

Douzième réunion

Paris, 20 - 22 septembre 2002

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Le Groupe a continué, au cours de sa douzième réunion, l'examen du processus de révision de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) et d'élaboration d'un acte communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), ainsi que l'étude des questions de droit international privé concernant le partenariat. Il a également examiné l'actualité du droit communautaire dérivé en matière de droit international privé, et entamé de nouveaux travaux concernant l'incidence de la sauvegarde des droits fondamentaux sur le droit international privé.

Le Groupe a examiné successivement les processus d'élaboration de règles communes en matière contractuelle et en matière délictuelle et quasi délictuelle, en prenant pour hypothèse l'adoption d'actes communautaires séparés sur ces matières. Lors de cet examen, il s'est attaché à préserver une cohérence entre les règles de conflit de lois régissant l'une et l'autre. A cet égard, certains ont émis le souhait de l'adoption d'un texte commun pour Rome I et Rome II, car une dualité de textes augmente les risques de divergences. D'autres relèvent que la cohérence du contenu peut être maintenue malgré la dualité d'actes, et que leur adoption successive ne compromet nullement leur consolidation ultérieure.

I. – Loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

P. LAGARDE présente les propositions du sous-groupe de travail, qui tendent à compléter les prises de position antérieures du Groupe – qui concernent les articles 3, 5, 6 et 9 –, principalement, par une suggestion de modification de l'article 4. D'autres aménagements sont proposés au sujet des articles premier (extension au contrat d'assurance) et 3 (modalité d'expression du choix de la loi applicable).

Article 1er. Champ d'application

a) Contrats d'assurance

Le sous-groupe suggère de supprimer l'exclusion des contrats d'assurance, tout en s'interrogeant sur l'opportunité de prévoir des règles spéciales, limitant l'autonomie de la volonté. Il relève des divergences sur ce point dans les lois de transposition des directives. La directive 88/357 (1) laisse une liberté aux États à cet égard, de sorte qu'une incorporation pure et simple de ses dispositions serait insuffisante. De plus, le sous-groupe convient de l'extension de l'article 5 de Rome I à tous les contrats de « petits risques », même souscrits par des professionnels, tout en admettant que l'application des règles impératives du pays de destination peut avoir un effet négatif pour la réalisation du marché intérieur, qu'il faut assurer une harmonie avec les dispositions du règlement Bruxelles I, que l'on peut douter de l'élaboration d'une disposition commune ou de dispositions séparées, qu'il y aurait lieu de définir les « petits risques » comme le font les directives en la matière.

Le Groupe admet dans son principe la suppression des paragraphes 3 et 4, qui excluent certains contrats d'assurance.

Le débat a porté sur les modalités de cette extension du champ d'application de Rome I : faut-il reprendre les règles figurant actuellement dans les directives relatives aux contrats d'assurance ou au contraire en profiter pour modifier ces règles ? Cette dernière option obligerait à revoir le fruit de longues négociations, par exemple les définition et délimitation des petits et grands risques, mais aurait l'avantage, en étant pensée dans cette perspective, de rapprocher droit spécial et droit général. La première branche de l'alternative n'en est pas moins délicate, car les directives actuelles contiennent des dispositions difficilement intégrables dans Rome I : elle forcerait à modifier le texte principal. Par exemple, il paraît difficile de réserver la protection offerte par l'article 5 aux seuls contrats d'assurance des petits risques souscrits par des consommateurs, mais, d'un autre côté, une extension de la protection aux contrats souscrits par le preneur dans l'exercice de sa profession risquerait de compromettre l'équilibre établi entre les différents rattachements. Une autre possibilité serait de créer une section particulière, comme c'est le cas de Bruxelles I.

Devant l'impossibilité de trancher de telles questions dans les limites de temps de la réunion, le Groupe propose de supprimer les paragraphes 3 et 4, tout en laissant en l'état jouer la relation entre

le droit général (Rome I) et le droit spécial (directives), mais en invitant la Commission européenne à réfléchir sur l'intégration des règles relatives aux contrats d'assurance dans Rome I.

b) Contrats de la Communauté

Le sous-groupe propose d'inclure – probablement dans la partie de l'acte consacrée aux dispositions générales et finales – un article étendant les règles de conflit de lois communes aux contrats de droit privé conclus par la Communauté, et ce en raison de l'absence actuelle de toute règle communautaire spécifique de droit international privé sur le sujet.

Le Groupe est favorable à l'application de Rome I sans insertion de disposition particulière, si ce n'est une évocation de la question dans le préambule. Le caractère inapproprié des règles générales reste à démontrer, notamment en raison de la souplesse qu'offre la clause d'exception de l'article 4.

La discussion fait apparaître l'éventuelle inutilité et en toute hypothèse la difficulté d'insérer un article spécifique dans Rome I. Inutilité dans la mesure où, par exemple, sans que cela soit précisé dans les directives marchés publics, la Commission respecte ces directives alors qu'elles ne s'adressent formellement qu'aux États. Difficulté à trouver une rédaction adéquate, soit que – dans la perspective d'un règlement et non d'une directive – les notions utilisées, telle celle de contrat privé, posent un problème de compréhension aux droits anglo-saxons, soit que les précisions (comme celle de « Communauté ») impliquent a contrario des exclusions (celle des contrats de droit privé conclus par les États). À une délicate rédaction s'ajoute une non moins délicate conciliation avec les autres articles, le texte ne semblant pas adapté à la Communauté, comme le montre entre autres l'article 4, à savoir la difficulté de cerner le siège de la Communauté (Bruxelles ? Luxembourg ? Strasbourg ? Le territoire communautaire dans son ensemble ?).

Article 2. Application dans l'espace

La discussion a soulevé la question d'une réduction possible du domaine des règles communes du fait de la communautarisation de la convention, dans la mesure où l'adoption d'un acte communautaire devrait se fonder sur la notion de bon fonctionnement du marché intérieur, terme présent dans les articles 65 CE et 95 CE. La question concerne essentiellement le respect autant que la compréhension de l'article 65 CE.

Respect car certains membres, rejoignant d'autres commentateurs, estiment qu'il ne faut pas s'en tenir trop rigoureusement au texte de l'article, au contraire d'autres qui font valoir que la précision « bon fonctionnement du marché intérieur » a été insérée à dessein pour limiter les compétences de la Communauté, qui sont d'attribution seulement.

Compréhension dans la mesure où la notion de situation intracommunautaire paraît difficile à cerner, sans parler de la question de la pertinence d'une distinction entre relations intracommunautaires et relations avec les États tiers.

Des doutes apparaissent ainsi sur la possibilité d'étendre l'acte à tous les contrats internationaux, mais tous conviennent de l'opportunité d'adopter une seule série de règles, dans un souci de simplicité. La difficulté pourrait être résolue, au moins formellement, par l'inclusion, dans Rome I, d'une précision selon laquelle l'acte s'applique dans toute la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur.

