu'une situation d'intérêt communautaire. Toutefois, une telle hypothèse supposerait encore que l'on puisse déterminer avec suffisamment de précision ce qu'est une situation communautaire : faudrait-il s'en tenir à la résidence des parties, se contenter d'une référence à un lien étroit ? Le groupe de travail émet une préférence pour des règles de conflit à caractère universel, pour éviter les problèmes de délimitation des situations visées, mais encore la complexité issue d'une dualité de règles de conflit de lois applicables dans une matière déterminée.

Le choix du type d'acte se doit de tenir compte de l'expérience plutôt négative des directives adoptées jusqu'à présent qui affectent le droit des conflits de lois : la disparité des transpositions a révélé la nécessité d'adopter des règles suffisamment précises pour prévenir tout risque d'incompréhension de la part du législateur national. Le choix d'une directive ne se concevrait donc qu'à cette condition, et ne se justifierait que si la règle de conflit communautaire était de caractère universel : dans ce cas en effet, se substituant au droit commun national, elle trouverait à s'intégrer harmonieusement dans les codifications existantes.

La détermination de la compétence externe de la Communauté constitue également un facteur à considérer lors de l'adoption de règles communautaires de conflit. En effet, l'adoption de règles universelles supprime, par l'effet de substitution au droit commun, la compétence de l'État. L'adoption de règles de caractère régional ne laisse pas toute liberté à l'État, puisque la règle régionale prévaut sur la règle nationale et que l'État se doit de respecter les conditions d'exercice de compétences dites « partagées ».

Quant à l'impact du droit primaire sur le contenu des règles de conflit de lois, il semble affecter surtout l'applicabilité de dispositions impératives. En effet, le principe d'autonomie de la volonté apparaît comme un corollaire des libertés de circulation et est d'ailleurs préservé par la directive sur le commerce électronique. L'article 4 de la convention de Rome, de son côté, contient, dans sa référence au concept du débiteur de la prestation caractéristique, une explicitation avant la lettre du principe de la loi d'origine que tend à consacrer le droit dérivé, mais il pourrait en aller autrement de la clause d'exception. S'agissant des dispositions impératives, il est clair, depuis l'arrêt *Arblade* du 23 novembre 1999 de la Cour de justice (4), que des « lois de police » se doivent de respecter les termes généraux du régime des entraves aux échanges, à savoir reposer sur un but légitime d'intérêt général et respecter le principe de proportionnalité. De telles conditions servent à délimiter les titres respectifs de la loi de destination et de la loi d'origine d'un produit ou d'un service, et le test déterminant revient à vérifier si le produit ou service auquel est opposée la loi de destination obéit déjà au souci de protection qu'exprime la loi d'origine. L'effet direct du droit primaire suffit certes à assurer le respect de telles conditions, mais leur explicitation dans le droit dérivé procéderait non seulement d'un souci de sécurité juridique : elle découlerait aussi de la nécessaire conformité du droit dérivé au droit primaire.

Quant au contenu d'une révision de l'article 5, l'expérience – notamment dans les affaires des Grandes Canaries en Allemagne – a montré une inadéquation de la disposition aux nécessités de la pratique. Il s'avère que le domaine matériel (§§ 1er et 4) et la définition des contrats internationaux couverts (§ 2) sont excessivement étroits, tandis que l'application de la loi du consommateur ne correspond pas nécessairement à un objectif de faveur. De son côté, le professionnel réalise qu'il lui est préférable d'éviter une clause de choix du droit applicable, qui ne pourrait que favoriser le consommateur.

Le groupe de travail propose ainsi d'élargir le domaine de la disposition à tout contrat conclu avec un professionnel, sans exclusion. Quant à la loi du contrat, elle serait désormais déterminée conformément aux dispositions générales de l'article 4. Ainsi, la règle préserverait le principe d'origine et soumettrait la protection du consommateur, en première ligne, à la loi d'origine. La disposition spéciale revêtirait un caractère dérogoire. Le champ de cette dérogation serait plus étendu que dans l'article 5 actuel puisqu'il ne serait plus requis que le consommateur soit passif. En

contrepartie, la protection ne jouerait que si la résidence du consommateur pouvait être connue du professionnel. De plus, la protection serait exclue dans deux hypothèses déterminées, qui correspondent à des cas de commerce local, soit que le consommateur se soit rendu physiquement dans le pays du fournisseur de sa propre initiative, soit que la livraison ait eu lieu dans le pays du fournisseur.

