

## Quatorzième réunion

Tenerife, 17-19 septembre 2004

### COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Lors de sa quatorzième réunion, qui s'est tenue à Tenerife du 17 au 19 septembre, le Groupe européen de droit international privé a continué l'examen des questions de droit international privé relatives au partenariat. Il a également poursuivi ses travaux concernant les règles de rattachement et les règles d'applicabilité face aux droits de l'homme, et entamé une étude sur les droits de la personnalité et la liberté de presse en droit international privé.

Le Groupe a encore examiné les évolutions du droit dérivé communautaire en matière de droit civil et commercial. Enfin, il a pris connaissance des projets en cours et d'avenir de la Commission.

La séance inaugurale fut rehaussée par la participation du Président de la Communauté autonome des Canaries et du Recteur de l'Université de La Lagune, parmi d'autres personnalités. Au cours de cette séance, H. VAN LOON a prononcé un hommage particulièrement sensible à GEORGES A. L. DROZ, membre du Groupe récemment disparu, à qui il avait succédé au poste de Secrétaire général de la Conférence de La Haye de droit international privé.

#### I. – Partenariat et droit international privé

K. SIEHR rappelle les principaux points du débat soulevés en matière de partenariats enregistrés dans ses travaux antérieurs, sur la base d'une nouvelle proposition élaborée par le sous-groupe de travail. L'objectif du Groupe est d'adopter un accord dans ce domaine avec la finalité de présenter un document à la Commission.

Le rapporteur est conscient des difficultés et de la complexité de la proposition élaborée et des possibles connotations de politique législative pour certains États qu'elle pourrait également entraîner.

Le sous-groupe de travail soumet un deuxième texte révisé au mois de juin 2004.

##### Article 1

This instrument shall apply to formalised family unions (partnerships) evidenced by

- [a] celebration of marriage between same-sex partners]
- b) registration of declarations of a non-marital relationship made by opposite-sex or same-sex partners
- c) registration of contracts on a non-marital relationship drawn up by opposite-sex or same-sex partners.

##### Article 2

A partnership validly established in another Member State shall be recognised as such [provided that, at the time of establishment,

- a) at least one partner was habitually resident in this Member State or
- b) at least one partner was a national (in the United Kingdom and Ireland a domiciliary) of this Member State. ]

##### Article 3

[(1) Maintenance obligations arising from a partner relationship are covered by the rules of the Hague Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations (1973 Hague Convention). ]

(2) If the creditor is unable, by virtue of the laws referred to in the 1973 Hague Convention, to obtain maintenance from the debtor, the law of Member State in which the partnership has been established shall apply.

[3] Maintenance obligations not covered by the 1973 Hague Convention are governed by the law chosen by the partners or, if the applicable law has not been chosen, by the law of the Member State in which the partnership has been established. ]

#### Article 4

(1) Succession is governed by the law designated by the regular rules of private international law of the forum state on succession.

(2) If the law governing intestate succession does not provide a statutory share of the estate for the surviving partner [or their children], the law of the Member State in which the partnership has been established shall apply.

#### Article 5

(1) The partnership property regime is governed by the internal law designated by the partners.

The law thus designated applies to the whole of their property. Nonetheless, the partners may designate with respect to all or some of the immovable property, the law of the place where such immovable property is located. They may also provide that any piece of immovable property which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where the immovable property is located.

(2) If the partners have not designated the applicable law, their partnership property regime is governed by the internal law of the Member State in which the partnership has been established.

#### Article 6

(1) Decisions of a Member State of the EU terminating a partnership shall be recognised by analogous application of Articles 21 ff. of the Brussels II Regulation 2201/2003 of 27 November 2003.

(2) If a partnership has been terminated in a Member State without any court decision, the termination is recognised if it is valid under the law of the Member State in which the partnership has been established. This also applies to the termination of a partnership by marriage.

#### Article 7

(1) If the same partners established different types of partnerships in different Member States, the partnership established last prevails.

(2) A partnership validly established in a Member State will not be recognised if such recognition is manifestly contrary to public policy of the forum state.

Il s'agit d'un texte alternatif à celui qui a été discuté à la réunion de Vienne en 2003, qui répond à quatre objectifs principalement :

Chaque partenariat légalement établi dans un État membre sera reconnu dans les autres États membres.

En l'absence des règles européennes de conflit de lois relatives au mariage et aux effets du mariage, le droit du partenariat ne doit pas se limiter à l'application correspondante de telles règles de conflit de lois uniformes.