Article 3. Liberté de choix

Le débat a porté sur la portée du choix de la loi applicable et sur celle des modalités de son expression. Sur les deux points, le Groupe propose de laisser le texte inchangé, s'écartant des propositions du sous-groupe.

a) Choix de normes non étatiques

Le sous-groupe propose une règle propre au choix de règles non étatiques, mais sans être parvenu à une position unanime. Après avoir rappelé que la doctrine majoritaire assimile le choix de normes non étatiques (lex mercatoria, principes UNIDROIT, principes de droit européen des contrats, loi étatique assortie d'une clause de stabilisation excluant les modifications de cette loi postérieures à la conclusion du contrat) à un simple choix de droit matériel, dépendant dès lors de la loi applicable, le sous-groupe a hésité – notamment en raison de l'incidence sur l'arbitrage – sur la nécessité de codifier cette interprétation en ajoutant, après la première phrase du paragraphe premier, la précision suivante : « La portée du choix d'un corps de règles non étatiques ou d'une loi étatique stabilisée au jour du contrat est déterminée par la loi étatique objectivement applicable au contrat ».

L'examen de cette proposition a donné lieu à un échange d'arguments de deux types, ceux qui constatent les failles d'un choix de normes non étatiques et ceux qui soulignent leur capacité d'évolution. Les premiers ont trait soit à la légitimité soit à la complétude des normes non étatiques, notamment les principes européens du droit des contrats. Problème de légitimité puisque, quelle que soit la compétence des juristes rédacteurs de normes non étatiques, il paraît délicat, non d'accepter que des parties choisissent leur œuvre, mais de donner à celle-ci la même valeur qu'une loi étatique. Problème de complétude ensuite puisque, selon les principes susvisés eux-mêmes, il est renvoyé, pour les dispositions impératives, à la loi applicable, le choix de droit international privé étant ainsi

liminaire. À ce constat s'oppose l'avenir prévisible, qui se veut ouverture. Ouverture d'abord vers l'évolution générale de l'Union européenne : comment peut-on encore parler de loi « étrangère » dans un texte appelé à devenir du droit communautaire, ce d'autant plus que ce qualificatif exclut tout choix de principes européens communs. Ouverture ensuite vers le reste du monde, et notamment l'unification du droit privé réalisée par exemple par la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (2), la crainte étant que la nécessité d'un choix de loi applicable exclue celui d'un droit matériel.

b) Modalités du choix

La forme du choix de la loi applicable pose question, dans la perspective d'un renforcement des modalités de ce choix, jugées trop « flexibles ». Plus précisément, convient-il d'ajouter que le choix tacite doit être « indubitable », à l'instar de la convention de La Haye de 1955 sur la loi applicable à la vente (3)? Faut-il, comme le propose le sous-groupe, d'une part, retenir la version française de la convention (choix « certain ») comme la version modèle, tout en précisant que : « le choix d'un tribunal d'un État déterminé ne vaut pas en lui-même choix de la loi de cet État » ? En faveur du statu quo, a été évoqué le risque que, soit la modification avancée n'apporte pas grand-chose (il a ainsi été relevé que le terme « indubitable » constitue une tautologie n'apportant aucune précision au texte dans la mesure où celle-ci n'est nécessaire que lorsque des doutes existent), soit elle prive de leur liberté les États (notamment ceux pour qui le choix du tribunal constitue une forte présomption de choix de la loi applicable), outre le fait – remédiable par l'adjonction du terme « en particulier » – qu'elle nécessite elle-même une précision (l'absence d'incidence de la clause attributive de juridiction sur le choix de la loi applicable signifie-t-elle a contrario que le choix de la langue, par exemple, importe peu ?). La plupart des membres estiment cependant que la clause de juridiction, dont l'objet est bien distinct de celui d'un choix de la loi applicable, se comprend normalement comme un choix du système de droit international privé du for prorogé.

Le Groupe convient, à tout le moins, d'attirer l'attention de la Commission européenne sur la nécessité d'aligner les différentes versions linguistiques sur le concept du choix « certain » présent dans la version française. Il convient aussi de l'opportunité d'insérer une précision sur la portée d'une clause de juridiction, ainsi libellée, en finale de l'article 3 :

« En particulier, le choix d'un tribunal ou des tribunaux d'un État déterminé ne vaut pas en lui-même choix de la loi de cet État. »

Article 4. Loi applicable à défaut de choix

La proposition du sous-groupe tend à une refonte de la structure de l'article 4. Le concept de présomption, présent dans le paragraphe 2, serait abandonné, mais non celui de prestation caractéristique. En même temps, le concept de proximité interviendrait, non pas comme règle principale, mais, en fin d'article, comme règle subsidiaire et dans une clause d'exception à la formulation stricte.

a) Suppression du paragraphe premier et de la présomption du paragraphe 2

Le sous-groupe propose de supprimer la première phrase du premier paragraphe de l'article 4. La référence immédiate à la loi avec laquelle le contrat entretient les liens les plus étroits semble, en pratique, perturber le jeu des présomptions du paragraphe 2 et encourager un recours trop systématique à la clause d'exception du paragraphe 5. De fait, la jurisprudence de certains pays montre une propension à exploiter la flexibilité de l'article 4. De plus, certains se demandent si la flexibilité s'impose encore dans le cas, couvert par l'article 4, où les parties n'ont précisément pas exercé leur faculté de choix de la loi applicable. Enfin, il conviendrait d'encourager un parallélisme dans la structure des règles applicables aux obligations contractuelles d'une part et aux obligations délictuelles d'autre part, quoique, pour certains, les enjeux soulevés dans chaque domaine soient nettement distincts.

La pertinence de l'argument de prévisibilité n'est pas admise pour autant par tous. D'aucuns soulignent que la prévisibilité doit s'apprécier diversement suivant la période et le point de vue considérés : une approche économique de la relation contractuelle n'amènera pas nécessairement les parties à prévoir l'application d'une loi désignée par un critère juridique dont la mise en œuvre s'avère parfois délicate. Aussi est-ce sans doute par une clarification de la règle de conflit, en en simplifiant la structure, que l'objectif de prévisibilité pourrait être assuré le plus sûrement, bien que, sur un plan théorique, on peut contester que la suppression du paragraphe premier modifie réellement la teneur de la règle. Sur le plan de la pratique judiciaire, les membres du Groupe relèvent un nombre significatif d'exemples qui incitent à une telle modification du texte.

