

Onzième réunion
Lund, 21 - 23 septembre 2001

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Le Groupe a continué, au cours de sa onzième réunion, l'étude des questions de droit international privé concernant le partenariat, ainsi que la préparation d'une révision de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, travaux entamés lors des deux réunions précédentes. Il a également examiné l'actualité du droit communautaire dérivé en matière de droit international privé, notamment l'impact de la directive sur le commerce électronique.

L'organisation de ces travaux a pu bénéficier de l'aide de la Fondation Marcus Wallenberg pour la coopération scientifique internationale (Marcus Wallenbergs Stiftelse för internationellt vetenskapligt samarbete).

I. – Révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux contrats

P. LAGARDE présente l'état des travaux du Groupe ainsi que du groupe restreint qui s'est réuni à Milan dans le courant de l'année. Lors de la réunion de Rome, le Groupe avait élaboré une nouvelle version de l'article 5, relatif aux contrats de consommation, et introduit des dispositions nouvelles relatives aux règles impératives, en relation avec l'impact du droit communautaire (article 3, § 3, et article 7, § 3).

Le groupe restreint propose un ajustement des dispositions relatives au contrat de travail (article 6) ainsi qu'une adaptation des dispositions relatives à la forme des actes (article 9) comme une suite des modifications apportées à l'article 5. D'autres dispositions encore pourraient nécessiter des améliorations, comme l'article 12 relatif à la cession de créances, qui ne règle pas la question de l'opposabilité de la cession aux tiers.

1. Relations individuelles de travail

La proposition formulée par le groupe restreint ne bouleverse pas la structure de l'article 6, à la différence de ce qui avait été fait pour le contrat de consommation : l'article 5 avait été accroché aux articles 3 et 4 tout en renforçant la protection du consommateur. Cette structure se caractérise, en ce qui concerne le rattachement même du contrat, par la confirmation de l'autonomie des volontés, par l'utilisation, au titre du rattachement objectif, du critère du lieu d'exécution principale des prestations et par le recours à une clause d'exception.

Le texte proposé par le groupe restreint est le suivant :

Dans la perspective d'un formatage de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en acte communautaire, le paragraphe 2 de l'article 6 est remplacé par le texte suivant :

« 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, même en cas de détachement pour une période limitée dans un autre pays. Un détachement qui aura duré effectivement plus d'une année est présumé, sauf preuve contraire, n'avoir pas été fait pour une période limitée. La qualification de détachement n'est pas exclue par la conclusion d'un contrat de travail avec un autre employeur, pour autant que subsiste une relation de travail avec le premier employeur».

Un paragraphe 3 est ajouté, comme suit :

« 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 ».

L'effort s'est concentré sur la problématique du détachement. Le texte actuel neutralise celui-ci, puisque l'existence d'un détachement n'a pas d'incidence sur la désignation du droit applicable au contrat. Cette problématique comporte deux aspects.

D'abord, il convient de la situer correctement par rapport à la directive 96/71. A cet égard, l'article 6 actuel occupe une place subsidiaire, étant donné la priorité du droit communautaire dérivé. En cas de formatage en acte communautaire, il serait utile que celui-ci précise la priorité de cette directive spéciale – puisque la primauté du droit dérivé sur le droit conventionnel serait désormais hors de propos –, comme le propose l'article 6, paragraphe 3, nouveau. Pratiquement, l'article 6 ne concernerait plus que les travailleurs détachés en provenance de pays tiers. Toutefois, la directive prévoit que les entreprises de pays tiers « ne peuvent pas obtenir de traitement plus favorable » que les entreprises d'États membres (article 1er., § 4), ce qui pourrait être le cas si leurs travailleurs détachés restent soumis aux dispositions moins favorables de leur pays d'origine. Le cas échéant, cet objectif pourrait être réalisé par le biais de l'article 7.

Ensuite se pose la question de la définition du détachement. Le groupe restreint a envisagé trois difficultés : faut-il apprécier l'existence d'un détachement temporaire ex ante, à savoir au moment où celui-ci est envisagé, ou ex post, au moment où celui-ci a été effectué ? Faut-il fixer une durée maximale pour le détachement ? Comment apprécier le détachement au sein d'un groupe de sociétés ? La proposition du groupe restreint consiste à définir le rattachement ex ante, à établir une présomption de détachement lorsque le déplacement est d'une durée d'un an et à considérer que tout détachement au sein d'un groupe ne suffit pas nécessairement à priver le travailleur du bénéfice de la loi du lieu d'exécution originale lorsqu'une relation de travail est maintenue avec l'employeur originaire.