Chaque partenariat serait reconnu « en tant que tel », i.e. avec des effets identiques ou analogues à ceux prévus par la loi d'enregistrement. Ce but (policy) est poursuivi par deux types des règles :

a) Les effets d'un partenariat sont normalement rattachés à la loi applicable aux effets d'une quelconque relation entre vifs ou avec une personne décédée. Ainsi, les règles qui régissent les aliments et les successions s'appliquent aussi aux problèmes relatifs aux aliments et aux successions entre partenaires. Ces règles confirment le droit en vigueur dans les États membres et, partant, elles ont un effet déclaratif.

b) En accord avec ces règles de conflit, si la loi applicable ne reconnaît pas un effet particulier prévu par la loi d'enregistrement du partenariat, cette dernière loi s'appliquera de manière subsidiaire.

La dissolution d'un partenariat dans un État membre sera reconnue dans un autre État membre.

Sur l'opportunité de présenter une proposition fondée sur la « théorie de la reconnaissance », plusieurs raisons sont avancées.

Les partenariats enregistrés ne sont toujours pas acceptés dans tous les États membres. Certaines unions avec des effets différents ont été mises en place dans certains États membres. Des travaux législatifs sont en cours dans certains États, comme l'Espagne.

L'Union européenne a adopté le règlement 723/2004 du 22 mars 2004 modifiant les statuts des fonctionnaires des Communautés européennes (1), qui modifie l'article 1er de l'annexe VII qui vise le « partenaire stable non matrimonial ». Même ici, le développement n'est pas encore achevé.

Dans ce domaine, l'action législative de l'Union Européenne devrait se concentrer sur la reconnaissance des partenariats établis dans un État membre, tout en laissant aux États membres le soin de régler les conditions d'établissement, les effets et la dissolution des partenariats. Le règlement ne couvrirait pas les partenariats établis dans des États non membres de l'Union. À cet égard, chaque État serait libre d'élaborer ses propres règles ou d'appliquer le règlement.

Les débats ont porté principalement sur le mérite de poursuivre la discussion sur ce sujet, sur la nécessité de restreindre le texte proposé en limitant le champ d'application aux situations intracommunautaires et sur les avantages de cerner le débat sur la reconnaissance mutuelle. À cet égard, certains membres du Groupe ont manifesté leurs réserves avec les termes utilisés. Plusieurs membres ont critiqué l'utilisation excessive de l'exception d'ordre public. De plus, le débat a évoqué l'inconsistance d'une proposition relative à la reconnaissance des partenariats enregistrés qui ne prenne pas en compte l'absence de règles de conflit uniformes en matière de mariage.

Certains membres soulignent que l'hésitation à examiner ce sujet dans les réunions antérieures est une des raisons pour lesquelles le sous-groupe de travail a décidé de restreindre le champ d'application de la proposition à la matière de la reconnaissance. Néanmoins, si le désintérêt persiste, il faudrait s'interroger sur l'opportunité d'abandonner ce sujet et attendre la position de la Cour de justice.

D'aucuns rappellent que le Groupe est un groupe scientifique et que, partant, il devrait se limiter à observer la réalité et à proposer des solutions. Dans un futur prochain, il est prévisible que les différentes formes de partenariats et d'unions familiales reconnues dans les États membres demanderont des réponses aux questions posées. A ce moment, il faudrait trouver des formules pour réaliser la coordination des systèmes. Du point de vue technique, il faudrait déterminer si on veut retenir une même règle de droit applicable pour les relations de mariage et pour les partenariats. Aussi, si le mariage et ses effets devaient être régis par la loi du lieu de célébration, il n'y aurait pas d'obstacle à utiliser le lieu d'enregistrement pour les relations hors mariage. Mais si on retient le critère de la nationalité pour régir le mariage, la loi du lieu d'enregistrement pourrait soulever des problèmes de qualification variables d'un pays à l'autre.

En ce qui concerne la proposition de restreindre le champ d'application aux situations intracommunautaires, certains membres du Groupe soulignent l'incompatibilité de cette limitation avec la politique de la Communauté poursuivie dans les instruments Rome I et Rome II contenant des règles à caractère universel. D'autres estiment que cette limitation ne devrait pas être écartée si le droit qui régit les partenariats retient comme critère de rattachement la loi de l'enregistrement. L'adoption de ce critère pourrait être considérée comme une règle strictement communautaire dans la mesure où elle s'écarte du principe de rattachement dominant en droit familial.