La suppression viserait donc à affirmer plus clairement le rôle des présomptions édictées aux paragraphes suivants. Ceci permettrait de simplifier la tâche du juge dans la recherche de la loi applicable, et surtout de rendre réellement « exceptionnel » le recours à la clause d'exception du paragraphe 5. Une majorité des membres estime donc qu'il serait souhaitable de supprimer la première phrase du paragraphe premier, quoique certains insistent sur l'intérêt d'appuyer les règles particulières par un principe général, celui de la compétence de la loi des liens les plus étroits. Toutefois, la possibilité, prévue à la seconde phrase du paragraphe, de procéder au « dépeçage » du

contrat en cas de séparabilité de son contenu devrait être maintenue. Il est suggéré de mentionner une telle hypothèse dans l'avant-dernier paragraphe de la version modifiée de l'article 4.

b) Concrétisation de la prestation caractéristique

Le sous-groupe suggère de faire mention, à l'instar de la loi suisse de droit international privé ou de la nouvelle loi russe, de quelques exemples concrets de ce qu'il faut entendre par prestation caractéristique dans certains types de contrats. L'exemple des contrats de distribution commerciale est donné, étant entendu qu'il conviendrait de bien distinguer la situation des agents de commerce de celle des autres distributeurs. Les contrats de franchise, de concession, ceux relatifs aux droits d'auteur posent des difficultés certaines, de même que la création en pratique de nouvelles formules contractuelles qui échappent à toute systématisation. Néanmoins, la présence de quelques exemples simples permettrait de clarifier le sens de la règle et participerait d'une certaine pédagogie en vue d'appliquer harmonieusement le texte. Toutefois, il est prévisible qu'un consensus se dégage sur les cas les plus clairs mais que les contrats pour lesquels une telle précision serait particulièrement utile suscitent des analyses divergentes. En effet, la notion de prestation caractéristique est équivoque. Selon une approche conceptuelle, la prestation caractéristique se trouverait là où se situe l'essence juridique du contrat. En revanche, selon une approche plus fonctionnelle, il conviendrait de rechercher la prestation caractéristique en se basant sur la fonction socio-économique remplie par le contrat dans la société. Pour certains, l'intérêt du premier paragraphe résiderait précisément dans la directive qu'il adresse au juge quant à l'interprétation de cette notion de prestation caractéristique.

Une majorité des membres du Groupe est favorable à l'énumération non limitative de quelques exemples simples de prestations caractéristiques au sein du texte.

En outre, pour les cas particuliers cités à titre d'exemples, il conviendrait de s'interroger sur la force que pourrait recevoir une telle présomption : une telle modification devrait en tout cas s'entendre comme un renforcement de la présomption. Par ailleurs, d'aucuns se demandent si les contrats pour lesquels serait spécifiquement désignée la prestation caractéristique doivent en tout état de cause échapper au jeu de la clause d'exception.

c) Contrats relatifs à un immeuble

Une première question porte sur l'élargissement du domaine de la référence spéciale à la loi de situation de l'immeuble au contrat de construction d'immeuble, d'entretien ou d'architecte. Conformément aux vœux du sous-groupe, le Groupe considère qu'il n'y a pas lieu d'étendre le domaine de la règle spéciale.

Certes, en faveur de l'extension de la règle spéciale, on fait observer que le droit public englobe complètement le contrat, que l'extension éviterait les procès, que dans certains cas, les questions purement contractuelles, comme celle de la portée des vices cachés, peuvent être rattachées à la *lex rei sitae*. Mais d'autres arguments sont invoqués en sens inverse. Il n'est pas sûr que le droit public ne soit pas détachable des questions contractuelles. Par ailleurs, bien des aspects contractuels n'ont pas de raison d'être rattachés à la loi de situation de l'immeuble, comme la détermination du prix, ou encore les préliminaires à la vente d'immeuble. Enfin, si on ajoutait les contrats de construction, peut-être faudrait-il introduire des distinctions : la compétence de la loi de situation de l'immeuble serait sans doute plus adaptée pour les immeubles « publics » en cas d'appel d'offres que pour les immeubles « privés ».

Conformément aux vœux du sous-groupe, le Groupe estime qu'un alinéa soumettant les locations de vacances à la loi du lieu de résidence habituelle du propriétaire doit être ajouté à la règle spéciale.

Pourtant, cet ajout n'a pas eu lieu sans réserves. Si le souci principal est d'assurer un parallélisme entre Rome I et Bruxelles I, il convient d'observer que l'adoption de cet alinéa ne conduirait pas nécessairement à une telle corrélation, en raison notamment de l'existence de la clause d'exception de l'article 4. Des doutes sont encore émis sur la possibilité de concilier cette dérogation avec la référence à la *lex rei sitae* et avec la clause d'exception. Enfin, la solution conduirait à privatiser ce contrat et à faire, peut-être à tort, abstraction des règles impératives du *situs*. La question du champ d'application de l'alinéa – et de la place qu'il convient de faire au *timesharing* – est aussi évoquée.

d) Suppression du paragraphe 4 (transport de marchandises)

Conformément à la proposition du sous-groupe, le Groupe se prononce pour l'abrogation de ce paragraphe et pour l'application de la règle générale aux hypothèses envisagées par cette disposition. De fait, la règle est incomplète (en l'absence de concordance entre la loi du transporteur et celle du port de chargement ou de déchargement). La règle générale conduirait à la loi du transporteur, ce qui favoriserait la sécurité juridique.

e) Clause d'exception

Le Groupe reste favorable à l'existence d'une clause d'exception, particulièrement utile dans l'hypothèse des groupes de contrats, même s'il est relevé qu'il peut y avoir un paradoxe à permettre de contredire la pertinence du critère de la prestation caractéristique en laissant entendre que ce critère peut aboutir à la désignation d'une loi tout à fait inappropriée. L'abandon de toute clause

d'exception serait cependant peu réaliste, et la plupart conviennent de la nécessité d'en circonscrire les termes en s'inspirant du modèle de la loi suisse.

La formulation de la clause devrait dissocier nettement deux hypothèses, celle où la détermination de la prestation caractéristique est problématique, et celle de la clause d'exception proprement dite. Dans le premier cas, la règle des liens les plus étroits joue le rôle d'une règle subsidiaire.

f) Nouvelle formulation de l'article 4

Les débats ont conduit à diverses propositions de modification de l'article 4, dont le texte se présenterait alors comme suit (les italiques indiquent une modification) :

« 1. *Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale.*

Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

Par prestation caractéristique, on entend notamment :

[...]

2. *Nonobstant les dispositions du paragraphe premier, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, le contrat est régi par la loi du pays où est situé l'immeuble.*

Toutefois, le bail d'immeuble conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs est régi par la loi du pays où le propriétaire a sa résidence habituelle ou son établissement, si le locataire est une personne physique et qu'il ait sa résidence habituelle dans ce même pays.

3. *Lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits.*

Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays.

4. *La loi désignée aux paragraphes premier et 2 n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que le contrat n'a pas de lien significatif avec cette loi et qu'il se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec une autre loi. »*

Article 6. Contrat individuel de travail

La proposition, évoquée par le sous-groupe, de préciser le fonctionnement de l'article 6 pour les travailleurs accomplissant habituellement leur travail à bord d'un navire ou d'un avion ou dans un espace sans souveraineté, n'est pas retenue par le Groupe, qui rappelle que, dans de telles situations, le critère du pavillon ou du lieu d'enregistrement de l'avion ou de la plate-forme, tout comme celui du lieu d'embauche, ne sont pas nécessairement significatifs et que les hypothèses sont trop variables pour permettre l'édiction d'une règle générale dans un domaine qui encourage la casuistique.

II. – Loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)

Le sous-groupe de travail Rome I s'est saisi de la question du droit applicable aux obligations non contractuelles, suite à la diffusion, sur le site Internet de la Commission européenne, le 3 mai 2002, d'un avant-projet de proposition de règlement portant sur cette matière, dans l'intention de soumettre certaines suggestions en temps utile pour la poursuite de ce processus législatif.

