

Treizième réunion

Vienne, 19-21 septembre 2003

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Lors de sa treizième réunion, qui s'est tenue à Vienne du 19 au 21 septembre, le Groupe européen de droit international privé a continué l'examen des questions de droit international privé relatives au divorce et au partenariat. Il a également poursuivi ses travaux concernant l'incidence de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Enfin, il a élaboré une troisième version consolidée de ses propositions visant à une révision de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Le Groupe a également pris connaissance de développements concernant la Conférence de La Haye et de l'évolution du droit dérivé en matière civile et commerciale.

I. – Droit international privé du divorce

K. SIEHR rappelle que lors de la réunion de Paris en 2002, le sous-groupe avait émis une proposition de facture traditionnelle, consistant à soumettre le prononcé du divorce et de la séparation de corps à la loi de la résidence habituelle commune des époux de préférence à leur loi nationale commune. Il présente ensuite une proposition alternative consistant à donner une compétence principale à la loi choisie par les parties et à défaut de choix, une compétence subsidiaire à la loi du for. Pour d'aucuns, cette proposition alternative est « révolutionnaire ». C'est en tous cas cette proposition alternative qui est discutée à la lumière des précédentes orientations.

A titre liminaire, deux questions se posent à propos des mariages homosexuels.

La première question est de savoir si l'État dans lequel le divorce est demandé reconnaîtra le mariage homosexuel. Pareille reconnaissance pourrait résulter du principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. De l'avis de la majorité, cette question, de nature préalable, dépasse l'objet du débat sur la loi applicable au divorce.

La seconde question est de savoir si la loi applicable au divorce doit déterminer aussi la dissolution des mariages homosexuels. Une question analogue se pose à propos de la compétence juridictionnelle, de savoir si le règlement Bruxelles II s'applique à tous les divorces sans distinction. S'agissant de la compétence législative, le Groupe est unanime pour estimer qu'une règle de conflit unique doit régir tous les divorces.

Les débats ont porté principalement sur la détermination de la loi applicable à la dissolution d'une union hétérosexuelle. A cet égard, il est relevé que la libre circulation des personnes dans l'Union européenne, qui implique surtout la reconnaissance mutuelle, n'appelle pas nécessairement l'élaboration d'une règle de conflit uniforme. Dans le même temps, il est précisé que le projet d'article III-170 du projet de Constitution de l'Union européenne est fondé sur la reconnaissance mutuelle des décisions (§ 1), et que le droit de la famille est expressément visé (§ 3). Les disparités importantes qui subsistent encore entre les législations des pays membres pourraient appeler à une directive d'harmonisation minimale. De son côté, la Commission semble s'orienter vers l'adoption d'une règle de conflit uniforme, en des termes qui seront présentés dans un livre blanc diffusé au début de l'année 2004.

1. Rôle de l'autonomie de la volonté

Le Groupe est réticent à admettre l'autonomie de la volonté comme règle de rattachement principale. Il est cependant favorable au jeu de l'autonomie de la volonté à titre subsidiaire.

L'admission de l'autonomie dans cette matière n'est pas inédite, comme en attestent certains droits nationaux, tel le droit néerlandais. De plus, certaines règles de conflit soumettent le divorce à la loi applicable aux effets du mariage, ce qui permet un choix au moins indirect de la loi applicable, comme c'est le cas en Allemagne.

Néanmoins, l'introduction du principe de l'autonomie de la volonté risque de privatiser l'institution familiale, alors que le divorce concerne non seulement des intérêts privés mais aussi l'intérêt général. En outre, la convergence des droits nationaux du divorce demeure très partielle, non seulement au sein de l'Union européenne mais à plus forte raison avec les pays tiers. Permettre le choix de la loi applicable au divorce, c'est permettre le choix d'une loi qui limite les possibilités de divorce ou qui ne

connaît que la répudiation. Cela risque de provoquer un recours fréquent à l'exception d'ordre public, en particulier dans des pays qui, comme la France, accueillent une population musulmane importante. A l'inverse, le choix des parties pourrait naturellement s'orienter vers les lois les plus libérales, les autres étant vouées à disparaître. Enfin, les membres du Groupe relèvent qu'un choix – qui nécessite l'accord des deux parties – se réalisera très rarement en pratique et risque même d'envenimer le contentieux du divorce. L'introduction du principe de compétence de la loi choisie par les parties risque ainsi de compliquer le divorce et d'en augmenter le coût.

Pourtant, le choix de la loi applicable pourrait agir comme une exception au rattachement objectif, sous la condition d'un certain encadrement. D'une part, ce choix devrait être effectué au moment de la demande en divorce et ne pourrait donc être effectué avant le mariage ou durant celui-ci, car les époux ne sauraient être liés par une loi qu'ils ont choisie dix ou vingt ans auparavant, loi qui peut avoir changé dans l'intervalle. D'autre part, ce choix devrait résulter du consentement des deux époux. Afin d'éviter d'éventuelles pressions sur la femme, le choix devrait donc être effectué devant un notaire ou un juge. Pour la majorité des membres du Groupe, seul le juge devrait être habilité à recevoir le choix du droit applicable. Pour d'autres, le notaire devrait l'être également, dans la mesure où de nombreux droits nationaux s'acheminent vers un divorce par consentement mutuel extrajudiciaire devant l'autorité administrative comme au Portugal, voire sans l'intervention d'une quelconque autorité, comme au Japon.

De plus, ce choix devrait être limité à une option limitée de législation, de façon à ce que la règle réalise un compromis entre liberté et proximité. Certains critères sont naturellement évoqués : loi de la nationalité ou de la résidence des époux ou de l'un d'eux, ces deux critères pouvant être combinés. D'autres critères sont évoqués sans recueillir un assentiment : loi de la dernière résidence habituelle commune, loi du lieu de célébration du mariage ou encore loi du for.

A propos de la loi de la dernière résidence habituelle commune, le Groupe convient qu'une précision temporelle ou spatiale doit être apportée. Il faudrait ainsi assortir la compétence de cette loi d'une durée ou d'une condition de résidence actuelle de l'un des époux. La première solution a la préférence du Groupe.

A propos de la loi du lieu de célébration du mariage, certains s'opposent à l'adoption de ce critère, devenu anachronique en matière de mariage. D'autres considèrent à l'inverse que ce critère est aujourd'hui encore largement admis dans les systèmes juridiques religieux, en droit italien et canonique. Mais précisément, ce critère favoriserait la réintroduction des modes religieux de divorce, ce qui ne correspond plus à la culture juridique des États européens. Il est relevé que ce critère pourrait cependant rester ouvert aux couples homosexuels, encore que la difficulté à laquelle se heurtent ces couples réside plus dans la reconnaissance du mariage que dans la détermination de la loi applicable à la dissolution de l'union.

2. La compétence de la loi du for

Le Groupe rejette en majorité la compétence de la loi du for en l'absence de choix des parties. De l'avis général, la *lex fori* présente en effet de nombreux inconvénients.

En premier lieu, le règlement Bruxelles II donne compétence à de nombreux fors sans retenir pour autant la théorie du forum non conveniens. Donner compétence à la loi du for, c'est donc encourager le forum shopping en donnant le choix de la loi au demandeur. De plus, les raisons qui commandent la détermination de la juridiction compétente ne s'imposent pas pour la détermination de la loi applicable.