Il est rappelé que le droit comparé des États membres montre une accélération progressive de la reconnaissance légale des partenariats et que la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (2) établit la signification suivante du terme « partenaire » : « la personne avec laquelle le citoyen de l'Union a contracté un partenariat enregistré, sur la base de la législation d'un État membre, si, conformément à la législation de l'État membre d'accueil, les partenariats enregistrés sont équivalents au mariage, et dans le respect des conditions prévues par la législation pertinente de l'État membre d'accueil ». Sur la base de ces données, d'aucuns considèrent que les efforts du Groupe devraient porter sur l'approche choisie pour trouver des règles appropriées.

À l'issue des débats, certains membres du Groupe soulignent l'opportunité de cerner la discussion sur la reconnaissance du partenariat enregistré entre les États membres de l'Union. Cette approche n'élimine pas les hésitations des membres sur la portée de la reconnaissance et ils s'interrogent toujours sur l'opportunité de limiter le champ d'application aux situations intracommunautaires sur la base du principe de confiance mutuelle ou à l'inverse, d'opter pour une règle à caractère universel. En faveur de la libre circulation des personnes dans l'Union, le Groupe tend à retenir, d'une part, la reconnaissance d'un partenariat enregistré valablement dans un État membre et, d'autre part, la reconnaissance des partenariats qui ont déjà été reconnus dans un État membre à condition que l'un des partenaires au moins ait eu sa résidence habituelle dans cet État membre. La référence au terme « reconnaissance » soulève des divergences entre les membres du Groupe. D'autres soulignent que ce problème récurrent pourrait être résolu par l'utilisation d'un autre terme, tel que « appliquer » ou « tenir pour acquis » un fait ou une situation créé dans un autre pays.

Le sous-groupe suggère d'examiner les différentes propositions discutées sur la base de trois règles essentielles :

- un partenariat valablement créé dans un État membre sera reconnu dans les autres États membres (à condition que l'un ou les deux partenaires aient eu sa ou leur résidence habituelle dans cet État membre) ;
- les effets admis par l'État d'origine seront reconnus dans chaque État membre ;

– la dissolution d'un partenariat sera reconnue dans tous les États membres.

Une autre question à considérer concerne l'introduction d'une clause d'ordre public dans le texte proposé. Cette clause pourrait être invoquée par les États membres pour refuser la reconnaissance d'un partenariat ou la reconnaissance de ses effets. L'introduction d'une clause d'ordre public est l'objet d'un intense débat et finalement le Groupe s'accorde qu'une telle clause s'avère nécessaire. Mais elle devrait être façonnée comme clause « spéciale » pour tenir compte des données propres à la Communauté européenne.

Au cours de la séance de travail, le sous-groupe présente une nouvelle version du texte sur les partenariats enregistrés en droit international privé.

Version du texte révisé (septembre 2004) :

#### Article 1 : Partenariats

(1) Le présent instrument s'applique aux unions formalisées entre deux personnes (ci-après « partenariats ») qui font l'objet

- a) de l'enregistrement d'une relation non maritale entre deux personnes de sexe opposé ou du même sexe ou,
- b) de l'enregistrement d'un accord créant une relation non maritale entre deux personnes de sexe opposé ou du même sexe.

[(2) Le présent instrument ne s'applique pas aux mariages entre personnes de sexe opposé ou du même sexe].

#### Article 2 : Création du partenariat

(1) Un partenariat valablement créé dans un État membre [en vertu de ses règles de droit international privé] sera également valable [ou : sera reconnu] dans tous les États membres [à condition que l'un des partenaires au moins ait eu sa résidence habituelle dans cet État membre au moment de la création].

(2) Un partenariat valablement créé dans un État tiers sera également valable [ou : sera reconnu] dans tous les autres États membres à condition que :

- a) il ait été accepté [ou reconnu] en tant que partenariat valable dans un État membre et que
- b) les partenaires aient eu leur résidence habituelle dans cet État membre.

(3) Si les mêmes partenaires ont créé différents types de partenariats, le partenariat créé le plus récemment prévaut.

(4) Un partenariat créé entre des personnes dont l'une est encore liée à un tiers par un partenariat valable dans l'État du for, ne sera pas accepté [ou reconnu] jusqu'à la dissolution valable du premier partenariat.

#### Article 3 : Effets du partenariat

(1) Les partenaires bénéficieront, dans tous les États membres, de tous les droits équivalents à ceux qui découlent du partenariat en vertu de la loi de l'État de sa création.

(2) Les effets comprennent :

- a) Les effets personnels d'un partenariat,
- b) Les effets patrimoniaux d'un partenariat,
- c) Les droits successoraux des partenaires.

(3) Le présent article n'affecte pas l'application des instruments internationaux auxquels l'État du for est partie.