La disposition proposée devrait répondre aux besoins du commerce électronique, qui, de l'avis du groupe de travail, ne devrait pas relever de règles spéciales. En effet, le fournisseur est protégé dans la mesure où son ignorance de la résidence du consommateur était légitime. Dans l'esprit de la proposition, la connexion à un site ne vaut pas déplacement dans le pays du fournisseur. A juger autrement, la protection du consommateur électronique serait purement hypothétique.

L'article 5 nouveau serait ainsi rédigé :

1. Le présent article s'applique aux contrats ayant pour objet la fourniture d'un bien mobilier ou immobilier ou d'un service à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, par une personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle.
2. La loi applicable en vertu des articles 3, 4 et 9 ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat, lorsque le fournisseur connaissait le lieu de cette résidence ou ne l'a ignoré qu'en raison d'une négligence de sa part.

L'alinéa précédent n'est pas applicable :

- a) lorsque le consommateur s'est rendu dans le pays du fournisseur sans y avoir été incité par celui-ci en vue d'y conclure le contrat, ou
- b) lorsque le bien ou le service a été ou devait être fourni dans le pays où était situé l'établissement qui a fourni ou devait fournir le bien ou le service, sauf si le consommateur a été incité par le fournisseur à se rendre dans ce pays en vue d'y conclure le contrat.

Le groupe de travail propose également d'adapter l'article 6 de la convention aux nouvelles réalités du détachement international de travailleurs, en tenant compte de la directive 96/71 du 16 décembre 1996. Un nouveau paragraphe pourrait être ajouté, qui assure au travailleur détaché la protection de certaines dispositions impératives du pays du détachement. Deux formulations sont envisageables, l'une, simple, consistant à renvoyer à la directive, l'autre, lourde, consistant à paraphraser le contenu de l'article 3 de la directive. Le premier procédé a pour inconvénient majeur de limiter la protection au détachement « régional », puisque la directive concerne seulement le travailleur détaché dans la Communauté par un employeur établi dans la Communauté.

En ce qui concerne les lois de police, le groupe de travail estime qu'il convient de limiter, essentiellement, la portée du paragraphe 2 de l'article 7 afin d'en assurer la compatibilité avec le traité CE. La formulation d'une telle disposition serait assurément délicate, et le Groupe propose à cet égard plusieurs variantes, inspirées de termes utilisés par la Cour de justice :

Variante 1 :

Lors de l'application des dispositions impératives de la loi d'un État membre à une marchandise légalement produite et commercialisée dans un autre État membre ou au prestataire d'un service fournissant légalement des services analogues dans un autre État membre [ou à un employeur occupant légalement un travailleur dans un autre État membre], il est tenu compte de dispositions impératives équivalentes de la loi de cet État.

Variante 2 :

Pour décider s'il doit être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un État membre en vue de la protection d'un but d'intérêt général, il est tenu compte de l'existence d'une protection [essentiellement comparable] [équivalente] assurée par la loi de l'État membre [de provenance d'un bien ou dans lequel le prestataire d'un service ou l'employeur est établi, lorsque cette loi est applicable à la situation] [qui régit le contrat].

Variante 3 :

Il ne peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un État membre justifiées par une raison d'intérêt général que dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par la loi de l'État membre [de provenance d'un bien ou dans lequel le prestataire d'un service ou l'employeur est établi] [qui régit le contrat].

La première variante met en avant la notion d'équivalence, tandis que les variantes 2 et 3 évoquent aussi l'intérêt général, la variante 3 sous une structure de phrase qui rappelle celle de l'article 7, paragraphe premier, de la convention. Une difficulté de l'exercice consiste, notamment, à identifier avec précision la loi d'origine : est-ce la loi du contrat ou celle de l'établissement du fournisseur ? Une autre question porte sur l'impact de la disposition sur l'article 5 de la convention. Dans l'affirmative, celui-ci risque de perdre tout effet utile.

Le débat a porté successivement sur le contexte institutionnel d'une révision de la convention de Rome, et sur le contenu d'une révision.

## 2. Contexte institutionnel de la révision

L'examen du contexte institutionnel a porté sur le domaine spatial des règles à adopter et sur le choix du type d'acte.