En second lieu, la compétence de la loi du for pourrait conduire à la désignation d'une loi restrictive. Cette solution n'est pas satisfaisante lorsque les époux sont ressortissants d'États qui admettent largement le divorce.

En troisième lieu, la compétence de la *lex fori* pourrait aller à l'encontre de l'article 65 du traité CE. De façon plus spécifique, certains membres du Groupe relèvent que la compétence de la *lex fori* ne convient pas pour les mariages homosexuels.

3. Proposition du Groupe

Le Groupe se prononce en faveur d'une règle de conflit hiérarchisée et alternative. La règle de conflit doit déterminer d'abord un critère de rattachement objectif, prévoir ensuite des critères de rattachement subsidiaires, et ouvrir enfin une option de législation. Le rattachement principal irait à la résidence habituelle commune des parties, mais celles-ci pourraient y déroger par le choix d'une autre loi désignée objectivement.

Pour le rattachement principal, le critère de la résidence habituelle commune est préféré à celui de la nationalité, ce qui paraît aller dans le sens de l'intégration européenne, même si le règlement Bruxelles II laisse encore une place à la nationalité commune. Le maintien du critère de la nationalité dans des pays qui, comme la France, possèdent une importante minorité d'origine algérienne ou marocaine, a conduit à l'adoption de règles de conflit unilatérales, ou à la conclusion de conventions bilatérales qui posent de sérieuses difficultés d'application. On peut à l'inverse considérer que l'attachement à la loi nationale conserve un intérêt à l'égard d'époux expatriés et qu'il peut favoriser, pour les étrangers, la reconnaissance du divorce dans le pays d'origine.

Dès lors, si la priorité est donnée à la loi de la résidence, la loi nationale commune devrait au moins conserver une compétence subsidiaire à défaut de résidence habituelle commune, ou une compétence alternative lorsque les parties l'ont choisie. Certains membres suggèrent de formuler la règle de conflit à l'exemple de la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires en donnant une compétence subsidiaire à la loi nationale commune lorsque la loi de la résidence habituelle commune n'admet pas le divorce. Mais de l'avis majoritaire, un rattachement objectif doit être privilégié.

Une référence à la loi qui entretient les liens les plus étroits avec le litige comporte des inconvénients, car elle risque d'allonger la procédure de divorce. Elle ne devrait donc intervenir, le cas échéant, qu'à titre résiduel.

Il est précisé qu'en Belgique, une proposition de loi de droit international privé actuellement en discussion arrive à des résultats similaires. Le rattachement objectif y est conçu pour répondre à un objectif de proximité. La loi de la résidence habituelle des époux est désignée à titre principal en tant que loi du lieu d'intégration sociale. A titre subsidiaire, la loi nationale commune est applicable et, à défaut, la loi du for. Une clause générale d'exception est également prévue. L'autonomie de la volonté reçoit un rôle subsidiaire, comme une dérogation que les parties peuvent introduire au bénéfice de la loi nationale commune ou de la loi du for, option qui revient à permettre aux parties d'inverser l'ordre hiérarchique de la règle de conflit. Enfin, une clause d'ordre public positif est insérée, afin de permettre le divorce lorsque la loi désignée ignore l'institution.

A l'issue des débats, le Groupe adopte une Proposition de règles sur le droit applicable au divorce et à la séparation de corps (1).

II. – Partenariat et droit international privé

K. SIEHR présente une proposition relative à la reconnaissance et à la loi applicable au partenariat. L'essentiel porte sur la reconnaissance du partenariat. Celle-ci est établie du moment que la relation a été conclue conformément à la loi du lieu de sa création. Cette loi régirait aussi les effets, à l'exception de ceux qui sont couverts par des règles de conflit spéciales insérées dans des instruments internationaux, sauf à donner une compétence subsidiaire à la loi du lieu de création du partenariat lorsque la loi applicable en vertu de ces règles de conflit spéciales ne reconnaît aucun effet au partenariat (particulièrement eu égard aux obligations alimentaires et aux droits successoraux).

Le Groupe estime ne pas être en mesure, en l'état, d'adhérer sans nuances à cette proposition.

A titre liminaire, le mariage homosexuel ne peut pas être appréhendé avec le partenariat, car il s'agit d'un mariage. Par ailleurs, la différence matérielle entre les partenariats enregistrés et les partenariats contractuels ne justifie pas l'adoption de deux systèmes conflictuels distincts. Sur l'opportunité d'élaborer une règle de conflit uniforme, plusieurs membres du Groupe relèvent qu'elle reste à démontrer. Les principales difficultés proviennent, d'une part, de la reconnaissance du partenariat et, d'autre part, du droit matériel interne des États membres. Sur la possibilité d'élaborer une telle règle, d'autres membres relèvent que certains pays membres de l'Union n'ont toujours pas adopté de statut du partenariat.

Sur la reconnaissance, le Groupe opère une distinction entre le principe même de la reconnaissance et le contenu de cette reconnaissance. En effet, il est précisé que reconnaître ne signifie pas attribuer des effets (notamment successoraux). Afin d'éviter toute confusion, le terme « admission » ou « acceptation » (acceptance) serait plus approprié que le terme « reconnaissance ».

Quant au contenu de la reconnaissance, trois alternatives existent : le partenariat peut être reconnu tel qu'il existe dans l'État d'accueil, dans l'État d'origine ou dans une règle matérielle spécifique. La première branche de l'alternative comporte un risque de lacune, tandis que la deuxième ouvre vers la diversité et que la troisième implique de donner un contenu à la reconnaissance. Il est précisé que le droit néerlandais a opté pour la deuxième solution, le partenariat étant reconnu « en tant que tel », c'est-à-dire conformément à la loi du lieu de sa création, ce qui constitue finalement une règle de conflit.

Sur la loi applicable, il est noté que la soumission de la création et des effets du partenariat à la loi du lieu de création a le mérite de la simplicité. Néanmoins, le Groupe préfère en majorité opérer une distinction entre la création et les effets du partenariat.

Sur la création du partenariat, le Groupe remarque que la compétence donnée à la loi du lieu de création évoque la compétence, progressivement écartée dans la plupart des pays, de la loi du lieu de célébration pour régir le mariage. De plus, les différences entre les législations nationales n'ont jamais constitué un argument pour revenir à la loi du lieu de création. Cette loi ne s'impose donc pas, même si la solution de la loi de l'enregistrement comporte l'avantage du réalisme. D'autres approches sont avancées. Les uns estiment difficile d'élaborer une règle commune de conflit de lois en raison de la diversité du droit comparé alors que, pour d'autres, cette diversité n'est pas radicale dans la mesure où prévalent deux familles, celle du partenariat largement entendu et celle, plus réduite, des relations de type PACS ou cohabitation légale. Il ne devrait alors pas être exclu d'élaborer une règle dont la catégorie de rattachement serait formulée de manière suffisamment ouverte et qui tendrait à établir un rattachement commun avec celui du mariage.