#### Article 4 : Dissolution du partenariat

(1) Lorsqu'un partenariat a été dissous, dans un État membre, par une décision judiciaire, cette décision sera reconnue conformément à des principes analogues à ceux du règlement Bruxelles IIbis.

(2) Lorsqu'un partenariat a été dissous, dans un État membre, sans décision d'une autorité étatique, la dissolution sera également valable [ou : reconnue] dans tous les autres États membres. Ceci s'applique également à la dissolution d'un partenariat du fait d'un mariage.

#### Article 5 : Ordre public en général

La création, les effets et la dissolution d'un partenariat ne seront pas acceptés [ou reconnus] si cette acceptation [ou reconnaissance] est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

## Article 6 : Ordre public européen

### Variante 1

Dans les situations visées par le droit de l'Union européenne, un État membre ne peut écarter l'application du droit d'un autre État [membre] du seul fait que ce droit permet le mariage de personnes de même sexe ou une relation de partenariat entre personnes de même sexe ou de sexe différent [à moins que l'un et l'autre partenaires aient eu leur résidence habituelle sur son territoire au moment de la conclusion de la relation].

### Variante 2

Dans les situations visées par le droit de l'Union européenne, un État membre ne peut refuser de reconnaître la validité ou les effets d'une relation matrimoniale, d'un partenariat enregistré ou de toute autre relation de couple [donnant lieu à enregistrement] pour le seul motif que son propre droit ne permet pas la conclusion de telles relations entre personnes de même sexe, ni la conclusion d'un partenariat entre personnes de même sexe ou de sexe opposé [à moins que l'un et l'autre partenaires aient eu leur résidence habituelle sur son territoire au moment de la conclusion de la relation].

La substance du texte n'a pas changé par rapport à la version précédente. L'article 6 sur l'ordre public européen a été ajouté et l'on a exclu de l'article 1er les mariages entre personnes de même sexe, suivant les suggestions de certains membres du Groupe et avec la finalité de limiter le champ d'application aux partenariats.

En ce qui concerne le titre du document, d'aucuns signalent que l'expression « Les partenariats enregistrés en droit international privé » ne correspond pas au contenu de la proposition qui vise uniquement la reconnaissance d'un partenariat.

Le débat a porté notamment sur la rédaction et le contenu des articles 1er et 2 du nouveau texte. Pour d'aucuns, la notion de « partenariat » incluse dans l'article 1er devrait faire l'objet d'une définition précise en vue de délimiter le champ d'application de la proposition. Le terme « partenariat enregistré » n'est pas une notion très utile en droit comparé. Les dénominations et les contenus varient d'un pays à un autre. Certains membres émettent une préférence pour le terme « union familiale » prévu dans le texte de juin 2004. D'autres suggèrent l'inclusion du terme « partenariat civil », en tant qu'il s'agit d'une terminologie acceptée en Angleterre. Néanmoins, ce terme pose des difficultés lors de sa traduction en français et l'on propose comme alternative possible l'utilisation du terme « Union non maritale d'un couple ». Le Groupe convient qu'une terminologie homogène devrait être utilisée dans l'articulation du texte proposé. À cet égard, la rédaction de l'article 1er et notamment des lettres a) et b) est critiquée. La référence à « une union non maritale » faite dans les lettres a) et b) est considérée comme superflue, étant donné que le paragraphe (2) établit que l'instrument « ne s'applique pas aux mariages ». D'autres remarques sur l'article 1er concernent l'emploi du terme « [formalisées] » dans le premier paragraphe. À cet égard, la plupart des membres se prononcent en faveur de sa suppression parce que cette expression n'a aucune substance du point de vue du droit civil. Enfin, le Groupe propose la substitution de l'expression trop large de « Partenariats » qui fait le titre de l'article 1er par les mots « Domaine d'application ».

Dans l'ensemble toutefois, la nouvelle version apparaît comme contenant de notables améliorations.

La question s'est posée de savoir s'il fallait limiter le texte aux relations formalisées par un enregistrement. Alors qu'une fusion des points a) et b) est suggérée, d'autres indiquent qu'une formulation distincte repose sur une tendance à différencier les relations contractuelles des relations de type institutionnel. La question est restée ouverte, en raison notamment de l'existence d'unions de pur fait qui peuvent faire l'objet d'une reconnaissance légale sans enregistrement. D'un autre côté, une limitation du texte au partenariat enregistré pourrait assurer l'aboutissement du texte, sans exclure une extension éventuelle à d'autres unions. Pour le même motif, la différence entre les effets du partenariat et ceux du mariage de personnes de même sexe devrait inciter à laisser celui-ci en dehors du domaine du texte.