La majorité des membres du Groupe estiment préférable, sous l'angle de la discipline du droit international privé, d'adopter des règles de conflit susceptibles de désigner le droit d'un « pays tiers ». Cette expression est préférée à celle de « règle de caractère universel » qu'utilise la convention de Rome, car celle-ci donne à entendre que l'auteur de ces règles entendrait légiférer pour le monde entier, ce qui dépasserait assurément le champ de ses propres compétences, fût-il un État ou la Communauté. La discussion a montré également que le droit communautaire pourrait engendrer une variété de règles « régionales », à mi-chemin entre la règle « universelle » et celle qui ne l'est pas. De telles règles seraient susceptibles, techniquement, de désigner le droit d'un État tiers, tout en ayant un domaine d'application limité à des situations qui présentent un lien de rattachement déterminé avec la Communauté. Toutefois, la majorité des membres du Groupe estiment qu'une telle éventualité devrait être écartée, pour plusieurs motifs : la coexistence de règles de conflit à plusieurs étages complique le processus de détermination du droit applicable ; et la règle de conflit communautaire doit pouvoir couvrir toute situation susceptible d'affecter les échanges entre États membres, même potentiellement – dans le cas d'un contrat initialement extracommunautaire s'intégrant dans l'espace communautaire à l'occasion, par exemple, d'une cession – ou partiellement – dans le cas d'un ensemble complexe de contrats interconnectés. Pratiquement, l'absence de toute connexion significative avec le territoire de la Communauté pourrait se manifester à l'occasion de la mise en œuvre d'un *for* exorbitant, d'une clause d'élection de *for* ou de mesures provisoires. Encore pourrait-on songer à élaborer des règles de conflit de systèmes, dissociant *for* du raisonnement et *for* du jugement, mais une telle perspective relève encore de la théorie, n'étant pas susceptible, en l'état, de générer des règles suffisamment élaborées. Au demeurant, le droit américain, non plus, n'exprime pas réellement la nécessité d'un système à double étage. Autre chose est la question d'une préservation d'intérêts propres au marché intérieur, mais il semble qu'un tel impératif trouve à s'exprimer au travers du concept d'ordre public communautaire, et spécialement à propos de l'applicabilité des lois de police. Il est vrai que, pour certains membres du Groupe, puisque la lettre même du traité CE exige une affectation du « fonctionnement » du marché intérieur, une compétence étendue de la Communauté serait exclue : le droit communautaire connaît une distinction entre compétence interne et compétence externe, et les compétences communautaires ne sont que d'attribution. D'autres estiment qu'il y a lieu de considérer le caractère évolutif de l'étendue des compétences, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice.

Le Groupe estime ainsi que, souhaitable sous l'angle du droit international privé, l'adoption de règles communautaires de conflit qui se substitueraient aux règles nationales de droit commun se devrait encore de surmonter les doutes susceptibles d'affecter les limites exactes des compétences externes de la Communauté. A tout le moins, la possibilité d'élaborer des règles susceptibles de désigner le droit d'un État tiers apparaît-elle comme certaine, le doute subsistant, sous l'angle de la compétence communautaire, d'étendre ces règles à des situations dépourvues de liens significatifs avec des États membres.

Quant au choix du type d'acte à adopter, le Groupe estime que le règlement présente des avantages par rapport à la directive. Non seulement parce qu'il est applicable immédiatement et que sa mise en œuvre échappe ainsi aux incertitudes de la transposition d'une directive, risque dont l'expérience a montré l'ampleur à propos de règles de conflit de lois. Mais encore, la directive pourrait signifier un retrait dans l'uniformisation par rapport au règlement, puisque le mouvement en cours n'est pas de passer d'une disparité de législations nationales à un rapprochement, mais de modifier des règles communes existantes. Le règlement s'imposerait en tout cas dans l'hypothèse de l'adoption de règles de caractère régional.

## 3. Modification de l'article 5

Le débat a porté principalement sur deux questions concernant respectivement l'orientation générale de la disposition et la condition relative à la connaissance de la résidence du consommateur par le fournisseur.