Sur les effets, le Groupe considère que les règles de conflit spéciales doivent continuer à s'appliquer. Pour d'aucuns, l'application de ces règles de conflit spéciales aux effets du partenariat doit cependant être écartée lorsque le statut comporte des dispositions matérielles spécifiques à leur égard. Pour d'autres, les effets du partenariat doivent en toute hypothèse être régis par les règles de conflit spéciales, les difficultés éventuelles étant résolues en amont par le principe d'équivalence entre l'institution nationale et l'institution étrangère (équivalence avec le mariage) et en aval par les mécanismes traditionnels d'adaptation entre loi applicable à la question préalable et loi applicable à la question principale. Par exemple, il s'agit d'interpréter le terme « époux » prévu par la loi successorale, pour soumettre ensuite la relation au droit d'un pays qui peut entendre ce terme comme incluant une partie à une relation autre que le mariage. L'équivalence avec le mariage pourrait cependant occasionner des difficultés lorsqu'il s'agit de reconnaître des effets au partenariat sur le nom des partenaires et sur l'adoption d'un enfant. L'adaptation entre les deux lois compétentes pourrait également s'avérer très délicate en pratique.

A l'issue des débats, le sous-groupe de travail est invité à se réunir et à formuler de nouvelles propositions en vue de la prochaine réunion du Groupe.

III. – Droits fondamentaux et reconnaissance des décisions judiciaires étrangères

P. KINSCH présente le rapport du sous-groupe portant sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au terme d'une procédure contraire au droit au procès équitable. Le rapport rappelle qu'en fonction de l'instrument (national ou international) applicable à la reconnaissance et à l'exécution des décisions étrangères, les considérations liées au respect des droits fondamentaux dans l'État d'origine peuvent intervenir de différentes manières. Certaines conventions prévoient explicitement le contrôle par le juge de l'État requis de la conformité de la procédure d'origine aux droits fondamentaux (2). Pour les jugements émanant d'États membres portant sur une matière civile ou commerciale à reconnaître dans un autre État membre, l'arrêt Krombach de la Cour de justice du 28 mars 2000 (3) montre que le respect du droit au procès équitable est implicitement prévu par l'article 34 du règlement 44/2001 au titre de l'ordre public. Enfin, certains instruments tendent à exclure un tel contrôle : les projets de la Commission portant sur le droit de visite et sur un titre exécutoire pour les créances incontestées suivent cette orientation. Indépendamment de l'application d'un instrument international, certaines jurisprudences nationales considèrent le contrôle du respect du droit au procès équitable comme faisant partie des conditions de reconnaissance des décisions étrangères : la jurisprudence allemande, par exemple, considère que l'absence d'un contrôle minimal serait contraire à la Constitution.

Le droit au procès équitable est assuré par différents instruments internationaux, dont certains, comme la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, jouissent d'une plus grande popularité que d'autres, comme le pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme revêt une importance particulière. Dans l'arrêt Pellegrini c. Italie du 20 juillet 2001 (4), la Cour européenne a en effet été amenée à condamner un État partie à la convention qui avait exécuté une décision émanant d'un ordre juridique tiers à la convention, alors que ce jugement avait été pris en contradiction avec les principes et les règles énoncés par l'article 6 de la convention.

Deux problématiques retiennent l'attention. En premier lieu, l'application des standards de la convention européenne à l'égard de décisions émanant d'États n'ayant pas ratifié la convention de sauvegarde pose question. En second lieu, l'assimilation de l'espace judiciaire européen à un espace national et la possible suppression de la procédure d'exequatur (fût-ce dans des domaines limités) doivent être envisagées au regard des obligations contractées par les États membres dans le cadre de la convention de sauvegarde.

1. Les décisions émanant de pays tiers à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

À l'égard des décisions émanant d'État tiers, on peut s'interroger d'abord sur la référence à un instrument international à l'encontre d'États qui n'y sont pas parties, puis plus techniquement, sur le mécanisme de mise en œuvre du contrôle du droit au procès équitable, d'une part, et sur le contenu des standards imposés, d'autres part. L'arrêt Pellegrini est intéressant de ce triple point de vue. En ce qui concerne le mécanisme, l'arrêt ne se réfère pas à l'effet atténué de l'ordre public. En ce qui concerne les standards, les violations du droit au procès équitable dont Madame Pellegrini avait été victime semblaient manifestement graves. En ce qui concerne la question générale de la référence à un instrument international à l'égard d'une décision émanant d'un État tiers à cet instrument, l'arrêt Pellegrini s'oppose à la reconnaissance d'une décision émanant d'un État tiers à la convention européenne. Au Royaume-Uni pourtant, une attitude inverse a été retenue (5), qui refuse de prendre en considération l'article 6 de la convention européenne dans le cadre de la reconnaissance d'une décision américaine, manifestement prise en violation de cette disposition, au motif que la convention n'est pas applicable aux États-Unis.

Les membres du Groupe sont d'avis que le contrôle du droit au procès équitable s'impose lors de la reconnaissance de décisions émanant d'État tiers. Il ne s'agit pas d'imposer à l'ordre juridique étranger d'appliquer la convention européenne de sauvegarde, mais de décider quelles décisions peuvent recevoir effet dans l'ordre juridique saisi de la reconnaissance ou de l'exécution. À ce titre, ce dernier ordre juridique décide librement des décisions auxquelles il prête son appui et doit le faire

en respectant les obligations qui pèsent sur lui, en vertu de sa Constitution ou en vertu de la convention européenne, sans quoi il engagerait sa responsabilité au regard de celle-ci. La position inverse consisterait à importer des standards de protection des droits de l'homme qui ne sont pas les nôtres, alors que le contrôle de leur respect aux fins de donner effet à une décision étrangère ne consiste pas à exporter nos standards dans un ordre juridique tiers. D'ailleurs, la reconnaissance aux États-Unis d'une décision émanant d'un État membre serait certainement soumise à la Constitution américaine et en particulier, à la clause de « due process ». Il semble que le contrôle de ces décisions au regard des standards de la convention européenne puisse servir de moteur à l'évolution de la protection des droits de l'homme dans certains pays appliquant le régime juridique de la Charia. Le seul problème résulterait en définitive de conventions liant les États membres aux pays tiers qui ne mentionnent pas l'ordre public comme motif de refus de reconnaissance des décisions. Il semble toutefois que de telles conventions doivent être interprétées comme contenant une référence implicite à l'ordre public permettant de contrôler le respect du droit au procès équitable.

En ce qui concerne le mécanisme de droit international privé par le biais duquel doit s'opérer le contrôle de la décision étrangère au regard de la convention de sauvegarde, la doctrine a interprété l'arrêt Pellegrini comme contraire aux règles générales de droit international privé, dans le sens où l'arrêt ne se réfère pas à l'effet atténué de l'ordre public. Toutefois, la doctrine, française à tout le moins, distingue l'effet atténué de l'ordre public qui concerne le contrôle du droit matériel appliqué, de l'ordre public procédural dont le contrôle s'effectue, sans tempérament, au regard des dispositions de la convention européenne.