Le paragraphe (2) de l'article 1er n'est pas vraiment nécessaire. Toutefois, le Groupe considère qu'il comporte une utilité pédagogique.

Les paragraphes (1) et (2) de l'article 2 nécessitent une harmonisation des termes utilisés. D'un côté, le paragraphe (1) contient les termes « valable et reconnu ». D'autre part, le paragraphe (2) contient les expressions « valable et accepté ». On suggère que le terme « reconnu » pourrait être utilisé dans les deux cas. Le paragraphe (2), b), devrait préciser à quel moment les partenaires devraient avoir leur résidence habituelle. À cet égard, deux options sont possibles, au moment de la création dans un État tiers ou dans l'État membre où la relation a été reconnue pour la première fois. Certains membres expriment leur désaccord sur le contenu du paragraphe (1) qui établit « [à condition que

l'un des partenaires au moins ait eu sa résidence habituelle dans cet État membre au moment de la création] ».

Pour d'aucuns, les critères soumis à discussion sont artificiels et créent des discriminations qui ne sont pas justifiées. Un partenariat est une relation familiale. Une fois que ce partenariat a été créé, il doit être reconnu en tant que tel, indépendamment de la résidence habituelle des partenaires. D'autres font observer que la condition de la résidence peut éviter le « Delaware effect ». Les membres du Groupe soutiennent donc des positions divergentes à cet égard.

À l'issue des débats et au vu des questions subsistantes, plusieurs des membres du sous-groupe de travail même suggèrent une réflexion plus approfondie du texte en vue de préparer un autre document plus élaboré sur ce sujet.

## II. – Les règles de rattachement et les règles d'applicabilité face aux droits de l'homme

L. FORLATI PICCHIO présente le rapport (3) portant sur les critères de rattachement et les règles d'applicabilité face à la protection des droits de l'homme en Europe. Ce sujet est une continuation des travaux du sous-groupe sur l'incidence des droits fondamentaux sur le droit international privé. Le rapporteur rappelle que le droit international privé implique l'application de lois différentes à des rapports privés qui relèvent d'une même catégorie juridique. Cette différence est justifiée ou traduit-elle un risque de discrimination ?

La nature de la circonstance choisie pour identifier le rattachement et, surtout, l'indication de celle parmi les parties au rapport juridique à localiser, pour laquelle la même circonstance est appelée à jouer, peuvent se révéler discriminatoires pour l'autre ou les autres parties. Cela permet d'affirmer que la neutralité du droit international privé est une fausse croyance. À cet égard, on souligne qu'on est passé des règles de conflit neutres à des règles de conflit inspirées d'un intérêt à l'application des droits nationaux. Mais aujourd'hui, on admet aussi l'existence d'intérêts supérieurs, à savoir les principes du droit communautaire et les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans le domaine des droits de l'homme.

Le potentiel discriminatoire des règles d'applicabilité et surtout des règles d'application immédiate est plus poussé que celui des critères de rattachement. Les règles d'applicabilité sont unilatérales et, en principe, elles sont dépourvues de ce caractère universel et de cette nature bilatérale qui, au contraire, mettent les règles de rattachement en quelque sorte à l'abri du risque de discrimination.

En ce qui concerne le critère de rattachement de la nationalité, il se présentait autrefois de manière homogène mais il semble aujourd'hui en déclin, pour plusieurs raisons, notamment l'importance du phénomène migratoire, ainsi que la mondialisation et la protection des droits humains. La nationalité connaît des connotations différentes, moins absolues que jadis, même pour les personnes morales. Dans l'affaire Segers (4), la Cour a énoncé le principe d'après lequel une pleine liberté existe dans la Communauté pour toute entreprise de s'établir à son gré dans tout État membre, aux conditions applicables aux nationaux de cet État. Cette liberté n'est pas conditionnée par un quelconque lien entre cet opérateur ou son activité et l'État membre d'établissement.