Il constate que, dans l'ensemble, le texte de la Commission est proche de celui qu'il a adopté lors de sa réunion de Luxembourg, en 1998. En termes de structure, ce texte couvre les obligations non contractuelles et les quasi-contrats, et rassemble des dispositions générales dans un titre final. En termes de contenu, il distingue règle générale et règles spéciales, celles-ci portant, comme le texte de 1998, sur la diffamation et l'atteinte à la vie privée, sur l'atteinte à la concurrence et sur l'atteinte à l'environnement, tout en ajoutant une disposition sur la responsabilité du fait des produits. De plus, le texte de la Commission donne une place de choix au critère de la résidence des parties dans le même pays. A la différence du texte de 1998, il place en premier ordre le critère du lieu du « fait dommageable », dans sa localisation par la survenance du dommage, et ne retient pas une technique de présomption analogue à celle qu'utilise la convention de Rome.

Le Groupe estime que l'avant-projet de la Commission européenne peut constituer une bonne base de travail en vue de l'adoption d'un acte communautaire, à condition d'en améliorer sensiblement la rédaction et de soigner la traduction, et sous réserve de certaines modifications, concernant principalement la clause d'exception, la responsabilité du fait des produits, l'atteinte à l'environnement, les lois de police, la clause de priorité du droit communautaire. Dans cet esprit, il

adopte une position sur l'avant-projet de la Commission, présentant des propositions d'amendement par article. (4)

Article 3. Règle générale

La règle générale de l'avant-projet consacre le critère du lieu de survenance du dommage (§ 1er), qu'elle tempère par le critère de la résidence des parties dans le même pays (§ 2) et par une clause d'exception (§ 3).

Tout en se ralliant à la structure des paragraphes premier et 2, le Groupe regrette la place occupée par la clause d'exception et examine d'emblée l'impact possible du facteur de prévisibilité.

Il préconise encore une plus grande précision dans la terminologie : notamment, une référence au « délit » est insuffisante et il faudrait y ajouter le « quasi-délit », à moins d'utiliser l'expression générique « fait dommageable », qui devrait recevoir la préférence car plus largement utilisé. Dans ce cas, des précisions devraient apparaître au texte lorsque celui-ci évoque la survenance du « délit », et il conviendrait d'y substituer la survenance du « fait générateur du dommage » (article 3, § 2, et article 7). De même, les termes « au moment de la naissance de l'obligation » (article 11, §§ 2 et 3, et article 13) devraient être remplacés par les termes « moment de la survenance du fait générateur du dommage ».

De plus, le texte de l'article 3 devrait viser le cas où le dommage « menace » de survenir, comme le fait le règlement Bruxelles I et le suggère le texte de Luxembourg.

a) Portée d'une clause de prévisibilité

Le Groupe s'est interrogé sur la question de savoir s'il ne fallait pas ajouter un critère de prévisibilité, analogue à celui qui existe dans la loi néerlandaise et dans la convention de La Haye sur la responsabilité du fait des produits.

Un consensus pour éviter un critère général de prévisibilité s'est dégagé. Il est en effet observé que l'existence d'une clause générale serait de nature à soulever un nombre non négligeable de difficultés. Il faudrait d'abord savoir sur quoi porte l'imprévisibilité : le contenu de la loi applicable ou bien la localisation du dommage ? Il conviendrait ensuite d'envisager la question de l'articulation de la clause de prévisibilité avec la clause d'exception. La question de la loi applicable dans l'hypothèse où la preuve de l'imprévisibilité est rapportée fait aussi l'objet de débats. Enfin, il faudrait s'assurer que l'introduction d'une clause générale d'imprévisibilité n'est pas de nature à rompre l'équilibre entre les intérêts de l'auteur du délit, qui est en général assuré, et ceux de la victime.

Mais le Groupe s'est montré favorable à l'insertion d'une telle clause de prévisibilité au cas par cas pour certains délits spéciaux. Conformément aux vœux du sous-groupe, et contrairement à la proposition de la Commission, un accord s'est dégagé pour en faire bénéficier la responsabilité du fait des produits (article 5), mais le Groupe n'exclut pas de recourir au critère de prévisibilité dans d'autres hypothèses qu'il reste à déterminer. De plus, il convient de souligner que l'argument de prévisibilité pour l'auteur du comportement reçoit un écho lors de la prise en considération des règles de sécurité et de comportement (article 13).

b) Place de la clause d'exception

Le débat a porté, d'une part, sur la question de savoir s'il faut une clause d'exception générale, applicable non seulement à la règle de rattachement de principe de l'article 3 – ce que propose la Commission – mais également aux rattachements spéciaux des articles 5 et suivants, proposition faite par le sous-groupe, et, d'autre part, sur la nécessité de supprimer la condition négative.

Le Groupe estime que la clause doit recevoir une portée générale – et être déplacée vers les dispositions générales du chapitre trois –, sous réserve de rattachements spéciaux qui ne s'y prêtent pas en raison de leur contenu, comme c'est le cas en cas d'utilisation de l'autonomie de la volonté ou de règle de caractère alternatif. Quant à la formulation de la règle, il suggère un alignement sur la disposition correspondante de Rome I.

c) Formulation de la règle générale

Le texte de l'article 3 pourrait se présenter comme suit (les italiques indiquent les modifications proposées) :

- « 1. L'obligation non contractuelle dérivant d'un *fait dommageable est régie* par la loi du pays où le dommage est *survenu ou menace de survenir*.
 2. *Lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée* et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du *fait générateur du dommage*, *l'obligation non contractuelle est régie* par la loi de ce pays.
- »

Article 4. Zones non soumises à une souveraineté territoriale

Le Groupe, conscient de la dimension éminemment technique de la problématique (qui appellerait l'intervention éventuelle de spécialistes de la question), exprime des doutes à la fois sur l'opportunité et sur le contenu de la règle. De l'avis général, une attention toute particulière devrait être portée à la rédaction de l'article – spécialement de son paragraphe 2 – qui devrait être précisée.

Des interrogations se sont élevées notamment sur le point de savoir quel était le domaine de l'article (délit survenu sur une station spatiale), et sur la cohérence interne de l'article tant en ce qui concerne l'articulation des deux paragraphes, que le contenu de son paragraphe 2. Le Groupe a exprimé des doutes sur l'opportunité de conserver le paragraphe 2 en l'état. Certains en souhaitent la suppression, faisant remarquer, d'une part, qu'il n'est pas sûr que les deux paragraphes portent sur le même objet et, d'autre part, que la clause générale d'exception suffirait. D'autres se sont montrés favorables au maintien de ce paragraphe, tout en en revoyant la formulation, jugée imprécise, voire contradictoire.

D'autres interrogations ont porté sur l'adaptation de la règle aux cas de collisions, et sur sa relation avec les conventions internationales existant en la matière. De plus, le critère du pavillon peut se révéler artificiel.

Article 5. Responsabilité du fait des produits

L'avant-projet de la Commission s'inspire de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 (5), dont il reprend l'article 5, en y ajoutant une référence subsidiaire à la loi de survenance du délit, selon une structure qui appelle l'analogie avec la convention de 1971 sur les accidents de la circulation routière (6), et en omettant toute référence au facteur de prévisibilité pour le fabricant.