Le débat montre que la question centrale concerne un changement éventuel du droit applicable au contrat du fait d'un détachement. La tendance est à estimer que la loi d'origine doit continuer à régir le contrat en cas de détachement, mais qu'un changement du droit applicable peut intervenir lorsque le détachement dépasse une certaine durée. De plus, l'article 6 de la convention de Rome est complémentaire par rapport à la directive, plutôt que dérogatoire. En effet, il sert à déterminer le droit qui régit le contrat, alors que la directive énonce des règles ponctuelles de protection en une liste qui est loin de couvrir l'ensemble de la matière contractuelle. D'aucuns font cependant observer que l'article 6 sert aussi à fixer l'applicabilité de règles ponctuelles de protection, tandis qu'il n'est pas exclu qu'à l'avenir, le domaine de la directive s'étende à d'autres dispositions impératives, notamment l'attribution de dommages et intérêts en cas de licenciement.

La discussion a montré que, outre une difficulté d'interprétation liée à la formulation négative de la définition de la durée du détachement et du détachement au sein d'un groupe, la question essentielle concernait la précision à donner à la longueur du détachement et à la détermination de l'hypothèse du détachement au sein d'un groupe.

Le détachement se doit d'être défini comme un envoi pour une durée limitée puisqu'un envoi définitif provoque un changement dans la désignation du droit qui régit le contrat. Toutefois, l'établissement d'une durée fixe risque d'être arbitraire, car un délai d'un an par exemple pourrait être inapproprié dans certains cas de détachement de cadres qui ont lieu pour une durée de deux ou trois ans. De plus, il serait inapproprié de se référer à un délai tel qu'il est prévu par les parties, car il suffirait à l'employeur d'imposer un tel délai pour provoquer un changement du droit applicable ; ou encore, comment apprécier l'existence d'un détachement lorsqu'un licenciement intervient en deçà du délai prévu ? Il est observé que la directive ne définit pas la durée du détachement, se contentant d'évoquer une période limitée. D'aucuns estiment que les termes « à titre temporaire » sont préférables encore parce que plus ouverts. Un accord existe néanmoins pour estimer que l'appréciation de l'existence d'un détachement revient au juge, en fonction des circonstances de l'espèce.

Dans le cas d'un détachement au sein d'un groupe, il est convenu que, contrairement à ce qu'a pu estimer par exemple la jurisprudence française, tout déplacement dans un tel contexte ne supprime pas nécessairement la première relation contractuelle, de sorte que, dans les cas appropriés, l'envoi peut être considéré comme un véritable détachement : cela comporte l'avantage, pour le travailleur, de pouvoir continuer à bénéficier de l'application de la loi d'origine. La discussion a porté sur l'évocation, par la proposition du groupe restreint, du maintien d'une simple « relation » de travail, terme plus souple et plus ouvert que celui de « contrat » de travail. En effet, le travailleur peut être détaché auprès d'une société du groupe avec laquelle un second contrat est conclu formellement, alors que ne disparaît pas tout lien avec l'employeur originaire, par exemple parce que la rémunération nouvelle est alignée sur l'ancienne, ou parce qu'il y a engagement de réintégrer le travailleur au terme du second contrat. Au terme du débat, il est apparu que ce qu'il semble important d'énoncer, c'est que le détachement au sein d'un groupe n'implique pas nécessairement un changement contractuel. Le Groupe estime à tout le moins important d'énoncer une disposition propre au détachement au sein d'un groupe, et convient qu'une utilisation de la clause d'exception ne conviendrait pas dans la mesure où une telle clause doit rester d'interprétation stricte et ne peut engendrer une dérogation valable dans des cas types, qui dépasserait une appréciation limitée aux circonstances de l'espèce.

Le Groupe décide alors de proposer les modifications suivantes au paragraphe 2, littera a), de l'article 6 :

« 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 durée 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 ; ou, »

De plus, l'article 6 comporterait un paragraphe 3, libellé comme suit :

« 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 ».

2. Forme des contrats de consommation

Le groupe restreint propose de supprimer le paragraphe 5 actuel de l'article 9, puisque l'article 5 nouveau dit prévaloir sur l'article 9 en termes de protection due au consommateur : dans cette perspective, la protection spéciale n'a plus de raison d'être dans l'article 9 même. De plus, le groupe a été sensible à la difficulté de localiser le lieu où la personne se trouve – élément retenu par l'article 9 pour déterminer le droit applicable à la forme du contrat – lorsque le contrat a été conclu par voie électronique. Dans cette perspective, il propose d'ajouter un paragraphe nouveau à la fin de l'article 9, ainsi libellé :

« 7. Pour l'application des paragraphes précédents, dans le cas où le lieu où se trouvait la personne qui a émis une déclaration de volonté ne peut être déterminé, ce lieu est réputé être celui de la résidence habituelle de cette personne ».