La ligne de friction entre la nationalité, en tant que critère de rattachement, et les droits humains est tracée par le principe de non-discrimination. Le conflit s'avère là où la règle donne une prévalence injustifiée à la nationalité de l'une des parties au rapport juridique. La réponse de la Cour constitutionnelle italienne et celle de la jurisprudence constitutionnelle allemande aux questions soulevées à cet égard ont effacé la prétendue neutralité du droit international privé, en particulier les jugements nos 71 et 477 de 1987 de la Cour constitutionnelle italienne qui a déclaré illégaux les articles 18, alinéa 2, et 20, alinéa 1er, des dispositions du titre préliminaire du Code civil. Ces dispositions ont été déclarées incompatibles avec le principe d'égalité devant la loi en soumettant le rattachement en matière de rapports familiaux à la nationalité du mari ou du père. Toutefois, le principe d'égalité n'exclut pas toute possibilité de considérer certaines différences de traitement comme raisonnables. C'est ainsi que la Cour de cassation française, dans son arrêt du 31 janvier 1990 (5), a admis l'application de loi brésilienne qui exclut l'adoption plénière pour les adoptants nationaux et résidents étrangers. On a ainsi donné priorité à l'exigence de réduire au minimum l'éloignement des mineurs de leur milieu d'origine qui est sauvegardée par l'article 21 de la convention sur les droits de l'enfant et le caractère subsidiaire imprimé à l'adoption internationale.

En ce qui concerne le critère de rattachement de la résidence, sa fonction est renforcée, en alternative ou subsidiairement au domicile, grâce à l'article 12 de la convention de New York sur le statut des apatrides. Actuellement, le critère de la résidence acquiert une dimension importante en réponse aux déplacements forcés ou en masse. Dans la plupart des cas, la résidence en tant que critère de rattachement est utilisée comme résidence habituelle.

Un domaine qui retient l'attention est la protection des consommateurs. On y trouve des pistes pour surpasser le double standard dans la protection des droits humains. Le rapporteur rappelle que la différence entre consommateurs passif et actif est très importante dans la perspective de la globalisation. Ce sont les consommateurs actifs qui emploient leur pouvoir sur le marché de façon à imposer des conditions qui garantissent la protection de différents droits de l'homme (le respect du droit des travailleurs, de l'environnement et même le respect des animaux). Cet effet porte non seulement sur les produits destinés au marché intérieur, mais également sur la production

communautaire destinée à des consommateurs de pays tiers. Quant aux produits qui, à partir des pays tiers, sont destinés à l'Union, une discrimination positive marquée est poursuivie par le mouvement des consommateurs actifs en faveur des producteurs traditionnels des pays en voie de développement. Assurer à leurs produits des débouchés à des conditions équitables sur les marchés des pays avancés est une forme de soutien, au niveau transnational, pour la réalisation des droits humains économiques et sociaux, dimension efficace de la mondialisation humanitaire et de la prise en compte d'intérêts publics (public concerns) par des entités privées. À cet égard, il faut tenir compte des tendances à admettre le recours à des clauses d'exception contenues dans les accords annexés au traité établissant l'OMC, qui permettent aux États membres d'assurer la protection unilatérale d'intérêts prioritaires à caractère non économique. L'on se réfère ici à la jurisprudence au sein de l'OMC concernant l'application de dispositions énoncées dans les articles XX du traité du GATT ou XIV de l'accord GATS sur la circulation des services. Une tendance actuelle, bien que minoritaire, vise à attribuer à ces clauses une portée « extraterritoriale ».

Le Groupe considère que les droits humains ont un rôle à jouer dans le choix des critères de rattachement. Toutefois, l'ampleur et la complexité de ce domaine incitent à concentrer le débat sur la portée du concept de droits de l'homme. D'aucuns font allusion à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, à cet égard, se pose la question de savoir dans quelle mesure ce texte a une incidence sur les règles de droit international privé. Certains membres remarquent que le rapport présenté a l'intérêt de montrer que la deuxième génération des droits de l'homme peut dans certains cas concerner le droit international privé. Un exemple significatif est fourni par l'arrêt de la Cour de cassation italienne (6) qui exclut, en raison de la contrariété à l'ordre public même communautaire, l'application de la loi américaine qui aurait admis la résiliation du contrat de travail conclu par un ressortissant italien employé aux États-Unis sur la base de la simple décision de l'employeur, en l'espèce une banque italienne. Néanmoins, les débats ont porté principalement sur la notion de droits des consommateurs. À cet égard, le Groupe se demande si le droit du consommateur en tant que droit de ne pas être discriminé par rapport à d'autres, est suffisamment substantiel pour justifier un statut de règle relevant des droits de l'homme.