Quant à l'orientation générale de la proposition, certains redoutent un changement de perspective qui soit défavorable au consommateur, pour plusieurs motifs : l'application de la loi de sa résidence est désormais limitée au seul domaine des lois impératives, alors même que le fournisseur pourrait s'attendre normalement à voir appliquée cette loi pour le tout ; la méthode exige du consommateur une comparaison soignée des lois en présence afin de déterminer celle qui lui est le plus favorable. D'autres font observer encore qu'à la différence de la règle actuelle, la nouvelle disposition dissocierait compétence juridictionnelle et compétence législative puisque le juge de la résidence du consommateur, désigné en vertu du règlement Bruxelles I, soumettrait normalement le contrat à la loi désignée par l'article 4 de la convention.

L'orientation proposée est pourtant jugée acceptable. En effet, la restriction concernant le domaine de la loi du consommateur est compensée par un élargissement sensible de la catégorie de contrats



concernés, notamment sous l'angle de la détermination du consommateur passif. De plus, le travail de droit comparé est déjà requis aujourd'hui en cas de choix de la loi applicable par les parties, tandis qu'il revient au juge de soulever d'office la règle impérative de protection, selon l'enseignement récent de l'arrêt *Oceano Grupo* de la Cour de justice (5). Enfin, la relation proposée entre les articles 4 et 5 tend à s'aligner sur le principe de la loi d'origine qui inspire le droit dérivé, signifiant que la loi du pays de destination d'un produit ou d'un service ne pourrait concerner que les dispositions justifiées par un motif d'intérêt général.

Quant à la condition de connaissance de la résidence du consommateur par le fournisseur, le débat a montré la nécessité de ne pas affaiblir la position du consommateur en alourdissant pour lui la charge de la preuve, et d'adopter une disposition qui convienne au commerce électronique. D'aucuns suggèrent la suppression de cette condition, pour le motif qu'elle est de nature à susciter des litiges et que, plus fondamentalement, la problématique intéresse moins la présence d'une faute de comportement qu'une allocation correcte de risques. D'autres se demandent encore comment le fournisseur pourra savoir qu'il a affaire à un consommateur. Mais la plupart insistent sur la nécessité d'établir une règle politiquement acceptable qui équilibre les intérêts en présence, étant peu réaliste de proposer l'application inconditionnelle de la loi de la résidence du consommateur.

Les membres constatent qu'actuellement le commerce électronique souffre d'un manque de confiance des consommateurs quant à la sécurité juridique de la transaction mais aussi que le fournisseur se doit d'accepter le risque d'une présence sur le marché mondial auquel il offre ses produits ou services, sauf à créer un site susceptible de limiter son offre à certains pays. La pratique montre toutefois qu'à côté de sites qui ne s'adressent qu'aux consommateurs d'un pays déterminé, d'autres ne cherchent pas à demander au consommateur à s'identifier par le lieu de sa résidence. Dans un tel cas, le consommateur n'est pas à même de contribuer à la connaissance de ce lieu par le vendeur et n'a d'autre choix que de refuser la transaction s'il ne veut pas voir appliquée la loi du vendeur.

Ainsi, la charge de la preuve devrait incomber au fournisseur. Cette preuve ne devrait pas porter exactement sur l'adresse du consommateur, car cet élément est non seulement superflu pour les besoins du droit international privé, il pourrait aussi heurter certains consommateurs ou certaines lois de protection de la vie privée. Pratiquement, le fournisseur électronique se devra d'utiliser un site prévoyant une demande d'identification du pays du consommateur, la sanction étant pour lui que la règle de protection du consommateur est applicable. La condition apparaît ainsi, pour certains, comme un élément d'une politique « proactive », incitant le fournisseur à chercher à connaître les informations nécessaires à la transparence de la conclusion d'un contrat international à distance.

Le Groupe convient que la condition de connaissance doit être détachée de toute idée de négligence. La condition de connaissance doit s'attacher plutôt aux circonstances objectives qui ont entouré la conclusion du contrat. A cet égard, il importe que le fournisseur mette le consommateur en mesure de faire connaître le pays de sa résidence, étant entendu qu'il appartient à celui-ci de répondre à la question, et ce de manière loyale – c'est-à-dire sans tromper le fournisseur sur la localisation réelle de la résidence – s'il veut bénéficier de la protection. Ainsi, la règle proposée permet à chaque partie de connaître les risques de la transaction qu'il s'apprête à conclure.