Le débat fait apparaître la nécessité d'une disposition visant le cas où le lieu où se trouve une personne ne peut être déterminé. Il montre également qu'une telle disposition intéresse à la fois l'hypothèse visée par le paragraphe premier de l'article 9 et celle du paragraphe 2. La formulation proposée comporte l'avantage de couvrir le contrat électronique sans toutefois se limiter à cette hypothèse de contrat à distance, ou sans exclure nécessairement que, même dans ce type de contrat, le lieu où la personne se trouve puisse être effectivement connu. Cette formulation soulève cependant la difficulté de déterminer à qui incombe la charge de la preuve que le lieu où se trouvait une personne ne peut pas être déterminé, indépendamment du cas où le déclarant parvient à établir lui-même ce lieu. D'aucuns se demandent s'il convient d'introduire une condition analogue à celle qui est proposée pour les contrats de consommation, à savoir que le fournisseur doit établir que l'ignorance du lieu pertinent ne lui est pas imputable. Pourtant, une telle condition se conçoit dans le contexte d'une relation impliquant une partie faible, et le consommateur est déjà protégé par l'article 5 qui, selon la proposition nouvelle, affecte désormais aussi la question de la forme du contrat. Une autre solution pourrait consister à ôter de l'alternative la référence au lieu de situation, de sorte que seule la loi qui régit le contrat au fond serait alors pertinente. Toutefois, une telle règle spéciale contredirait une politique communautaire tendant à interdire une défaveur à la conclusion du contrat par voie électronique, alors que l'adoption d'une règle alternative permet précisément de limiter le risque d'entrave.

Au terme du débat, il est décidé de fusionner les paragraphes premier et 2 de l'article 9, et d'ajouter à l'alternative une référence au lieu de la résidence de l'une ou l'autre des parties. De cette façon, le lieu de situation d'une personne reste pertinent chaque fois que la partie qui y a intérêt parvient à établir ce lieu, et l'intervention du lieu de résidence permet de maintenir une alternative au cas où le lieu de situation reste indéterminé. Le lieu de résidence d'une partie est retenu même si l'autre partie ignorait ce lieu au moment de la conclusion : celle-ci assume donc un risque si elle ignore ce lieu à ce moment.

D'aucuns estiment qu'il convient également de retenir le lieu de résidence du représentant dans le cas visé au paragraphe 3 de l'article 9. Toutefois, cette disposition se contente de substituer le représentant au contractant comme élément de référence pour la localisation de la situation d'une personne : le représentant reste tiers au contrat principal, de sorte que le lieu de sa résidence doit rester indifférent pour localiser celui-ci.

En revanche, la référence au lieu de résidence devrait valoir aussi pour l'hypothèse de l'acte juridique unilatéral (§ 4). En effet, le texte actuel évoque le lieu où cet acte est intervenu, alors que le recours à la voie électronique peut rendre ce lieu aléatoire ou indéterminé.

Le Groupe propose alors d'apporter les modifications suivantes à l'article 9 :

Les paragraphes premier et 2 sont remplacés par le paragraphe suivant :

« 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. »

Le paragraphe 3 devient le paragraphe 2 et les termes «des paragraphes 1 et 2» sont remplacés par les termes «du paragraphe premier».

Le paragraphe 4 devient le paragraphe 3 et est libellé comme suit :

« 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.»

Le paragraphe 5 est supprimé.

Le paragraphe 6 devient le paragraphe 4 et les termes « Nonobstant les dispositions des quatre premiers paragraphes » sont remplacés par les termes « Nonobstant les dispositions des trois premiers paragraphes ».

Au terme des travaux entrepris au cours de cette réunion et des réunions précédentes, le Groupe a réalisé une actualisation des dispositions principales de la convention de Rome, relatives aux contrats concernant une partie faible et aux lois de police. Le travail d'ensemble n'est pas terminé pour autant puisque, en cas de formatage en acte communautaire, les articles 20 à 23 devraient subir une adaptation. De plus, l'article 12 devrait régler la question de l'opposabilité au tiers d'une cession de créances.

II. – Divorce, partenariat enregistré et droit international privé

K. SIEHR présente l'état des propositions concernant les matières du divorce et du partenariat. Ces propositions ne contiennent aucune disposition sur les conflits de juridictions en matière de divorce, puisque le règlement Bruxelles II suffit désormais à couvrir ces questions.

1. Droit applicable au divorce

Les propositions se caractérisent par un rejet de l'application du droit du for en raison du risque important de forum shopping engendré par le règlement Bruxelles II. Elles consacrent une option de législation limitée – permettant un choix du droit du pays dont l'un des époux a la nationalité, du droit du pays de la résidence de l'un d'eux ou du droit du for. A défaut de choix, elles utilisent une échelle de Kegel inversée, désignant le droit du pays de la résidence actuelle commune, à défaut le droit du pays de la dernière résidence commune si l'un des époux réside encore dans ce pays, à défaut le droit de la nationalité commune, et à défaut le droit du pays avec lequel la relation a les liens les plus étroits.