Il est intéressant de considérer comment les rédacteurs de l'article 5 de la convention de Rome de 1980 ont fait usage du critère de la résidence habituelle aux fins de protéger le consommateur passif comme la partie faible au contrat. Pour d'aucuns, l'article 5 est une règle bilatérale à portée erga omnes qui n'est pas discriminatoire. D'autres considèrent inversement que c'est une règle discriminatoire. La discrimination est faite par l'intermédiaire du critère de rattachement. Le critère de la résidence du consommateur est un critère qui protège dans la mesure où la loi du consommateur contient des règles de protection. Dans la perspective de l'Union européenne le consommateur européen qui se trouve sur le territoire est protégé vis-à-vis des entreprises étrangères. En revanche, toutes les transactions des entreprises européennes vis-à-vis des ressortissants de pays du tiers monde où la protection du consommateur n'est pas développée, viennent à protéger l'entreprise. Les consommateurs seraient protégés par l'application des règles européennes, mais non par l'application des règles de l'État tiers où le consommateur se trouve. Comme piste de travail, on suggère une analyse des obligations qui relèvent du concept de juridiction.

Certains membres du Groupe proposent une réflexion plus avancée sur le rôle du principe de non-discrimination en droit international privé. La non-discrimination peut se manifester dans le choix des critères de rattachement, mais aussi dans l'utilisation de l'exception d'ordre public, notamment dans le domaine du droit de la famille.

Il faudrait définir quels sont les critères de rattachement à réprover et surtout savoir quels sont les effets sur les règles de droit international privé. D'aucuns font observer que le problème que soulèvent les critères de la nationalité ou de la résidence, surtout en matière de droit de la famille, revient à se demander qui est victime de la discrimination. Dans les contentieux entre particuliers, chacun invoque ses propres droits fondamentaux (identité nationale et culturelle, identité religieuse) contre l'autre partie. À cet égard, une balance des droits fondamentaux est très difficile à faire.

Il faudrait distinguer entre différenciation et discrimination et, par conséquent, déterminer quand une différenciation est arbitraire en matière de conflits de lois, selon ce que font la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg pour établir une discrimination. À cet égard, d'aucuns suggèrent que quand on évoque les droits de l'homme, il faut éviter l'utilisation politique de ces droits par les Cours constitutionnelles comme par les juges ordinaires.

En ce qui concerne les personnes morales, la question est de savoir si elles sont bénéficiaires des droits de l'homme. Elles semblent à première vue indifférentes à se voir attribuer certains droits humains. Néanmoins, elles peuvent avoir un rôle à jouer pour les droits humains. La Cour EDH a reconnu la liberté d'expression garantie sur la base de l'article 10 de la CEDH à Autronic AG (7). L'article 10 vaut pour toute personne, physique ou morale.

En ce qui concerne la volonté des parties en tant que critère de rattachement, le débat a porté sur la question de savoir si la liberté de choisir la loi applicable est l'expression d'une exigence de protection d'un droit humain. D'aucuns soulignent l'importance de l'autonomie de la volonté comme critère de rattachement et attirent l'attention sur la solution proposée par la jurisprudence communautaire dans l'affaire García Avelló (8). À cet égard, ils se demandent si le droit international privé et le principe de non-discrimination ne peuvent pas être séparés de la question de la tolérance à la diversité culturelle des droits substantiels nationaux.

Quant aux règles d'application immédiate, la fonction de la préférence communautaire par rapport aux facteurs du marché pour les produits en provenance d'États tiers est la plus discutable du point de vue du droit humain à l'égalité de traitement. La jurisprudence de la Cour de justice en matière d'épuisement international face à l'épuisement européen des marques, est un exemple instructif à cet égard. Mais il faudrait trouver une justification pour cette discrimination au cas par cas.

L'on rencontre des cas où l'applicabilité extraterritoriale est reconnue dans l'Union à des mesures de sauvegarde appliquées aux ressortissants de pays tiers pour que ceux-ci se gardent d'activités considérées comme nuisibles pour le marché intérieur et pour les intérêts communautaires (9) et à l'encontre des États tiers (10).

Le recours à des mesures de réciprocité est une stratégie communautaire fréquente à l'égard des pays tiers. C'est une pratique courante dans la gestion des rapports de droit privé ou administratif à caractère transnational et elle n'est guère utilisée dans le contexte des critères de rattachement.

En vue des travaux futurs, deux sujets ont été proposés. D'une part, il s'agit de vérifier si les critères de rattachement, par exemple la nationalité, sont ou non susceptibles d'être considérés dans certains cas comme discriminatoires. D'autre part, il reste à approfondir l'examen des effets de certains droits de l'homme sur les règles de droit international privé, notamment le droit à une vie familiale.

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

### III. – Les droits de la personnalité et la liberté de la presse en droit international privé

Le domaine des droits de la personnalité et de la liberté de la presse affecte une problématique pour laquelle le Groupe a marqué son intérêt, car il se rattache à la fois au débat sur l'influence des droits de l'homme sur le droit international privé et à la communautarisation des règles de conflit de lois en matière extracontractuelle (Rome II).