Reprenant les suggestions du sous-groupe, le Groupe rappelle que la rédaction de l'article 5 doit être commandée par un souci d'équilibre entre les intérêts du consommateur et ceux du fabricant. Aux fins d'assurer une protection du fabricant et se conformant aux propositions du sous-groupe – sans s'attarder à des difficultés de détail, comme la question de l'acception différente que peut recevoir la notion de prévisibilité selon le marché en cause, ouvert ou restreint –, il s'est accordé sur la nécessité d'inclure une clause de prévisibilité. En revanche, alors même que le sous-groupe proposait d'assurer la protection de la victime par application de la loi du dommage, le Groupe s'est interrogé sur la possibilité d'introduire une option de législation.

Au terme d'un long débat, il est proposé de retenir le principe de la loi du pays de l'établissement principal de l'auteur prétendu du dommage, et d'ouvrir une option à la victime en faveur de la loi du lieu de survenance du dommage, sous réserve de prévisibilité : l'application de cette loi serait écartée si le producteur prouve que le produit n'était pas destiné au marché dans lequel le dommage est survenu. Si cette option de législation est retenue, la clause d'exception ne devrait pas jouer.

Au cours de ce débat, des doutes sont exprimés, à la fois sur le principe même d'une option en faveur de la victime et sur le contenu de cette option. En effet, si les uns sont attachés à l'objectif de protection de la victime exprimé par l'option, les autres sont attentifs au problème du coût auquel l'option peut exposer les entreprises. Par ailleurs, parmi les membres favorables au principe de l'option, des divergences apparaissent quant au choix des critères de rattachement optionnels.

Quant au principe de l'option, il convient de s'entendre sur son champ d'application. Certains se montrent favorables à une règle subsidiaire limitée au seul article 5, d'autres s'interrogent sur une extension à l'ensemble des cas visés par l'acte. Au terme du débat, il est apparu que l'octroi d'une option en faveur de la victime d'un accident dû à un produit, sans extension nécessaire à l'ensemble de la matière quasi délictuelle, trouvait à s'appuyer sur divers arguments, comme la consécration d'un tel droit dans le droit de la consommation actuel et, plus spécialement, par le profit économique lié à l'activité de production ou de distribution, malgré les réticences certaines des milieux économiques, notamment dans le secteur du commerce électronique.

Au demeurant, le principe même d'une option n'empêche pas de prendre en compte les intérêts économiques lors de l'énonciation des termes de l'option.

Quant aux termes de l'option, plusieurs possibilités sont présentées d'emblée : ou bien ouvrir une option entre la loi du fait générateur et celle du dommage, ou bien prévoir une option entre la loi de la résidence de la personne responsable et celle du lieu du dommage, sans exclure nécessairement une référence à la loi de la résidence habituelle de la victime, à la fois protectrice du consommateur et prévisible pour le producteur.

Pour certains, la loi de la résidence habituelle de la victime est préférable à la loi du lieu de survenance du dommage qui peut être fortuite. Néanmoins, celle-ci a un titre fort à s'appliquer car c'est aussi le rattachement de principe. Le lieu de résidence habituelle pourrait aussi constituer une forme de présomption du lieu de survenance du dommage.

Pour d'autres, la compétence de la loi du lieu d'établissement du producteur peut être dépourvue de sens compte tenu de la dispersion des centres de fabrication des composantes des produits, mais cette dispersion est évitée si l'on part de l'établissement principal (7). Dans le même temps, la compétence de la loi du lieu de l'établissement peut être plus favorable à la victime (exemple du droit américain). Les assureurs européens pourraient également être réticents à assurer des entreprises

établies dans un pays où le montant de la réparation est élevé, même si le juge européen ne s'alignera pas forcément sur les montants pratiqués par le juge étranger (8).

En outre, la règle pourrait aussi bien désigner la loi du lieu où le risque a été créé au moment et au lieu de la commercialisation des produits, ou bien au lieu où ce risque est géré par l'entreprise. En effet, le fondement de la responsabilité réside plus aujourd'hui dans le risque créé que dans la faute commise.

En présence d'une chaîne de commercialisation, la compétence de la loi du pays où le produit a été commercialisé en premier (first final user) est également proposée. La solution présente l'avantage de la prévisibilité pour le producteur mais s'avère inadaptée pour la victime en bout de chaîne.

Plus généralement, d'aucuns insistent sur la nécessité de tenir compte des différences entre les relations intracommunautaires et les relations avec une entreprise établie dans un État tiers, alors que, pour d'autres, la formulation d'une règle universelle empêche d'opérer une telle distinction, que le traité CE n'imposerait pas.

Il y a encore lieu d'être attentif à l'impact possible du droit communautaire, tantôt le droit primaire au travers du concept de reconnaissance mutuelle, dont les milieux économiques déduisent une référence de principe à la loi d'origine, tantôt le droit dérivé : celui-ci établit, pour le régime de responsabilité comme pour l'établissement de normes de sécurité, un socle de protection équivalent dans les droits des États membres. En revanche, l'impact de la désignation du droit applicable peut être plus sensible aujourd'hui en cas de désignation du droit d'un pays tiers, et la désignation de principe de la loi du producteur pourrait alors soumettre les entreprises de pays tiers à des conditions de concurrence différentes de celles applicables aux entreprises communautaires.

Le débat a amené à une première proposition de rédaction, formulée comme suit :

- « 1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle en cas de dommage causé par un produit est celle du pays dans lequel la personne qui subit directement le dommage a sa résidence habituelle sauf si la personne dont la responsabilité est invoquée établit qu'elle ne pouvait pas raisonnablement prévoir que le produit ou ses propres produits de même type seraient mis dans le commerce dans ce pays.
2. La loi du pays de l'établissement principal de la personne dont la responsabilité est invoquée est applicable lorsque les conditions du précédent paragraphe ne sont pas remplies ou que la personne qui subit directement le dommage exprime le choix en faveur de l'application de cette loi ».

Cette proposition place en premier rang la loi de la résidence de la victime, qu'elle soumet à une condition de prévisibilité, et offre à la victime une option pour l'application de la loi du producteur. Une telle formulation comporte toutefois le risque d'accentuer l'expression d'un principe de faveur à la victime. Une formulation plus simple des termes de l'option, faisant apparaître comme élément premier l'application de la loi d'origine, est alors adoptée, selon les termes suivants :

- « L'obligation non contractuelle résultant d'un dommage causé par un produit est régie par la loi du pays où la personne dont la responsabilité est invoquée a sa résidence habituelle.
- Toutefois, cette obligation est régie par la loi du pays où la personne qui subit directement le dommage a sa résidence habituelle si elle le demande, sauf si la personne dont la responsabilité est invoquée établit qu'elle ne pouvait pas prévoir raisonnablement que le produit ou ses propres produits de même type seraient mis dans le commerce dans ce pays. »

Article 6. Concurrence et pratiques déloyales

Le Groupe propose de retenir le texte de Luxembourg, plus complet et plus clair.