Le débat porte principalement sur le titre à l'application du droit du for et sur les compétences de la Communauté pour adopter des règles de rattachement uniformes en matière de divorce.

La désignation du droit du for comporte plusieurs avantages : elle permet d'éviter de devoir appliquer un droit étranger difficile à connaître dans un contentieux extrêmement abondant ; elle s'adapte au type de divorce connu dans les pays scandinaves, qui connaissent le divorce administratif ou le divorce fondé sur la volonté unilatérale ; elle ne prêterait guère à conséquence en termes d'harmonie internationale des solutions dans la mesure où les disparités des droits matériels ne sont plus aussi considérables que dans le passé. Toutefois, la solution se heurte aussi à plusieurs objections. Les unes découlent de problématiques situées en amont et en aval de la question du droit applicable au divorce : d'un côté, il faut être attentif à l'incidence de la configuration des règles de compétence établies par le règlement Bruxelles II, puisque le forum shopping qui peut en résulter donne un avantage au demandeur. D'un autre côté, l'application du droit du for au divorce entraînerait celle du même droit pour l'attribution d'aliments, dans les pays liés par la convention de La Haye du 2 octobre 1973. D'autres objections sont liées au contexte communautaire des règles qui pourraient être adoptées. D'un côté, il est peu concevable qu'un acte communautaire encourage à l'application du droit du for dans le contexte de la liberté de circulation, tandis que l'application du droit étranger est conforme à un objectif de diversité culturelle que respecte le droit communautaire. D'un autre côté, l'appréciation du degré de disparité des législations nationales variera selon que l'acte se limite aux relations intracommunautaires ou s'étend à toute relation internationale (règles universelles). Dans le second cas, le droit comparé est loin de présenter une équivalence des droits nationaux. Et même entre États membres, des divergences décisives affectent encore la détermination des causes du divorce.

La compétence de la Communauté pour adopter un acte portant des règles de rattachement uniformes en matière de divorce soulève deux types de questions, l'une relative à l'attribution d'une telle compétence et l'autre, à l'exercice de celle-ci. Une chose est de déterminer si l'adoption de telles règles est « nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur » au sens de l'article 65 CE : l'affirmative semble s'imposer a priori, mais elle ne suppose pas moins une étude concrète de l'état de disparité des législations autant que de l'impact pratique des dispositions du règlement Bruxelles II concernant la reconnaissance des décisions : en effet, ces dispositions excluent toute révision au

fond et, partant, tout contrôle de la loi applicable. Une autre chose encore est de fixer l'étendue des compétences externes en la matière : les règles communes doivent-elles concerner seulement les relations intracommunautaires, ou s'étendre à toute relation internationale ? Si la seconde solution paraît préférable a priori, l'alternative peut avoir une incidence sur le contenu des règles à adopter : la désignation du droit du for paraît plus risquée à propos des situations internationales, en raison du degré de disparité du droit comparé mais aussi parce que, en l'absence de régime conventionnel de reconnaissance des décisions, il n'est pas garanti qu'une décision d'un État membre appliquant le droit du for puisse être reconnue dans un pays tiers.

Au terme du débat, le Groupe constate qu'il existe des divergences sur l'opportunité même de l'exercice immédiat des compétences communautaires en la matière, tandis que le niveau de disparité des législations nationales ne devrait pas être sous-estimé. Quant au contenu de règles communes éventuelles, celles-ci ne devraient pas privilégier l'application du droit du for ; la faculté d'une option de législation ne devrait pas être exclue ; en cas d'absence de choix du droit applicable, le pays de la dernière résidence habituelle des époux devrait fournir un critère de référence, mais des hésitations subsistent quant à la détermination d'un critère subsidiaire : l'application du droit du for a fait l'objet de critiques, tandis qu'une référence subsidiaire au critère des liens les plus étroits pourrait s'avérer peu opérationnelle dans le bas de l'échelle de Kegel. De plus, la problématique du droit applicable au divorce ne peut pas être traitée sans évoquer aussi celle du rattachement de l'obligation alimentaire entre ex-époux, notamment eu égard au contenu de l'article 8 de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 (1).