En ce qui concerne les standards de protection des droits fondamentaux dont le respect doit être vérifié, les avis sont partagés. Certains soutiennent que le contrôle du respect du droit au procès équitable doit se limiter à des principes essentiels (« noyau dur » des droits de l'homme). Deux arguments soutiennent cette opinion. D'abord, différents arrêts de la Cour européenne de Strasbourg semblent intégrer le principe de l'effet atténué et donc limiter la portée du contrôle (6). Ensuite, les standards développés par la Cour européenne ont évolué de telle sorte que l'on a même assisté à des revirements de jurisprudence (7). Il semble dès lors difficile d'imposer l'ensemble de ces exigences, plutôt sophistiquées et évolutives, parfois mal ressenties dans les États parties à la convention européenne, à des jugements émanant de pays tiers. Une distinction entre l'article 6 de la convention européenne et la jurisprudence de la Cour pourrait servir de ligne de conduite. Cependant, d'autres membres du Groupe ne partagent pas cet avis. Il leur semble inadmissible d'accepter une violation du droit au procès équitable, au motif qu'elle s'est déroulée dans un État tiers et de la refuser si elle a eu lieu dans un État partie à la convention. L'application de l'article 6, indépendamment de la jurisprudence de la Cour européenne, semble difficilement réalisable au regard de la généralité des termes de la disposition. Il est fait remarquer que l'article 6 et la jurisprudence développée par la Cour n'imposent que des critères minimaux, chaque État restant libre de recourir à des critères plus stricts. L'article 6 et ses développements constitueraient dès lors le « noyau dur » du droit au procès équitable.

Le recours au pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui lie nombre d'États tiers, semble difficilement praticable dans la mesure où la jurisprudence du comité des Nations Unies relatif aux droits de l'homme est moins riche et plus difficilement accessible que la jurisprudence de la Cour européenne.

D'aucuns suggèrent encore d'analyser plus avant la manière dont les États membres soumettent parfois les exigences de la convention européenne à des intérêts politiques.

2. Décisions émanant des États membres de la Communauté et parties à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

En ce qui concerne les rapports entre États membres, le contrôle du respect du droit au procès équitable s'effectue d'abord dans l'État d'origine de la décision et ensuite dans l'État membre requis, traditionnellement au stade de la procédure d'exequatur.

Un obiter dictum de l'arrêt Pellegrini pourrait, à la faveur d'une interprétation a contrario, indiquer que le contrôle, au stade de la reconnaissance, du droit au procès équitable ne s'impose pas dans les rapports entre États membres. Plusieurs membres du Groupe estiment que l'interprétation a contrario d'un obiter dictum est douteuse. En outre, la personne de référence protégée par l'article 6 ne devrait pas recevoir un traitement différent selon que la décision que l'on veut exécuter contre elle provient d'un État tiers ou d'un État membre.

Différents projets européens tendent à supprimer la procédure d'exequatur et ainsi, le stade de contrôle du respect de ces standards dans l'État requis. Ces projets portent toutefois sur des matières très limitées. Il s'agit d'une part du projet de titre exécutoire européen pour les créances incontestées, projet qui est accompagné d'une harmonisation des procédures de signification assurant que le défendeur a été mis en mesure de présenter sa défense. Il s'agit d'autre part, des cas d'enlèvement d'enfant et de décisions portant sur le droit de visite. Les États membres ont décidé de supprimer l'exequatur dans ces trois domaines. L'idée politique qui sous-tend cette suppression consiste à considérer l'espace judiciaire européen comme un espace national : la décision des tribunaux de Séville à exécuter en France reçoit le même sort que si elle devait être exécutée à Barcelone. Dans le cadre purement interne, le contrôle du respect du droit au procès équitable s'arrête après le contrôle ultime de la Cour suprême, la victime éventuelle d'une violation des droits de l'homme restant libre de saisir la Cour européenne. Il peut en être ainsi dans l'espace judiciaire

européen. Il est rappelé qu'une suppression généralisée de l'exequatur dans l'Union européenne n'est pas à l'ordre du jour des travaux de la Commission.

La suppression de tout contrôle dans le cadre européen pose question à l'égard des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (qui contient une référence au droit au procès équitable), en particulier si ces dispositions sont appelées à fonder la « Constitution » européenne qui s'imposera aux institutions et primera sur le droit dérivé, ainsi qu'à l'égard des constitutions nationales qui comme la Constitution allemande, imposent un contrôle minimal du respect du droit au procès équitable devant le juge d'origine. Elle se heurte également à la réalité que reflètent les jurisprudences Krombach (8) de la Cour de justice et Maronier v. Larmer des juridictions anglaises (9): ces décisions montrent qu'une procédure menée dans un État membre peut s'avérer non conforme aux standards de la convention européenne, intégrés dans la Charte, sans que les recours ouverts dans le pays d'origine n'aient permis de protéger la victime de cette violation. L'élargissement de la Communauté et l'ouverture vers des pays qui n'ont pas une pratique aussi longue de la convention européenne justifierait également qu'un certain contrôle soit conservé. La confiance entre les juridictions des États membres ne pourrait pas être imposée, mais devrait s'installer progressivement dans le cadre d'un contrôle de la procédure d'origine exercé avec modération, comme cela a été le cas pour l'utilisation de l'article 27 de la convention de Bruxelles. Enfin, le recours à la Cour européenne contre l'État membre d'origine ne paraît pas satisfaisant puisque la partie n'obtiendra pas le remboursement de sommes versées à son adversaire au fond, mais un dédommagement symbolique de la part de l'État condamné.

Certains membres du Groupe s'inquiètent de la mise en cause de la responsabilité des États membres au regard de la convention européenne : en cas de suppression de la procédure d'exequatur, ils pourraient se voir reprocher de participer activement à la mise en œuvre d'une décision non conforme à celle-ci. Un membre fait valoir que l'article 6 n'exige pas l'existence d'une procédure d'exequatur.

La suppression de l'exequatur présente l'avantage de favoriser la circulation des jugements et d'éviter certaines situations de discrimination à rebours. Un litige purement interne peut être transformé artificiellement (par la délocalisation de biens sujets à exécution par exemple) en litige international afin de bénéficier d'un stade de contestation supplémentaire. Le demandeur dans une telle situation fait l'objet d'un traitement défavorable puisqu'il est soumis à une procédure lourde et coûteuse. Les cas exceptionnels de non-respect du droit au procès équitable dans le pays d'origine de la décision resteront minoritaires, de sorte qu'une politique globale ne devrait pas se baser sur de telles situations. Un système aussi lourd que la procédure de l'exequatur paraît disproportionné par rapport au caractère exceptionnel des cas à problème. La suppression partielle de l'exequatur pourrait s'accompagner de mesures destinées à créer des liens de confiance entre les magistrats des différents États membres. Des séminaires de formation ainsi qu'un soutien logistique visant la promotion du droit au procès équitable devraient être envisagés. Il est aussi probable qu'une suppression partielle de l'exequatur doit s'accompagner d'une harmonisation minimale de la procédure dans les domaines concernés, conformément à la règle soumettant l'obligation de reconnaissance mutuelle à l'existence d'une équivalence entre les institutions. Par ailleurs, en ce qui concerne l'argument relatif à la confiance, l'histoire (nationale et européenne) montre qu'elle a parfois été imposée par la volonté politique sans qu'en résultent de graves difficultés. Enfin, les exigences de la libre circulation des jugements doivent être envisagées dans le cadre du respect du droit au procès équitable imposé par la Cour de justice dans l'arrêt Krombach d'une part, et de la restriction traditionnelle imposée à l'utilisation de l'ordre public national dans le cadre des libertés de circulation, d'autre part. Ainsi, le contrôle effectué dans l'État de réception ne devrait pas être plus lourd qu'un contrôle effectué dans l'État d'origine.