Il attire spécialement l'attention sur l'ambiguïté des termes de l'avant-projet de la Commission européenne au sujet de l'atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs : la référence constitue-t-elle une alternative offerte comme une option dans tous les cas, ou signifie-t-elle seulement une concrétisation particulière du facteur de rattachement dans le seul cas visé ? Ou encore, une option est-elle ouverte aux associations seulement ? Le Groupe doute de l'opportunité de prévoir un rattachement spécial en cas d'action collective.

Quant au critère du « marché affecté », il serait plus clair et plus classique de parler de « lieu du marché concerné ».

Le texte proposé serait alors le suivant :

- « L'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à la concurrence ou de pratiques déloyales est régie par la loi du pays dont le marché est concerné par cette atteinte ou ces pratiques. »

En outre, le Groupe se demande si l'avant-projet Rome II est adapté à la réparation de dommages causés par une atteinte aux droits de propriété intellectuelle. En particulier, lorsque la responsabilité résulte de la violation d'une marque déposée, cette violation ne sera pas nécessairement qualifiée d'acte de concurrence entrant dans le champ d'application de l'article 6, et l'application de la loi désignée par l'article 3 n'apparaît pas satisfaisante.

Ainsi, lorsqu'un litige oppose des entreprises établies dans un même pays mais que la marque dont la violation est invoquée est déposée dans un pays tiers, l'article 3 conduit à l'application de la loi du pays de l'établissement commun des parties, ce qui se démarque du principe classique de l'application de la loi du pays pour lequel la protection est demandée. Il est vrai que l'article 24 de l'avant-projet préserve l'application des conventions existantes qui donnent compétence à la loi de la protection (de la marque), mais ces conventions vieillissantes suscitent des difficultés d'interprétation.

Article 7. Diffamation

Quant à l'intitulé, le Groupe relève que celui-ci est trop étroit.

Sur le fond, l'avant-projet de la Commission européenne converge avec le texte de Luxembourg. Il est relevé qu'aucun des textes ne prévoit d'option pour la victime.

Pour d'aucuns, un parallèle peut être établi avec la responsabilité du fait des produits, en raison du profit que l'auteur du dommage retire de son acte, ou encore avec la solution retenue par la Cour de justice à propos de Bruxelles I : la règle de conflit pourrait désigner, au choix de la victime, la loi de l'établissement de l'éditeur ou la loi de la résidence habituelle de la victime, la seconde branche de l'option étant assortie d'un critère de prévisibilité. Pourtant, la plupart sont restés réticents à l'égard de l'ouverture d'une option au profit de la victime, faisant suite à une longue hésitation déjà exprimée à l'occasion de l'adoption du texte de Luxembourg.

En revanche, un consensus s'est dessiné pour ne pas soutenir l'insertion d'une condition de prévisibilité pour l'auteur du dommage, et pour permettre le jeu de la clause d'exception.

Article 8. Atteinte à l'environnement

Le texte de l'avant-projet de la Commission européenne est similaire au texte de Luxembourg.

Le Groupe estime que le critère de la résidence des parties dans le même pays, prévu par l'article 3, ainsi que la clause d'exception, ont peu de force opératoire en la matière, car les parties résideront rarement dans le même pays et le dommage surviendra souvent dans plusieurs pays. De plus, l'option de législation consentie pour la responsabilité du fait des produits pourrait conduire à modifier les termes du débat. En effet, le pollueur, aussi, profite de l'acte de pollution.

Le Groupe propose de retenir le principe de la loi du pays de l'établissement principal de l'auteur prétendu du dommage, mais d'ouvrir une option à la victime en faveur de la loi du lieu de survenance du dommage. La clause d'exception ne jouerait pas, notamment en raison du caractère optionnel de la règle de conflit.

La disposition pourrait être formulée comme suit :

« L'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à l'environnement est régie, au choix de la personne lésée, par la loi du pays où le dommage est survenu ou menace de survenir, ou par la loi du pays où l'auteur de l'atteinte a sa résidence habituelle. »

Article 11. Liberté de choix

Le Groupe propose, pour le libellé du paragraphe premier, de reprendre le texte de Luxembourg, qui exige que le choix soit postérieur à la naissance du différend. Cette disposition serait formulée comme suit :

« 1. Les parties peuvent choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle par une convention conclue postérieurement à la naissance du différend. Ce choix doit être exprès. Il ne peut pas porter atteinte aux droits des tiers. »

Il est précisé que lorsque la situation a un lien avec un contrat préexistant entre les parties qui comporte une clause d'élection de droit, l'extension de la loi ainsi désignée ne relève pas de l'article 11, mais de la clause générale d'exception.

En outre, il est rappelé que la clause d'exception a une vocation générale, sauf dans les cas où une option pourrait être prévue en faveur de la victime (articles 5 et 8), et dans les cas où la désignation de la loi applicable repose sur un choix des parties.

Article 11-1. Clause générale d'exception

Suite au débat concernant l'article 3, il est proposé d'établir une clause d'exception de portée générale, qui ne couvrirait cependant pas les règles de conflit faisant appel à une option de

législation.

Cette clause pourrait être formulée comme suit :

« La loi désignée aux articles 3, 6, 7 et 10 n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que l'obligation non contractuelle n'a pas de lien significatif avec cette loi et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec une autre loi. Lors de l'appréciation des liens les plus étroits, il peut être tenu compte d'une relation préexistante ou envisagée entre les parties. »

Article 12. Lois de police

Le Groupe propose de reprendre le texte de Luxembourg, inspiré de l'article 7 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, formulé comme suit :

« 1. Lors de l'application, en vertu du présent règlement, de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant l'obligation non contractuelle. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il est tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.
2. Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle. »

Il se demande toutefois si – à travers la formulation étroite de l'article 12 – la Commission entend adopter une position particulière du fait que les États membres ne pourront émettre de réserves à l'application de lois de police, comme le permet la convention de Rome.

Article 23. Relations avec d'autres dispositions du droit communautaire

L'avant-projet entend préserver l'application des règles générales du droit communautaire, telles qu'imposées par le traité CE, ou des règles spéciales, contenues dans des actes particuliers. C'est indiquer le caractère résiduel des dispositions concernées.

Le Groupe admet l'objectif de préserver les libertés communautaires en général et la directive « commerce électronique » en particulier, mais il estime que la formulation de la disposition ne paraît pas toujours adéquate.

Il suggère que le paragraphe 2 soit supprimé, car il présente un caractère probablement redondant avec les deux premiers tirets du paragraphe premier. De plus, sous couvert d'une disposition générale, il se réfère spécialement, par certains termes employés, notamment la notion de « domaine coordonné » et l'allusion au seul secteur des services, à la directive sur le commerce électronique. Soit le texte est redondant, et il suppose alors que la directive précitée, qui est essentiellement en cause, contienne une véritable règle de rattachement, interprétation qui est loin d'être établie à ce jour. Soit le texte ne l'est pas, ce qui est le cas si ladite directive ne contient pas de règle de droit international privé, comme elle l'affirme effectivement, et la présence de la disposition excède l'objet de Rome II.