2. Partenariat

K. SIEHR propose au Groupe de raisonner sur le contenu d'un acte communautaire éventuel, sans s'interroger sur la question de l'opportunité d'un tel acte. La détermination de la compétence internationale pourrait reposer sur l'existence d'un lien minimum, sans exiger de critère aussi strict que, par exemple, la possession de la nationalité du for. Pour la détermination du droit applicable, la question de la validité de la relation pourrait être régie par le droit du for, ou par le droit du lieu de conclusion selon des modalités inspirées de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages ; la question des effets serait régie par le droit applicable à la validité de la relation, sauf pour les effets successoraux ; ce droit devrait aussi avoir un titre subsidiaire à régir la question des aliments. La cessation de la relation relèverait de dispositions inspirées du règlement Bruxelles II, tandis que la règle de rattachement désignerait le droit qui régit la validité de la relation, en raison du fait que beaucoup de législations nationales ignorent encore l'organisation du partenariat. Quant à la reconnaissance d'un partenariat conclu à l'étranger, il est proposé de s'inspirer, en ce qui concerne la conclusion de la relation, du modèle de la convention de La Haye précitée et, pour la cessation, de différencier selon qu'elle est intervenue par la voie juridictionnelle ou par un acte privé.

L'évolution du droit comparé montre une augmentation constante du nombre de pays qui introduisent une forme de partenariat, en même temps qu'un alignement de certaines formes de partenariat sur le mariage. Le droit néerlandais présente un modèle extrême, puisque la condition de la différence de sexe a disparu des règles sur le mariage : en d'autres termes, l'union homosexuelle est un mariage au même titre qu'une union hétérosexuelle. Quant à la détermination du droit applicable, la situation reste chaotique. S'il est vrai que l'absence de jurisprudence donne à penser que les problèmes pratiques restent exceptionnels, il reste que, comme le montre l'expérience des pays scandinaves, l'hésitation est possible entre un rattachement qui, à l'instar du mariage, retienne la nationalité, et un rattachement centré sur le domicile ou le lieu de l'enregistrement ; et cette expérience suggère que l'adoption d'une règle spéciale de conflit de lois peut avoir pour effet de faciliter la conclusion d'un partenariat plutôt que d'un mariage avec un étranger. De plus, l'existence même d'un partenariat valablement conclu à l'étranger engendre la question de la reconnaissance des effets, essentiellement patrimoniaux, d'une telle relation à l'étranger, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 31 mai 2001 (2).

La détermination de règles de droit international privé relatives au partenariat se heurte actuellement à deux inconnues. D'abord, elle présuppose une définition de la notion de partenariat, car une équivalence avec le mariage pourrait entraîner une application des règles qui gouvernent le mariage. Ensuite, la faisabilité de la formulation d'une règle de rattachement est étroitement liée au degré de clarté des règles nationales actuelles et à l'évolution rapide du droit matériel comparé. Sur ce dernier point, alors que, aujourd'hui, une utilisation systématique de l'exception d'ordre public pourrait réduire à néant l'utilité de toute règle de rattachement multilatérale, il n'est pas exclu que, demain, au gré d'une généralisation du partenariat en droit comparé, la nécessité de règles centrées sur le lieu de l'enregistrement ne se fasse pas sentir aussi nettement qu'aujourd'hui.

La première inconnue affecte déjà la mise en œuvre des règlements Bruxelles I et Bruxelles II, ou de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. En effet, il est important de savoir si la relation de partenariat appartient aux « relations de famille » ou d'« état », ou encore si elle entre dans le concept de « mariage des époux » utilisé par le règlement Bruxelles II. Sur ce dernier point, on peut se demander si la qualification dépend d'une interprétation autonome du règlement, ou si elle dépend du droit national, étant entendu que l'appellation même importe moins que l'essence de l'institution. En tout cas, l'exemple du mariage d'homosexuels en droit néerlandais montre qu'il sera parfois impossible de faire toute distinction entre mariage « traditionnel » et certaines formes alternatives d'union. De plus, il peut y avoir interaction entre partenariat et mariage, chaque fois que la conclusion du premier peut affecter celle du second, voire

la dissolution du second. Au demeurant, l'extension au partenariat de règles de conflit de juridictions n'empêche pas le juge valablement saisi de recourir ensuite à l'exception d'ordre public lors de l'examen du fond ou de la reconnaissance d'une décision étrangère.

La seconde inconnue affecte sensiblement le contenu de la règle de conflit de lois. On voit en effet certains États poser des règles purement unilatérales en raison de l'inexistence de relations équivalentes en droit étranger, ou encore une tendance à concentrer toute question de validité, d'effets ou de cessation autour du critère du lieu de l'enregistrement de la relation. Ce faisant, l'on évite assurément de désigner le droit d'un pays qui ignore l'institution. Pourtant, il ne faut pas négliger les techniques de substitution que connaît le droit international privé général. Ainsi, lorsqu'un juge suisse est saisi d'une demande alimentaire entre partenaires suédois, il peut soumettre la demande au droit suisse tout en interprétant largement la condition de mariage. Ou encore, lorsque le droit applicable aux effets ignore toute institution équivalente à celle que prévoit le droit applicable à la validité de la relation, il est possible d'utiliser une règle subsidiaire permettant de désigner le droit du pays en vertu duquel le lien a été régulièrement établi. D'aucuns estiment donc qu'un rattachement unitaire basé sur le lieu de la création du lien pourrait être dépassé rapidement en raison de l'évolution du droit matériel comparé.