Les membres du Groupe estiment qu'un contrôle devrait subsister au stade de l'exécution afin de parer aux situations de violation de l'article 6. Ce contrôle ne doit néanmoins pas prendre la forme de l'exequatur. Trois voies s'ouvrent dès lors. Le contrôle pourrait être renvoyé à l'État d'origine. Cette solution ne paraît pas satisfaisante car elle ne permet pas de lever le soupçon qui pèse sur la procédure d'origine. Le contrôle pourrait être effectué par une instance supranationale, soit la Cour européenne des droits de l'homme, soit la Cour de justice (via par exemple, un mécanisme proche de la question préjudicielle, fondé sur l'article 47 de la Charte). Aucune de ces instances ne paraît toutefois dans une situation idéale pour intervenir dans un litige entre particuliers, la première en raison de l'absence de mécanisme de restitution déjà mentionnée ; pour les deux juridictions, la longueur des procédures ainsi que les coûts liés à un recours à une instance internationale paraissent en outre dissuasifs. La meilleure solution consisterait à exercer ce contrôle dans l'État de l'exécution dans le cadre de la procédure d'exécution elle-même, sans qu'il soit besoin de rétablir le filtre de l'exequatur entre la décision d'origine et l'exécution. L'autorité chargée dans l'État requis de l'exécution (en France par exemple, le juge des saisies) devrait pouvoir prendre en considération l'argument du défendeur invoquant une violation du droit au procès équitable dans l'État d'origine. La procédure serait la même que dans l'hypothèse d'une situation interne où l'autorité exécutante peut être conduite à suspendre l'exécution lorsque des éléments nouveaux interviennent. Une telle vérification pourrait intervenir au risque de celui qui l'invoque, ce qui réduirait les hypothèses d'abus.

IV. – Révision de la convention de Rome

A l'issue de la réunion qu'il a tenue à Milan les 5 et 6 juillet 2003, le sous-groupe « Rome » a formulé des propositions complémentaires pour répondre aux questions 16, 18, 19 et 20 posées par la Commission dans son livre vert du 14 janvier 2003 relatif à la transformation de la convention de

Rome en instrument communautaire ainsi qu'à sa modernisation. Le Groupe a examiné ces propositions ainsi que les questions 5 et 6 du livre vert.

Quant à la méthode à suivre pour présenter à la Commission l'ensemble des propositions relatives à la modernisation de la convention de Rome, il est décidé de procéder à une troisième consolidation des versions antérieures, englobant les dispositions arrêtées au cours de cette réunion, avec un renvoi aux questions du livre vert.

Question 16 : lois de police étrangères

La Commission s'interroge sur la nécessité d'une disposition relative aux lois de police étrangères et, dans l'affirmative, sur l'opportunité de précisions quant aux conditions d'application de telles lois.

Dans ses travaux antérieurs, le Groupe a souhaité le maintien d'une disposition analogue à l'article 7, paragraphe 1er, de la convention de Rome. Dans sa proposition relative à un acte Rome II, il suggérait aussi l'insertion d'une disposition analogue, solution finalement retenue dans la proposition que la Commission a transmise au Conseil.

Le maintien d'une disposition concernant les lois de police étrangères se justifie non seulement par la grande avancée théorique qu'elle a réalisée, mais aussi parce que l'article 7 a servi de modèle à d'autres instruments communautaires ou internationaux. En particulier, le législateur communautaire n'a pas hésité à adopter une disposition similaire pour les contrats d'assurance. La directive sur le détachement de travailleurs peut aussi se comprendre comme une concrétisation des lois de police visées par l'article 7. Ou encore, la protection offerte par la directive sur les agents commerciaux indépendants, dont l'arrêt Ingmar (10) de la Cour de justice a affirmé l'impérativité, peut être assurée par l'intermédiaire d'une disposition analogue à celle de l'article 7. Et l'on trouve des dispositions similaires dans plusieurs conventions de La Haye (11) et dans des codifications nationales (12).

En l'état de ses travaux, le Groupe n'a pas envisagé d'alternative à la formulation actuelle de l'article 7. Quant à l'alinéa premier (lois de police étrangères), la souplesse du texte actuel permet une adaptation à la variété des situations. En revanche, l'alinéa 2 (lois de police du for) pourrait comprendre certaines conditions qui font actuellement défaut. D'aucuns font observer qu'il serait plus logique d'inverser l'ordre des paragraphes.

La circonstance que la disposition appartiendrait désormais à un acte communautaire pourrait aussi avoir une incidence sur la formulation de la disposition. Ainsi, le Groupe s'est déjà essayé à rédiger une clause de reconnaissance mutuelle selon laquelle l'application de dispositions impératives ne pouvait pas aller à l'encontre des contraintes qu'impose le droit primaire (13). De plus, lorsque les dispositions impératives en cause résultent d'un acte communautaire sectoriel, les conditions de leur application devraient probablement obéir à des termes spécifiques.

Question 18 : opposabilité de la cession de créances

La Commission demande s'il est opportun de préciser quelle est la loi applicable à l'opposabilité de la cession de créances aux tiers et, dans l'affirmative, quelle règle de conflit doit être préconisée.

Le sous-groupe répond par l'affirmative. Après avoir relevé que l'article 12 de la convention ne règle pas cette question, il propose l'application de la loi de la résidence habituelle du cédant, solution qui est retenue par le Groupe.

En soi, deux solutions sont possibles, à savoir l'application de la loi de la résidence habituelle du cédant (proposée par le sous-groupe) et celle de la loi de la créance cédée (retenue par certaines juridictions nationales), étant précisé que dans de nombreuses hypothèses, l'une et l'autre solutions aboutissent pratiquement à la même loi.

La loi du cédant présente l'avantage d'être repérable par tous les intéressés, le cédant étant connu de toutes les parties à l'opération. En outre, l'application d'une loi unique fournit un traitement adapté aux cessions globales ou successives. Enfin, cette solution, qui a été défendue par la doctrine, a été adoptée par la convention des Nations Unies du 12 décembre 2001 sur la cession de créances dans le commerce international.

La loi de la cession de créances a pourtant été déclarée compétente par le Hoge Raad des Pays-Bas le 16 mai 1997. Cette solution permet de soumettre à une loi unique la relation contractuelle entre cédant et cessionnaire et le transfert de propriété. De plus, l'application de la loi de la résidence habituelle du cédant à l'opposabilité de la cession aux tiers conduit à soumettre à deux règles distinctes l'opposabilité au débiteur et l'opposabilité aux tiers. Mais ces arguments n'emportent pas l'unanimité.

Le Groupe propose de fusionner la règle de rattachement pertinente avec la disposition relative à la subrogation conventionnelle (article 12).

Question 19 : loi applicable à la subrogation

La Commission demande s'il est utile de préciser le champ d'application respectif des articles 12 et 13 de la convention.

Le sous-groupe est favorable à une distinction entre subrogation conventionnelle et subrogation légale. En substance, il propose de déplacer la frontière entre les articles 12 et 13 en faisant glisser la subrogation conventionnelle dans l'article 12, car celle-ci soulève une question d'opposabilité aux tiers analogue à celle que suscite la cession de créances, tandis que la subrogation légale serait seule régie par l'article 13. Il propose donc de soumettre la subrogation conventionnelle à la loi de la créance transférée et son opposabilité aux tiers, à la loi du pays dans lequel le subrogeant a sa résidence habituelle au moment de la cession.