Le Groupe suggère également que le troisième tiret du paragraphe premier soit revu en raison de son manque de clarté et de son caractère superflu sous une formulation aussi large. En effet, les termes très génériques de ce tiret englobent les deux premiers, qui se complètent

Article 24. Relation avec des conventions internationales existantes

Dans un souci d'harmonie entre Rome I et Rome II, le Groupe se demande s'il ne convient pas d'aligner l'article 24 de l'avant-projet sur l'article 21 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. A tout le moins, l'emprunt que fait la disposition aux termes qu'utilisent les règlements Bruxelles I et Bruxelles II devrait faire l'objet d'un examen approfondi, dans le but de vérifier si la circonstance que les unes portent sur le conflit de lois et les autres sur le conflit de juridictions peut avoir une incidence sur la formulation des dispositions concernées.

En effet, l'article 21 de la convention préserve l'application des conventions auxquelles « un » État membre est partie, alors que l'article 24 évoque celles dont « les » États sont parties. La circonstance que le pluriel existe aussi dans la disposition correspondante de Bruxelles I n'est pas nécessairement pertinente, en raison de la différence entre conflit de lois et conflit de juridictions.

Une autre divergence concerne l'emploi du temps présent dans l'article 24, et du futur dans la convention de Rome : à la différence de celle-ci, celui-là exclut la priorité de conventions futures, entendant ainsi neutraliser toute convention ultérieure puisque l'avant-projet énonce des règles de conflit de lois à caractère universel (article 2), ce qui constitue une différence notable avec les règlements Bruxelles I et II qui prévoient des règles de conflit de juridictions pour les seuls litiges

communautaires. Il y aurait lieu de poursuivre un examen attentif de l'étendue des limitations de la compétence externe des États en cas d'adoption d'un acte communautaire en matière civile.

III. – Partenariat enregistré

K. SIEHR présente les propositions formulées par le sous-groupe de travail. Celles-ci tendent à ne pas dissocier unions hétérosexuelles et homosexuelles, et à établir, autant que possible, un parallèle avec les règles concernant le mariage. En cette matière, l'unification des règles de conflit paraît la seule voie possible, dès lors que l'unification du droit matériel butte sur les trop grandes divergences nationales sur les effets du partenariat.

La proposition tend à permettre l'enregistrement dans le pays de la nationalité ou de la résidence de l'une des parties, et à appliquer la loi du lieu d'enregistrement. De plus, elle prévoit la reconnaissance d'un enregistrement effectué dans un autre État membre et, en cas de pluralité d'enregistrements, celle de l'enregistrement le plus récent. Les effets de la relation seraient également régis par la loi de l'enregistrement, sans préjudice du droit aux aliments ou de droits successoraux, régis par les rattachements qui leur sont propres. La dissolution du partenariat aurait lieu selon des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois analogues à celles qui régissent le divorce.

Plusieurs membres du Groupe soulignent qu'il est urgent d'intervenir sur le sujet, mais qu'il n'est pas sûr que la réglementation des conflits de lois relatifs aux partenariats enregistrés relève de la compétence communautaire.

Il est aussi relevé qu'une définition du partenariat fait actuellement défaut. Certains doutent par exemple que le PACS français soit « un partenariat enregistré ». Deux solutions sont évoquées pour y pallier : ou bien, à l'exemple de la convention de La Haye sur le trust (9), dégager les traits caractéristiques des partenariats, ou bien ajouter une annexe qui préciserait pays par pays ce qu'il faut entendre par « partenariat ».

Quant à la loi applicable au partenariat, plusieurs membres demandent que l'on reconsidère le titre à l'application de la loi du lieu de l'enregistrement. En effet, ce lieu pourra être fortuit, et il revient à une conception proche de la vested rights theory, qui ignore l'équivalence des institutions. L'apport de la technique de l'adaptation pourrait également être approfondi. A. BUCHER soumet, en vue des travaux futurs, une proposition tendant à soumettre les effets du partenariat aux règles de conflit de lois qui régissent les effets du mariage, sous réserve de l'application de la loi du lieu d'enregistrement lorsque cette loi ne connaît pas de dispositions pertinentes. D'autres font observer que cette solution reviendrait à soumettre aux règles du mariage un couple qui désire précisément se placer en marge de cette institution.

Le sous-groupe de travail reprendra les éléments de ce débat, en vue de la prochaine réunion.

IV. – Divorce

K. SIEHR présente les propositions du sous-groupe de travail, qui tendent essentiellement à offrir une option limitée de législation aux parties et, à défaut d'option, à établir une échelle de rattachements faisant appel, successivement, à la résidence des parties dans le même pays, à la résidence d'une partie dans le pays de la dernière résidence commune, et à la loi des liens les plus étroits.

Comme pour le partenariat, le Groupe émet des doutes sur la compétence de la Communauté pour régir les conflits de lois en matière de divorce. Pourtant, la Commission européenne possède un échéancier sur le sujet : des études sur les règles matérielles et sur les règles de conflit de lois et de juridictions en matière de divorce y sont en cours, qui, dans une seconde étape, seraient suivies d'un livre blanc à publier dans le courant 2003 et couvrant la loi applicable au divorce et peut-être les partenariats enregistrés. De fait, une étude préalable du droit matériel comparé s'avère indispensable pour l'examen de l'unification des règles de conflit de lois.

Quant à la faculté d'option de législation, d'aucuns font observer que le choix laissé aux époux en droit matériel de choisir leur forme de divorce constitue une base suffisante, sur laquelle il n'est peut-être pas nécessaire de greffer une option de législation en droit international privé. D'autre part, le choix de la loi applicable risque de devenir l'objet de négociations entre les époux en vue de la fixation d'aliments, compte tenu des solutions retenues en matière d'obligations alimentaires par l'article 8 de la convention de La Haye de 1973 (10).

A défaut d'exercice d'une option de législation, la question de l'application du droit du for est posée. D'aucuns lui voient l'avantage de la simplicité et d'éviter longueur et coûts de procédure. Cette solution peut, au surplus, se revendiquer d'une certaine tendance du droit international privé comparé. La solution proposée par le sous-groupe de travail n'en est pourtant pas trop éloignée, tout en restant fidèle à la technique du rattachement multilatéral : en privilégiant le facteur de la résidence habituelle des parties, elle revient pratiquement à désigner, le plus souvent, la loi du for, approche également suivie par les travaux en cours en Belgique en vue de l'adoption d'un code de droit international privé.

Pour la détermination du droit aux aliments, une simple référence d'un acte communautaire à la convention de La Haye de 1973 pourrait s'avérer problématique, dès lors qu'une partie des États

membres ne l'a pas ratifiée.

V. – Incidence des droits fondamentaux sur le droit international privé

L. FORLATI, P. KINSCH et H. VAN LOON présentent l'état d'avancement des travaux du sous-groupe, en vue de déterminer l'orientation que pourrait prendre le débat d'une prochaine réunion du Groupe sur le thème émergent de l'incidence des droits fondamentaux sur le droit international privé.

Deux objets d'étude qui relèvent de disciplines séparées développent des interactions croissantes.

Le droit international privé prend en compte des normes impératives par le biais de procédés spécifiques, comme l'exception d'ordre public ou le mécanisme des lois de police, sans s'interroger sur leur source ou sur leur nature.