L'existence de telles inconnues handicape certainement l'adoption immédiate d'un acte normatif. Cela n'empêche cependant pas d'examiner la possibilité de formuler des orientations susceptibles d'aider le législateur. Le Groupe décide donc de continuer les travaux, tout en excluant la matière du divorce. Il conviendrait de s'attacher au moins à une approche de la notion même de partenariat, en tentant d'en faire une nomenclature et en vérifiant le degré d'assimilation au mariage, d'examiner le rôle de l'exception d'ordre public, notamment sous l'angle de l'effet atténué, et d'établir une liste des questions techniques que suscite l'absence dans le droit du for de l'organisation d'une relation de partenariat, notamment en termes de compétences d'attribution de l'autorité administrative ou du juge.

III. – Suivi du droit dérivé

M. TENREIRO donne un aperçu du programme de la Communauté en matière civile. Outre la fonction de contrôle de l'application des actes adoptés, la Communauté s'est attachée à définir un programme d'action et à couvrir récemment la question de l'obtention des preuves et de la création d'un réseau judiciaire européen. Des travaux sont en cours en matière de responsabilité parentale (extension de Bruxelles II), d'aide judiciaire, d'indemnisation des victimes d'actes de violence par la création d'un fonds, de médiation. De plus, un nouveau programme-cadre de financement sera adopté en remplacement du programme Grotius. Sont également envisagés l'élaboration d'un titre exécutoire unique pour les créances non contestées, une consultation concernant la révision de Rome I, une consultation sur une procédure européenne d'injonction de payer et sur les petits litiges. S'agissant des relations extérieures, l'attention est centrée sur la conclusion d'une convention mixte en matière de conflits de juridictions, sur la problématique des mesures de protection à l'égard des enfants, sur la révision de la convention de Lugano et sur l'existence des conventions de droit matériel uniforme qui, comme en matière de transports, peuvent comporter une règle particulière de compétence internationale. Quant aux relations avec d'autres organisations internationales, sont à l'ordre du jour des contacts avec la Commission internationale de l'état civil, le Conseil de l'Europe ainsi qu'une adhésion éventuelle à la Conférence de La Haye.

L'examen du droit dérivé porte principalement sur la portée de la directive 2000/31 sur le commerce électronique et sur la transposition de la directive 96/71 sur le détachement de travailleurs (3).

1. Directive sur le commerce électronique

M. FALLON fait état de divergences dans la doctrine quant à l'interprétation de la directive 2000/31 sous l'angle du droit international privé. Ces divergences sont liées à la conjonction de l'article premier, paragraphe 4 – selon lequel la directive n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé –, de l'article 3, paragraphe premier, selon lequel l'État doit veiller au respect, par les prestataires établis sur son territoire, des dispositions applicables dans cet État relevant du domaine coordonné, combiné avec le paragraphe 2 de cet article selon lequel les États autres que l'État de provenance ne peuvent restreindre la liberté de circulation pour des raisons relevant du domaine coordonné, et de l'article 3, paragraphe 3 qui, via l'annexe, exclut du champ de l'article 3, notamment, la liberté pour les parties de choisir la loi applicable au contrat, les contrats de consommation et la validité formelle des contrats portant sur des immeubles soumis à des exigences formelles impératives selon le droit du lieu de situation.

Une première interprétation consiste à voir dans l'article 3 une règle qui désigne le droit matériel du pays de l'établissement du prestataire. Cette règle remplirait la fonction d'une règle de conflit de lois. La circonstance que l'annexe évoque l'autonomie de la volonté ainsi que le rattachement de contrats immobiliers confirmerait que la directive a bien un impact sur le conflit de lois. Seule une telle interprétation donnerait un effet utile à la clause « marché intérieur » qui illustre le principe de l'application de la loi du pays d'origine.

Une seconde interprétation s'attache à l'affirmation selon laquelle la directive n'établit pas de règles de droit international privé, pour en déduire que la référence aux dispositions nationales applicables dans l'État de l'établissement du prestataire couvre aussi les règles de rattachement de ce système

juridique. Ou encore, cette référence vaudrait uniquement pour des exigences d'ordre administratif, concernant l'accès au marché et l'exercice de l'activité professionnelle, à l'exclusion de règles de droit civil.