#### 4. Règles impératives et lois de police

La proposition d'ajouter à l'article 3, paragraphe 3, une disposition concernant les cas intracommunautaires s'écarte, dans la formulation de la partie finale, de celle du paragraphe 3 actuel dans la mesure où il faut à la fois tenir compte de l'absence d'effet direct horizontal des directives et du souci d'éviter une application systématique de la loi du for. Il est entendu que la référence à un État membre n'empêche pas l'inclusion d'un État de l'Espace économique européen, conformément à la procédure pertinente.

La proposition fait l'objet de deux critiques, qui concernent le domaine étroit de la disposition. D'une part, elle ne concerne que les situations strictement intracommunautaires, dont tous les éléments sont localisés dans la Communauté, alors qu'elle pourrait inclure aussi des situations n'ayant que des liens significatifs avec celle-ci. D'autre part, elle ne vise que l'applicabilité de règles découlant du droit dérivé sans inclure le respect des droits fondamentaux.

Toutefois, la portée de la disposition ne saurait être exagérée et doit se comprendre dans la structure d'ensemble de la convention ou de l'acte communautaire à venir. Elle ne concerne que l'hypothèse où les parties ont fait usage de l'autonomie de la volonté et tend, à cet égard, à établir une règle d'applicabilité minimale pour les directives qui n'en contiendraient pas ; la disposition a pour complément l'article 7, dont elle se distingue non seulement par son caractère plus contraignant mais encore parce que l'article 7 vise des dispositions qui expriment leur volonté d'application par une règle d'applicabilité spécifique, soulignant ainsi la nature particulière de l'impérativité attachée aux dispositions en cause. L'article 7, ou toute autre règle d'applicabilité issue de la transposition d'une directive, a vocation à régir des situations communautaires ayant des liens avec des États tiers. Quant au respect des droits fondamentaux, il dépasse largement l'hypothèse de l'usage de l'autonomie de la volonté et se conçoit plutôt dans le cadre d'une disposition insérée parmi des dispositions générales, voire liée à l'article 20, non sans souligner que la problématique s'attache tout aussi bien à celle de l'exception d'ordre public que vise l'article 16.

Quant à l'ajout d'un paragraphe 3 à l'article 7 dans le but de sauvegarder le respect du droit primaire des entraves aux échanges, le débat montre une hésitation dans le libellé d'une disposition qui devrait éviter un double écueil. D'abord, il peut être délicat de formuler de manière synthétique la substance du droit primaire, et plus précisément l'interaction de la loi d'origine et de la loi de destination. Ensuite, il faudrait éviter de pétrifier une règle aussi fondamentale dans un texte somme toute marginal au regard de la problématique des libertés de circulation. S'il est vrai que la jurisprudence *Arblade* (6) permet désormais d'entendre sous une formulation synthétique les conditions de compatibilité d'une loi de police avec le droit primaire, conditions qui font apparaître l'importance des concepts d'intérêt général et d'équivalence, certaines incertitudes demeurent à propos de la qualification d'une règle de droit civil comme une entrave au sens du traité CE, notamment au sens de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves dites aléatoires ou hypothétiques.

Malgré de telles réserves, la présence d'une référence aux exigences du droit primaire est utile car elle attire l'attention du praticien sur la problématique, voire est nécessaire dans la mesure où un acte communautaire – dans l'hypothèse d'un formatage de la convention – ne saurait comporter une disposition contraire au traité CE. A cet égard, le droit communautaire est susceptible de faire émerger une nouvelle approche du droit des conflits de lois en Europe, qui ait égard au respect du principe de reconnaissance mutuelle, à la manière d'une « Full faith and credit clause » européenne.

Une telle disposition devrait affecter toute règle impérative d'un État membre, fût-elle celle du for ou d'un droit étranger. En ce sens, elle concerne autant le paragraphe premier que le paragraphe 2 de l'article 7. Il est proposé de l'insérer dans un paragraphe 3 de l'article 7, sans négliger pour autant qu'elle puisse intéresser aussi des règles impératives de protection du consommateur ou du travailleur.

Au terme du débat, le Groupe adopte le texte d'une proposition de modification des articles 3, 5 et 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980, et de l'article 15 de la proposition de règlement Bruxelles I (Z).