Cette solution avait déjà été retenue dans l'avant-projet de 1972. Elle permet aussi l'application d'une loi unique lorsque la même partie cède sa créance en même temps qu'elle subroge un tiers sur la même créance. En revanche, la question de l'existence d'une subrogation conventionnelle relève de la règle générale de rattachement en matière de contrats.

Le Groupe approuve ce rapprochement entre la subrogation conventionnelle et la cession de créances, selon la formulation suivante :

« Article 12. – Cession de créances et subrogation conventionnelle.

Les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance ou entre le subrogeant et le subrogé sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie.

La loi qui régit la créance cédée ou transférée par subrogation conventionnelle détermine le caractère cessible ou transférable de celle-ci, les rapports entre le débiteur et le cessionnaire ou le subrogé, les conditions d'opposabilité de la cession ou de la subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

La loi du pays dans lequel le cédant ou le subrogeant a sa résidence habituelle au moment de la cession régit l'opposabilité de la cession ou de la subrogation aux tiers.»

De plus, l'article 13 recevrait l'intitulé « Subrogation légale ».

Question 20 : loi applicable à la compensation

La Commission demande s'il convient de préciser la loi applicable à la compensation légale et, dans l'affirmative, quelle règle de conflit doit être préconisée.

Le sous-groupe répond par l'affirmative et propose un rattachement cumulatif de la compensation légale (automatique ou sur déclaration), sous réserve des dispositions spécifiques contenues dans des actes communautaires sectoriels. Il précise en outre que la compensation conventionnelle, qui découle d'un contrat, doit être régie par sa loi propre.

Les membres sont partagés entre le rattachement cumulatif proposé par le sous-groupe et la compétence de la loi de la créance à laquelle la compensation est opposée (créance passive) retenue en Allemagne. La loi de la créance antérieure est également évoquée en guise de « troisième voie ». Malgré les réticences de membres, le système cumulatif est préféré, sous réserve de l'application du règlement sur l'insolvabilité.

Le rattachement cumulatif a été consacré par la Cour de justice dans un arrêt en chambre plénière du 10 juillet 2003 (14). En l'espèce, les créances litigieuses étaient respectivement soumises au droit communautaire et au droit belge. Or, d'après le droit belge (de la créance active), la créance n'était pas liquide. Il est fait observer qu'en écartant en l'espèce la compétence de la loi de la créance passive, la Cour a évité la nécessité de définir un régime de la compensation en droit communautaire, même si elle en a déjà admis le principe dans sa jurisprudence antérieure.

Le rattachement cumulatif présente l'avantage de préserver l'égalité entre les créanciers et d'assurer la protection des intérêts de chacune des parties. Certes, il présente l'inconvénient d'être restrictif alors que le législateur de droit matériel tend à encourager la compensation. Un autre inconvénient réside dans le fait qu'il s'écarte de la solution retenue par l'article 6 du règlement sur l'insolvabilité. Une solution unique pour la compensation, qu'elle soit invoquée contre le débiteur in bonis ou contre le débiteur en faillite, est donc préférée par certains membres du Groupe.

La compétence de la loi de la créance passive a certes été retenue en Allemagne. Néanmoins, cette solution est fortement liée au droit matériel allemand, qui subordonne la compensation à la réalisation d'une déclaration unilatérale. Cette solution a pour inconvénient de faire dépendre la solution d'un aléa procédural, puisque la désignation de la loi applicable dépend non seulement du créancier qui agit en premier, mais encore de l'existence d'une action. Ainsi, lorsqu'une créance protégée par une interdiction de compensation est face à une autre créance non protégée, le système allemand donne compétence à la loi du demandeur, de sorte que le salarié, par exemple, serait protégé s'il est demandeur mais non s'il est défendeur. Mais il est vrai que le titulaire de la créance passive a au moins la garantie de voir la compensation régie par la loi de sa créance. De plus, lorsque le demandeur réclame l'exécution et que le défendeur lui oppose la compensation, le défendeur qui invoque la compensation n'a pas besoin d'être protégé.

Le Groupe propose de formuler comme suit la disposition relative à la compensation :

« Article 10bis. – Compensation légale

L'extinction par compensation de deux ou plusieurs obligations dont l'une au moins est contractuelle est régie cumulativement par la loi applicable à chacune de ces obligations. »

Question 5 : Interaction d'un acte communautaire et de conventions internationales existantes

La Commission invite à une réflexion sur les orientations à prendre en ce qui concerne l'interaction entre un éventuel instrument Rome I et les conventions internationales existantes.

Le Groupe relève qu'il y a de bonnes raisons pour retenir des règles différentes pour Rome I et Rome II à cet égard. Dans les rapports entre les conventions internationales existantes et Rome I, la principale difficulté réside dans le manque d'uniformité des solutions. Le but doit donc être de remédier à ce manque d'uniformité, ce que les conventions de La Haye ne permettent pas d'assurer pour l'instant.

Si l'on prend l'exemple de la convention de La Haye de 1955 sur la vente (15) ou de celle de 1978 sur les intermédiaires (16), il n'est pas nécessairement souhaitable de maintenir un droit international privé de la vente ou de la représentation pour quelques États seulement. Il faudrait alors inciter les États, soit à dénoncer les conventions existantes, soit à les ratifier. D'ailleurs, la dénonciation pourrait être limitée aux relations intracommunautaires.

Question 6 : Clauses d'élection de for et d'arbitrage

La Commission demande si des règles de conflit relatives aux clauses d'arbitrage et d'élection de for seraient utiles.

Le Groupe se prononce contre l'insertion des clauses d'arbitrage et d'élection de for dans l'instrument Rome I. Compte tenu des incidences procédurales de ces clauses, elles devraient de préférence être traitées dans le règlement Bruxelles I.

S'agissant des clauses d'élection de for, tous s'accordent à dire que les dispositions classiques régissant la loi applicable au contrat ne sont pas adaptées mais que l'article 23 du règlement Bruxelles I n'est pas suffisant.

L'article 23 ne régit pas la question de la loi applicable à ces clauses. Dès lors, si les clauses d'élection de for sont exclues de Rome I, on aboutit à une lacune. Une solution serait de distinguer suivant les questions posées et d'appliquer Rome I à certaines d'entre elles, par exemple celle des vices du consentement, mais d'exclure son application pour d'autres questions plus spécifiques.

Si l'on inclut – fût-ce partiellement – les clauses d'élection de for dans Rome I, l'application de l'article 8, qui jouera le plus souvent, se heurtera à la détermination de la loi putative du contrat. Le cas des clauses récapitulatives de clauses attributives de juridiction contenues dans plusieurs contrats pose à cet égard des problèmes insolubles. Ainsi, l'inclusion des clauses attributives de juridiction dans Rome I nécessiterait un travail en profondeur, qui semble démesuré.

De plus, il convient d'attendre l'évolution du nouveau projet en cours d'élaboration au sein de la Conférence de La Haye.