Une troisième interprétation peut encore être proposée, selon laquelle la référence aux dispositions de l'État de l'établissement du prestataire contient bien une règle dont la fonction est de déterminer le droit matériel applicable, mais cette règle ne serait pas pour autant une règle de rattachement. Il s'agirait bien d'une règle de droit international privé, mais celle-ci n'empêcherait pas le jeu complémentaire des règles de rattachement existantes. Selon cette interprétation, l'évocation de règles de droit international privé par l'article premier se comprendrait comme couvrant ce qui en constitue le noyau dur en matière de conflits de lois, à savoir les règles de rattachement multilatérales. La règle figurant à l'article 3, paragraphe premier, serait une règle d'applicabilité, et les dispositions nationales applicables dans l'État de l'établissement du prestataire seraient en quelque sorte des lois d'application immédiate. De fait, ces dispositions nationales issues de la transposition ne concerneraient que le domaine coordonné, à savoir une liste d'exigences liées à l'utilisation de la voie électronique, mais n'entendraient pas couvrir la relation contractuelle ou quasi délictuelle comme telle, dans son ensemble. Pour les autorités de l'État de provenance, ces dispositions entretiendraient avec les règles de rattachement le même type de relation que, dans la convention de Rome du 19 juin 1980, les dispositions visées par l'article 7, paragraphe 2. Quant aux autorités des autres États, elles seraient amenées uniquement à écarter les règles matérielles du droit désigné par la règle de rattachement du for, selon un mécanisme dérogatoire qui n'est pas sans rappeler l'exception d'ordre public, à la différence que l'effet de l'exception ne saurait être de désigner une règle matérielle du for mais bien, probablement, une règle matérielle de l'État de provenance.

C. KOHLER présente les divergences que présentent les quelques transpositions déjà réalisées. Le texte allemand comporte la particularité de préciser ne pas contenir de règles de droit international privé, puis de soumettre le prestataire allemand au droit allemand, sauf si la règle de rattachement allemande désigne un autre droit, mais ce droit-ci est ensuite écarté s'il cause une entrave aux échanges. Le texte autrichien omet toute allusion au droit international privé et distingue droit public et droit privé. Pour celui-ci, il se réfère au droit désigné par les règles de rattachement du for, avec dérogation au bénéfice de la loi de provenance en cas d'entrave aux échanges. Les textes danois et suédois collent au texte de la directive : ils désignent des règles matérielles tout en utilisant une terminologie de droit public.

J. BASEDOW estime qu'au-delà de textes contradictoires, il faut s'attacher à une interprétation cohérente qui tienne compte de l'objectif poursuivi par une directive appartenant à la « nouvelle approche ». Celle-ci a pour particularité de tendre à écarter les règles impératives du pays d'accueil, celles-ci n'ayant pas de titre à s'appliquer en cas d'équivalence entre les normes en conflit, réalisée par l'harmonisation, et de limiter le rapprochement des législations aux exigences essentielles qui prévalent dans un domaine particulier. Ce domaine est dit « coordonné », mais ce concept soulève une difficulté d'interprétation. Soit il ne couvre que les règles formellement harmonisées, soit il couvre toute règle matérielle concernant le commerce en ligne, ce qui signifierait que la loi d'origine régirait tout le contrat, soit encore l'étendue de la coordination varierait en fonction des matières concernées. J. BASEDOW propose la troisième interprétation : l'accès au marché et la réglementation de la publicité seraient couverts globalement par la directive, de sorte que la loi d'origine s'appliquerait globalement à ces matières ; pour la matière contractuelle, le droit général des contrats ne serait pas couvert par le domaine coordonné, de sorte que son application continuerait de dépendre des règles de rattachement ; pour la matière quasi délictuelle, le domaine coordonné ne contiendrait que les règles sur le comportement en ligne, les autres questions relevant des règles de rattachement.

Le débat confirme l'existence d'une polémique, au sein des institutions communautaires, sur la portée de la directive, aussi bien au sujet des services financiers qu'à propos de l'adoption d'un éventuel acte Rome II. Les professionnels, souvent des micro-entreprises, craignent l'application distributive de lois de pays différents.

Sur le contenu de la directive, les discussions tendent à confirmer l'interprétation selon laquelle, en ce qui concerne le domaine coordonné, il y aurait bien une désignation des règles matérielles du pays de l'établissement du prestataire, et l'annexe, qui ne contiendrait pas des dispositions purement narratives, permettrait aux parties de déroger à cette désignation en faisant choix d'un autre droit, interprétation, il est vrai, difficilement conciliable avec les termes de l'article premier, paragraphe 4. Ces termes peuvent aussi se comprendre comme n'excluant pas de soi le jeu des règles nationales de conflit de lois. Ainsi, dans le cas d'un service émanant d'une entreprise allemande mais destiné au public français, où le droit allemand interdirait cette prestation à la différence du droit français, l'article 3, paragraphe 2, qui s'adresse aux autorités de l'État d'accueil, n'a pas pour ambition d'interdire au juge français d'appliquer le droit français, puisque l'entrave ne résulte pas de ce droit mais du droit allemand.