De leur point de vue, les spécialistes des droits de l'homme envisagent ceux-ci comme des droits constitutionnels à appliquer selon des critères propres, indépendamment des exigences du droit international privé, au premier rang desquelles on trouve la notion de proximité. La jurisprudence n'indique pas de ligne directrice claire pour la prise en compte d'une certaine proximité dans la recherche des solutions.

Un point de convergence pourrait donc consister à s'interroger avec plus d'acuité sur la nature et la source de la norme à appliquer. Parmi les sources, il y aurait lieu de distinguer la Constitution, le droit communautaire et les normes conventionnelles régionales comme la convention européenne de sauvegarde.

Le droit communautaire pose un problème supplémentaire puisque les standards de protection varient en fonction de leur destinataire. Certaines normes fondamentales concernent ainsi les seuls ressortissants européens, à l'exclusion des ressortissants d'États tiers.

Face aux interférences perturbatrices que provoque cette émergence des droits de l'homme, sensible en droit communautaire, mais surtout par la tournure insolite que peut prendre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les spécialistes de droit international privé peuvent envisager trois attitudes : entre les deux attitudes opposées d'un rejet définitif d'une telle jurisprudence et son approbation inconditionnelle, il y a la possibilité d'accompagner techniquement les juridictions spécialisées dans la défense des droits de l'homme.

Quant à la notion d'ordre public européen, elle reste encore à préciser. Néanmoins, cet ordre public européen semble pouvoir prendre deux dimensions différentes : un ordre public à contenu minimal et, au-delà, un véritable ordre public commun aux États membres. En ce dernier sens, on constate que le concept de droits fondamentaux enrichit le système communautaire en se référant à un patrimoine commun. En même temps, l'ordre public européen intervient aussi à titre négatif, en particulier dans la convention de Bruxelles suivie par le règlement 44/2001, où il permet, à la fois, de refuser la reconnaissance d'un jugement étranger et de limiter la possibilité de refuser la reconnaissance d'un tel jugement pour des motifs qui tiennent à l'ordre public national. A cet égard, on peut s'interroger sur l'instance habilitée à constater l'incompatibilité éventuelle d'une décision judiciaire avec certains droits fondamentaux dans la mesure où certains jugements bénéficient d'une reconnaissance automatique. Il sera intéressant d'observer l'attitude des jurisprudences nationales après l'entrée en vigueur du règlement sur le titre exécutoire européen au cas où l'un des plaideurs invoquerait une violation de l'article 6 de la CEDH. Si la question des droits de l'homme est abordée séparément, cela permettra d'échapper à la prohibition de non-reconnaissance.

La définition du domaine d'application de ces règles fondamentales s'avère complexe. On songe en premier lieu au critère de la nationalité, critère qui permet d'ailleurs l'adoption de clauses de réciprocité dans les accords internationaux. L'effet de telles clauses est ainsi d'ouvrir la voie à une « globalisation humanitaire ». Par ailleurs, peuvent entrer en compte le critère de la résidence et celui du domicile dont on constate qu'ils jouent chacun un rôle différent. En somme, ces règles d'application immédiate interviendraient en cas de lien étroit entre la situation considérée et la Communauté. Une piste de réflexion consiste donc à s'interroger sur cette notion de liens étroits dont l'existence justifierait le respect du standard communautaire. Ces liens étroits pourraient être caractérisés aussi bien par la présence dans la Communauté de la victime que par la présence de l'auteur de l'atteinte aux droits fondamentaux. Cette approche rejoindrait ainsi celle qui est suivie en matière de corruption.

Les efforts devraient donc porter sur la définition d'une notion positive de l'ordre public communautaire, telle que l'esquissent l'article 8 de la CEDH ou encore l'exigence de conformité aux droits de l'homme de certains traités liant la Communauté ou ses États membres.

Une des questions les plus délicates soulevées par un tel thème de réflexion porte sur l'application extraterritoriale des droits fondamentaux.

Néanmoins, il convient d'éviter les aspects de droit public que soulève cette problématique et de préciser d'emblée que la notion d'ordre public communautaire déborde largement le seul domaine des droits fondamentaux.

L'ampleur du sujet incite à envisager de fragmenter les thèmes de discussion. De plus, l'approche demeure très variable d'un pays à l'autre dans la mesure où le droit constitutionnel de chaque État

membre conditionne grandement l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

VI. – Droit dérivé

1. Transposition de directives

L'ambiguïté de la rédaction de la directive 2000/31 sur le commerce électronique (11) dans ses rapports avec les règles de droit international privé se reflète dans les premiers textes de transposition rencontrés. En effet, d'un côté, l'article premier, paragraphe 4, précise que la directive n'établit pas de règle additionnelle de droit international privé. D'un autre côté, l'article 3 oblige l'État à soumettre les entreprises établies sur son territoire à ses propres règles de transposition.

La plupart des textes entretiennent l'ambiguïté en paraphrasant le texte de la directive (lois allemande, suédoise, autrichienne et finlandaise). Pourtant, une minorité paraît prendre position en faveur d'une lecture littérale de l'article premier, paragraphe 4 (loi danoise, et les premiers projets allemand, autrichien). La transposition néerlandaise recourt plutôt à la technique des lois d'application immédiate et la transposition luxembourgeoise, à une règle de rattachement. Le premier projet français énonce une règle de rattachement complétée d'une loi d'application immédiate pour les contrats de consommation, et la transposition espagnole précise que le contrat électronique reste régi par le droit international privé espagnol, tout en devant prendre en considération les dispositions de la loi de transposition prévoyant une application immédiate aux prestataires établis en Espagne.

2. Directive sur la commercialisation des services financiers

Dans ses grandes lignes, cette directive (12) contient une règle analogue à celle de l'article 6 de la directive 93/13 (clauses abusives), (13) en cas de choix d'une loi tierce extérieure à la Communauté.

Par ailleurs, pour la première fois, le Conseil s'est préoccupé de la dimension conflictuelle de la question dans une directive de cette catégorie, préoccupation qui transparaît sur trois points. D'une part, son article 3, paragraphe 4, précise qu'est applicable aux informations précontractuelles, la loi hypothétique du contrat à conclure. D'autre part, le considérant 8 précise les liens entre la directive et la convention de Rome I, ce qui est nouveau. C'est un élément d'interprétation important, car la règle de conflit contenue dans la directive peut être lue à la lumière de la convention de Rome. Enfin, l'article 16, qui concerne les mesures transitoires, met en place un système pour pallier aux manquements aux règles de transposition de la directive par les États membres, ce qui constitue une préoccupation nouvelle des instances communautaires : l'État du for peut prévoir l'application de ses propres lois nationales de transposition à l'égard d'un opérateur établi dans un autre État membre dont le droit n'impose pas d'obligations correspondant à celles prévues par la directive.

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

2. Convention du 11 avril 1980.

3. Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

4. V. Documents du GEDIP.

5. Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits.

6. Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière.

7. V. la définition de l'établissement à l'article 18, paragraphe 2.

8. V. également infra, le risque de distorsion de concurrence.

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

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

11. 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.

12. Pour la position commune, JO 2002, C 58 E ; pour la directive 2002/65, du 23 septembre 2002, JO 2002, L 271/16.

13. 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.