V. – Projets de la Conférence de La Haye

Deux phénomènes marquent ces dernières années les activités de la Conférence de La Haye. Premièrement, le nombre d'États participants a nettement augmenté. Quinze à vingt nouveaux États ont dernièrement participé aux négociations, notamment de nouveaux pays d'Amérique latine, comme le Brésil, ou d'Afrique, telle l'Afrique du Sud, ou encore des pays musulmans, comme la Jordanie. Ensuite, les relations avec les institutions européennes ont évolué. L'ensemble des États membres de l'Union ont signé la convention sur la responsabilité parentale et un compromis a été trouvé pour assurer la compatibilité entre cette convention et le règlement Bruxelles II. La Communauté a effectué une demande d'adhésion à la Conférence, demande que la Conférence accueille favorablement même si cela implique des modifications internes pour une structure entièrement organisée autour des représentations étatiques. Au vu de ces différentes évolutions et afin de répondre au besoin de formation des praticiens venant de pays en voie de développement, la Conférence se propose de créer, en coopération avec d'autres institutions, par exemple la Communauté, un Institut qui serait chargé d'organiser des séminaires de formation.

Le Groupe souligne l'importance de cette proposition et estime que le besoin de création d'un Institut encadrant la formation est réel. Déjà, le site Internet de la Conférence constitue un bel outil d'information. Les membres du Groupe se disent prêts à participer à pareille initiative et l'Institut Ludwig Boltzmann en particulier manifeste son intérêt pour de futures coopérations. Ils insistent cependant sur plusieurs éléments. Le budget devrait sans doute être étoffé en prévision de l'organisation de séminaires sur d'autres continents. L'indépendance de l'Institut devrait être assurée, en vue de souligner sa spécificité et de lui permettre une large autonomie dans l'organisation de ses activités. La Conférence devrait également utiliser cet Institut pour mieux connaître l'état de

fonctionnement de ses conventions et d'en assurer, à terme, une interprétation aussi uniforme que possible.

En ce qui concerne l'adhésion de la Communauté, plusieurs questions restent en suspens. La question du sort des conventions plus anciennes auxquelles sont parties les États membres devra encore faire l'objet d'une négociation. L'adhésion de la Communauté influencera peut-être les procédures décisionnelles. Il est souhaitable que les décisions puissent se prendre par la voie du consensus, comme cela a été le cas pour la négociation de la convention sur les titres. Le règlement des situations de blocage nécessitant un vote pourrait s'inspirer de la pratique d'autres organisations internationales. La Conférence souhaite que les États membres de l'Union européenne puissent continuer à s'exprimer librement afin de refléter la diversité des cultures juridiques représentées à la Conférence ainsi que la multiplicité des arguments devant être pris en considération dans la négociation d'un instrument juridique. À ce sujet, un membre du Groupe déplore que le nombre d'universitaires présents lors des négociations diminue. Le Secrétaire général de la Conférence souhaite également que la diversité des représentations soit conservée.

VI. – Suivi du droit dérivé et projet de Constitution de l'Union européenne

1. Projet de Constitution de l'UE

CH. KOHLER présente l'article III-170 du projet de Constitution de l'Union européenne, qui intégrerait en les modifiant les dispositions de l'article 65 CE actuel. Le projet de refonte des traités dépasse l'ambition de la création d'une structure constitutionnelle de base et propose également une révision des politiques matérielles. Le nouvel article, modifié par le sous-groupe puis retouché par la présidence de la Convention, présente par rapport à la situation actuelle trois modifications importantes.

Premièrement, la mention de la nécessité d'un rattachement au marché intérieur a été abandonnée (contrairement à la proposition initiale du groupe de travail qui, au sein de la Convention, était chargé de la révision de l'article). La compétence reste cependant limitée aux situations transfrontières. Il s'agit d'un changement de perspective important puisque la coopération judiciaire en matière civile ne serait plus accessoire à la politique du marché intérieur, mais pourrait constituer une politique autonome. Elle reste cependant soumise aux limites de compétences attribuées et aux exigences des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Ensuite, l'alinéa premier in fine prévoit que la coopération peut inclure « l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres ». La compétence attribuée jusqu'à présent devait « favoriser » la compatibilité des règles applicables dans les États membres, ce qui excluait le rapprochement des législations. Les termes du projet ouvrent par contre la voie au rapprochement des législations.

Enfin, la référence faite au droit de la famille reste en deçà des propositions du sous-groupe. Les mesures relatives au droit de la famille peuvent être adoptées par le Conseil à l'unanimité après consultation du Parlement. Une clause prévoit toutefois la possibilité pour le Conseil de soumettre certains aspects du droit de la famille au processus législatif normal, à la suite d'une décision unanime.

Le principe de reconnaissance mutuelle fait l'objet d'une institutionnalisation. Il est expressément mentionné dans l'article III-170 et dans l'article 41. Cette référence ne pourrait se confondre avec l'instauration d'une sorte de « Full Faith and Credit Clause ». L'article 41 comporte un programme d'action. Cependant, alors que les premier et dernier tirets de la disposition envisagent des actions concrètes, le deuxième tiret repose sur des termes vagues et une logique incertaine qui devrait l'empêcher de constituer une règle directement applicable. La jurisprudence de la Cour de justice pourrait toutefois donner un contenu inattendu à une telle disposition.

De manière générale concernant le projet de Constitution, deux remarques sont formulées. La compétence de la Cour devient entière pour la matière civile. La situation de l'Irlande, du Danemark et du Royaume-Uni est incertaine puisque le sort du protocole annexé au traité d'Amsterdam n'est pas encore fixé.

2. Droit dérivé

Différentes directives contiennent des règles de droit international privé. E. JAYME attire l'attention des membres du Groupe sur trois types de règles en particulier.

a) Directives 2001/17 et 2001/24 relatives respectivement à l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance et des établissements de crédit (17).

Ces deux directives contiennent une série de règles de rattachement similaires soumettant, de manière générale, les mesures d'assainissement et de liquidation à la loi de l'État membre d'origine de l'entreprise ou de l'établissement, sous réserve de règles particulières concernant certains types de droits (droits réels), de contrats (contrat de travail) ou de biens (biens soumis à enregistrement). En outre, ces deux directives contiennent des règles particulières relatives à la compensation identiques à celles contenues dans le règlement sur l'insolvabilité. La législation de l'État d'origine

régit les conditions de l'opposabilité d'une compensation . Néanmoins, un créancier conserve le droit d'invoquer la compensation de sa créance avec la créance de l'entreprise d'assurance ou de l'établissement de crédit lorsque cette compensation (18)est permise par la loi applicable à la créance de l'entreprise d'assurance ou de l'établissement de crédit (19). Ces directives se rapprochent de la solution allemande consistant en l'application de la loi de la créance à laquelle la compensation est opposée.

On remarquera en outre que les directives sont applicables au Danemark alors que le règlement relatif aux procédures d'insolvabilité (dont elles s'inspirent) ne l'est pas.

b) Directive 2002/65 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs (20).

Cette directive contient deux règles intéressant le droit international privé.

L'article 3, paragraphe 4, contient une règle spéciale sur la culpa in contrahendo. Les informations devant être communiquées au consommateur en phase précontractuelle doivent être conformes à la loi applicable au contrat s'il était conclu. Cette règle de conflit spéciale relative à l'information du consommateur rattache cette phase d'information à la sphère contractuelle, alors que la Cour de justice avait rattaché celle-ci à la matière non contractuelle (21).