Ces discussions montrent aussi la difficulté à définir avec précision le « domaine coordonné », question pourtant décisive pour mesurer le domaine laissé aux règles de conflit de lois nationales. Il est certes clair que le concept est plus large que celui de « règles coordonnées », et qu'il permet de couvrir, conformément à l'esprit de la nouvelle approche, des règles matérielles qui, dans un domaine déterminé, n'ont pas été harmonisées effectivement. Il y aurait en quelque sorte une fiction, qui consiste à faire comme si l'harmonisation effective de quelques règles jugées essentielles pour les intérêts socio-économiques concernés suffisait à établir une équivalence entre les législations en conflit. On peut se demander si une telle méthode est compatible avec le traité CE, qui peut se lire

comme permettant à l'État d'entraver les échanges au nom d'un objectif légitime d'intérêt général, en l'absence d'équivalence de fait entre la loi d'origine et la loi d'accueil. On comprend dès lors les termes de l'article 3, paragraphe 4, qui permettent encore à l'État d'adopter des mesures dérogatoires, confirmant ainsi que l'harmonisation n'est pas totale mais admettant alors aussi que l'équivalence n'est pas atteinte totalement au sein du domaine coordonné...

Dans la pratique toutefois, la ligne de démarcation peut être difficile à tracer. Ainsi, le domaine coordonné couvre-t-il la réparation liée aux atteintes aux droits de la personnalité ? Couvre-t-il uniquement les règles concernant les actes constitutifs de responsabilité, ou également les règles sur la réparation du dommage, par exemple la question de savoir si le dommage immatériel donne lieu à réparation ? Couvre-t-il, en matière de responsabilité, uniquement le cas du prestataire intermédiaire ou aussi le cas de tout prestataire ?

Le Groupe décide de maintenir à l'ordre du jour des réunions futures l'examen des questions suscitées par la directive au regard du droit international privé et d'attendre l'expérience des lois de transposition pour émettre une recommandation éventuelle qui, tout en rappelant sa préoccupation de voir la Communauté appréhender avec précision l'interaction des règles de conflit de lois et des directives, serait destinée à orienter la Commission lors de la mise en œuvre de la clause de réexamen (article 21 de la directive), à savoir la préparation du rapport qu'elle devra présenter avant le 17 juillet 2003.

2. Directives concernant les consommateurs et directive sur le détachement de travailleurs

E. JAYME fait état de divergences constatées, parfois au sein d'un même pays, lors de la transposition de directives concernant la protection des consommateurs (directives 97/7 sur le contrat à distance, directive 1999/44 sur les garanties dans la vente). L'Allemagne se distingue par un effort en vue de codifier le droit applicable aux contrats de consommation en concentrant les dispositions de transposition dans l'article 29a EGBGB.

La transposition de la directive sur le contrat à distance montre une divergence entre la France et le Luxembourg. La règle française traduit la notion de lien étroit que contient la directive, au moyen du facteur de la résidence habituelle du consommateur, tandis que la règle luxembourgeoise s'en tient au critère du lien étroit, mais vise tout cas où la loi qui régit le contrat est celle d'un État tiers alors que la directive ne vise que le cas du choix d'un tel droit par les parties.

L'évolution des techniques de transposition manifeste une tendance heureuse à l'abandon de règles unilatérales qui se contentent de désigner le droit du for, la formulation retenue permettant le plus souvent de désigner le droit d'un État membre.

En matière de détachement des travailleurs, C. KOHLER montre que les transpositions présentent des divergences d'approche, de structure et de contenu. Le modèle espagnol semble correct. Il distingue détachement en Espagne et dans un autre État membre, établit une liste de règles impératives, prévoit l'application de la loi la plus favorable et contient une règle de compétence juridictionnelle ; il ne prévoit cependant pas le cas d'un détachement dans un autre État membre par une entreprise d'un autre État membre. La méthode italienne est quelque peu minimaliste : elle ne vise pas le cas d'un détachement à l'étranger, n'évoque pas l'application de la loi la plus favorable et établit une règle de compétence juridictionnelle dont la portée paraît peu claire. Le Luxembourg a adapté une loi de 1995 de manière à s'aligner de près sur le texte de la directive. La règle de transposition fait bénéficier des règles impératives le travailleur détaché à l'étranger mais exerçant habituellement au Luxembourg, ainsi que le travailleur exerçant habituellement à l'étranger mais détaché au Luxembourg, et elle prévoit l'application de la loi la plus favorable ; elle ajoute une règle de compétence juridictionnelle. La loi luxembourgeoise a surtout pour particularité de préciser que les règles impératives en question constituent, au sens de la convention de Rome du 19 juin 1980, « des dispositions de police relevant de l'ordre public national ».

1. Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires.

2. Aff. C-122/99 P, D. et Suède c. Conseil, confirmant TPICE, 28 janvier 1999, aff. T-264/97, D. c. Conseil.

3. Directive 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO 2000, L 178/1.