### III. – Examen du droit dérivé

E. JAYME présente le dossier qu'il a préparé avec C. KOHLER concernant l'évolution du droit dérivé et sa transposition dans les États membres au cours de l'année écoulée. La transposition par l'Allemagne de la directive 96/71 concernant le détachement des travailleurs (8) et la nouvelle formulation des dispositions concernant la protection du consommateur dans l'article 29a EGBGB ont attiré particulièrement l'attention.

Quant au contrat de consommation, l'article 29a EGBGB nouveau regroupe sous une formulation unique les règles d'applicabilité présentes dans les directives 93/13 (clauses abusives) (9), 94/47 (timeshare) (10) et 97/7 (contrats à distance) (11). Elle tend à assurer l'application des règles de transposition de ces directives en vigueur dans l'État membre avec lequel le contrat présente des liens étroits, lorsque ce contrat contient un choix du droit d'un État tiers, et elle précise que la concrétisation du lien étroit correspond en particulier à des critères de localisation qui correspondent à ceux que prévoit l'article 5 de la convention de Rome pour définir le consommateur passif. Par rapport à la version antérieure, cette disposition constitue un progrès puisqu'elle permet de désigner un droit étranger. On aperçoit cependant qu'elle n'exige pas de comparaison entre la loi qu'elle désigne et la loi choisie par les parties. De plus, elle ne concerne que des matières visées par des directives qui contiennent des règles de conflit de lois, les autres cas tombant alors curieusement dans le domaine des dispositions distinctes de l'article 29 EGBGB. Le projet de loi du Liechtenstein évite une telle incohérence. Comme la loi autrichienne sur la protection des consommateurs, la disposition se réfère au droit objectivement applicable en l'absence de choix lorsque ce droit est celui d'un État membre. Ainsi se confirme, comme on l'avait observé lors de réunions antérieures, que deux méthodes dominantes ont été utilisées pour la transposition de ces directives, l'une tendant à définir le lien étroit, l'autre se référant au droit objectivement applicable d'un État membre.

Quant au détachement du travailleur, la loi allemande relative aux conditions de travail applicables en cas de prestations transfrontières de services transforme pratiquement la règle de conflit de lois de la directive en règle impérative d'application immédiate, qui n'exige pas de recherche de la loi la plus favorable au travailleur. De plus, le texte n'évoque pas l'hypothèse du détachement mais s'étend à tout travail exécuté en Allemagne et n'accorde aucune pertinence au fait du détachement pour la détermination du droit applicable. En ce sens, il constitue une modification de l'article 6 de la convention de Rome, auquel il ôte tout effet utile en Allemagne. Il est vrai que l'article 7, paragraphe 2, de la convention laisse une place assez large aux lois de police nationales, mais il ne semble pas que cela autorise l'État à ôter tout effet utile à une règle de conflit de lois uniforme. Cette situation, qui s'explique du fait que la loi ne fait que modifier formellement une autre loi allemande, et non une convention internationale, justifie que la Communauté s'efforce de formater la convention en acte communautaire puisque, dans ce cas, l'État membre est contraint de respecter le droit communautaire. Il est vrai que l'article 6 de la convention de Rome, en ne tenant pas compte du détachement, favorise le dumping social et devrait, de ce fait, être révisé. Mais de son côté, la transposition allemande de la directive pourrait, en raison de la rigidité de l'application de la loi d'accueil, se révéler contraire au traité CE – comme à la directive –, en ce qu'elle ne permet pas l'application de la loi la plus favorable au travailleur. Il est vrai que la loi allemande tend à protéger le travailleur étranger détaché en Allemagne, comme il est vrai aussi qu'un travailleur étranger peut vouloir renoncer à certains avantages de la loi d'accueil, par exemple en matière de durée du travail.

En tout état de cause apparaissent deux logiques contradictoires susceptibles de fonder une règle de conflit de lois, l'une qui promeut la liberté de circulation, l'autre qui réalise la politique de l'emploi de l'État d'accueil.

1. Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.
2. Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires.
3. Convention du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.
4. Aff. C-369/96 et 376/96.
5. CJ, 27 juin 2000, aff. C-240/98 e. a.
6. CJ, 23 novembre 1999, aff. C-369/96 et 376/96.
7. V. Documents du GEDIP.
8. 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.
9. 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.
10. Directive 94/47 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, JO 1994, L 280/83.
11. Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO 1997, L 144/19.

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

---

Responsable de la page: [Bernadette Martin-Bosly](#)  
Dernière mise à jour le 22-09-2011