L'article 16 de la même directive prévoit que les États membres peuvent imposer des règles nationales conformes à la directive à l'égard d'un fournisseur établi dans un État membre qui n'a pas encore transposé la présente directive et dont le droit n'impose pas d'obligations correspondant à celles prévues par la directive. Cette disposition constitue l'épilogue des affaires de la Grande Canarie, dans lesquelles des consommateurs allemands avaient été privés de la protection d'une directive transposée en Allemagne mais non en Espagne.

Cette disposition suscite différentes réflexions.

Premièrement, avant l'échéance du délai de transposition, il est probable que le recours à l'article 16 est exclu.

Ensuite, la nature des « règles nationales » dont l'État transposant peut faire application lorsque l'État membre de résidence du fournisseur n'a pas encore transposé la directive n'est pas précisée. Cela ouvre la porte à la mise en œuvre de règles matérielles, mais aussi de règles de conflit de lois, la seule restriction visant leur conformité à la directive.

Enfin, d'après la formulation de l'article 16, ses rédacteurs envisagent que la règle de rattachement pertinente désigne la loi du lieu d'établissement du fournisseur. En effet, les règles du for peuvent être opposées à l'égard d'un fournisseur établi dans un État membre n'ayant pas encore transposé la directive, comme si la loi applicable était naturellement la loi du lieu d'établissement du fournisseur. On peut reconnaître dans ce présupposé à la fois l'incarnation du principe de la loi d'origine et une représentation limitée du fonctionnement de la convention de Rome : le considérant 8 indique que la directive ne porte pas atteinte au fonctionnement de celle-ci de sorte que l'article 16 traduirait le présupposé, en partie erroné, selon lequel la convention désigne la loi du fournisseur. Si l'article 4 de la convention désigne fréquemment cette loi, d'autres dispositions de la convention peuvent mener à l'application d'une autre législation. Il est possible que le 8ème considérant ait été introduit par le service juridique alors que l'article 16 a été rédigé par la DG consommation. L'article 16 peut également être lu comme une sanction imposée à l'État défaillant au travers de ses fournisseurs.

c) Divers

P. LAGARDE attire l'attention du Groupe sur une disposition introduite dans le projet de directive sur les pratiques déloyales (22)qui contredirait pour partie le projet Rome II. Selon le projet Rome II, le professionnel peut être soumis à la législation du marché concerné. Le projet de directive sur les pratiques déloyales prévoit en revanche que le professionnel se conforme à la législation de son État d'origine.

La notion de matière ayant une incidence transfrontière fait ensuite l'objet d'une discussion générale. P. LAGARDE fait état du débat qui anime la Commission au sujet de cette notion, certains soutenant une interprétation large de l'incidence transfrontière pouvant survenir « par contagion ». L'introduction d'une procédure spéciale permettant d'invoquer la violation des droits fondamentaux au stade de l'exécution en fournit un exemple. L'introduction d'une telle procédure pour les jugements étrangers devrait profiter aux jugements nationaux sous peine de discrimination. En effet, si la procédure ne concernait pas les situations internes, le créancier étranger qui verrait sa créance bloquée à la suite de cette procédure se trouverait dans une situation moins favorable que le créancier local. Cette situation constituerait une discrimination au regard du traité CE. Dans le chef du débiteur, par contre, l'incapacité de recourir à une procédure spéciale contre un créancier local, alors que cette procédure est ouverte contre un créancier étranger, constitue une discrimination à rebours. La première situation évoque la possibilité de situations internes à l'origine, appelées à acquérir une incidence transfrontière par contagion (ici, à la suite de l'introduction d'une procédure spéciale au stade de l'exécution pour les jugements étrangers qui, si elle ne s'appliquait pas aux jugements nationaux, désavantagerait les créanciers étrangers). CH. KOHLER fait part des oppositions entre le Conseil et la Commission à cet égard, survenues notamment à propos de la directive sur l'assistance judiciaire. Pour la Commission, la directive devait couvrir les situations internes, car toute espèce a vocation à

avoir un jour une incidence transfrontière. Le service juridique du Conseil a rendu un avis strict à ce sujet, considérant qu'il est impossible de prendre en considération l'incidence transfrontière potentielle inhérente à toute situation. L'hypothèse précitée serait, selon cet avis, constitutive d'une discrimination à rebours à régler conformément au droit national.

Les membres du Groupe évoquent différents arrêts de la Cour de justice montrant que la notion de situation ayant une incidence transfrontière reste incertaine. Limité à la circulation des marchandises, l'arrêt Pistre du 7 mai 1997 (23) montre que des situations localisées dans un espace géographique très restreint peuvent, en bloquant les exportations par exemple, affecter la circulation des marchandises. L'arrêt Rechnungshof du 20 mai 2003 (24) pourrait contenir une extension générale de la notion. Dans cet arrêt, la Cour admet explicitement qu'un plaignant se fonde sur la directive relative à la protection des données à caractère personnel dans une situation purement interne et affirme que le domaine d'application d'un acte ne peut varier en fonction des cas d'espèce. La portée de cette affirmation reste à déterminer. Le domaine de la protection des données est spécifique et la directive en question prévoit son application aux situations internes.

1. V. Documents du GEDIP.

2. Par exemple, la convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

3. CJ, 28 mars 2000, Aff. C-7/98, Krombach.

4. Cour EDH, 20 juillet 2001, Pellegrini c. Italie, requête n° 30882/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII.

5. Barnette v. United States of America [2003] ECWA Civ. 392, 24 mars 2003.

6. Cour EDH, 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni, requête n° 14038/88, Série A161, 26 juin 1992, Drozd et Janousek c. France et Espagne, requête n° 12747/87, Série A240 ; et 12 juillet 2001, Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, requête n° 42527/98, Recueil des arrêts et décisions, 2001-VIII.

7. On pense en particulier à la participation du ministère public au délibéré de la Cour de cassation, autrefois acceptable au regard de la convention, puis sanctionnée par la Cour européenne – Cour EDH, 30 octobre 1991, Borgers c. Belgique, requête n° 12005/86, Série A214-B.

8. CJ, 28 mars 2000, aff. C-7/98, Krombach.

9. [2002] EWCA Civ. 774 ; [2002] 3 W.L.R. 1060, C.A.

10. CJ, 9 novembre 2000, aff. C-381/98.

11. Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation ; convention du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes.

12. Par exemple, art. 19 LDIP suisse.

13. §§ 34 et 35 du commentaire consolidé. V. Documents du GEDIP.

14. CJ, 10 juillet 2003, aff. C-87/01, Commission c. Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE).

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

16. Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

17. Directive 2001/17 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance, JO 2001, L 110/28 ; directive 2001/24 du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit, JO 2001, L 125/15.

18. Art. 9., § 2, c, de la directive 2001/17, et art. 10, paragraphe 2, c, de la directive 2001/24.

19. Art. 22 de la directive 2001/17.

20. Directive 2002/65 du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619 du Conseil, 97/7 et 98/27, JO 2002, L 271/16.

21. CJ, 17 septembre 2002, aff. C-334/00, Tacconi.

22. COM (2003) 356 final.

23. Aff. C-321/94 à C-324/94.

24. Aff. C-465/00, C-138/01 et C-139/01, Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk.

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

Responsable de la page: [Bernadette Martin-Bosly](#)

Dernière mise à jour le 26-09-2011