Trois raisons justifient l'intérêt d'une étude en ce domaine :

1° La constatation de différences très marquées entre les règles matérielles qui régissent la matière entre les pays de common law et les droits continentaux, ainsi qu'au sein des systèmes des droits continentaux.

2° L'existence de différences poussées entre les règles de conflit de lois des systèmes de common law et des systèmes de civil law. Ces différences ont été accentuées par la réforme du droit international privé au Royaume-Uni par la loi de 1995 (11) qui exclut la problématique de la diffamation, comme par l'interprétation que la Cour de justice a donnée de l'article 5, 3°, de la convention de Bruxelles dans l'affaire Shevill v. Presse Alliance (12).

3° Le troisième élément est l'influence croissante des droits de l'homme dans ce domaine. Cette influence est constatée par l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg au mois de juin 2004 dans l'affaire Caroline von Hannover (13).

Le tout est complété par les travaux préparatoires portant sur le projet de proposition de règlement Rome II. Initialement, le critère proposé pour régler les conflits de lois relatifs aux violations des droits de la personnalité, était l'application de la loi du lieu de survenance du dommage. Ensuite, pour rendre compte de l'éclatement possible des effets du dommage en matière de délits de presse, l'on a opté, à un certain moment, pour la loi en vigueur au domicile ou à la résidence habituelle de la victime prétendue de la violation des droits. Finalement, la proposition de la Commission contient une règle tout à fait différente, qui fait référence à la loi du lieu où le dommage est survenu, mais avec la limitation importante que cette loi sera écartée par la loi du for si l'application de la loi normalement applicable s'avère contraire aux principes fondamentaux de l'État du for en ce qui concerne la liberté de la presse et de l'information. La version la plus récente retient comme solution l'application pure et dure de la loi du for pour les violations des droits de la personnalité à l'inclusion de la diffamation.

Au vu de ces travaux, certains membres du Groupe suggèrent l'opportunité de se pencher d'une manière plus intense sur ce sujet.

#### 1. Présentation du droit anglais sur la diffamation

R. MORSE (14) expose l'état de la question dans la jurisprudence anglaise en précisant que le terme « droits de la personnalité » n'est pas utilisé dans les systèmes de common law. La protection de ces droits se produit à travers des techniques juridiques variées. Le rapport présenté étudie, notamment du point de vue du droit anglais, l'impact du droit de la diffamation et de l'atteinte à la vie privée sur la liberté de presse et sur d'autres médias. Une préférence est donnée à l'examen des cas de diffamation. D'autres pays de common law, à l'exclusion des États-Unis, sont aussi couverts par l'étude dans la mesure où ils expriment une approche différente.

##### a) Raisons pour lesquelles le droit matériel anglais relatif à la diffamation présente de l'intérêt.

1) La responsabilité est stricte.

- 2) Il n'est pas nécessaire de prouver que la déclaration est fausse.
- 3) Aucune preuve de dommage particulier n'est nécessaire.
- 4) Chaque publication d'une déclaration est considérée comme un délit indépendant.
- 5) L'intention de l'éditeur de commettre un délit (actual malice) n'est pas requise.
- 6) Les actions peuvent être intentées devant un jury (jusqu'à présent les jurés tendaient à l'octroi d'importantes sommes, mais ce n'est plus le cas. Les demandeurs peuvent remplacer l'avantage financier par la revendication de l'effet de rétablissement de la réputation).

#### b) Questions de droit international privé

Les demandeurs plaident normalement devant les tribunaux anglais contre les défendeurs anglais qui sont sous la juridiction anglaise et relèvent du droit anglais. Mais il est remarquable, du point de vue du droit international privé, que, parfois, les défendeurs étrangers sont poursuivis pour un délit de diffamation par des demandeurs anglais et étrangers devant les tribunaux anglais.

En ce qui concerne les plaintes pour l'atteinte à la vie privée, l'Angleterre n'est pas tellement considérée comme un pays d'élection de for. Le droit anglais ne reconnaît pas un droit à la vie privée en tant que tel et, partant, celle-ci ne peut pas faire l'objet de protection par une action civile.

La long arm jurisdiction des tribunaux anglais peut être justifiée dans certains cas mentionnés dans le rapport écrit. Mais il faut retenir que le litige doit présenter, en tout cas, un lien avec les tribunaux, parce que le tribunal appliquera son propre droit. La compétence juridictionnelle se confond avec la compétence législative lorsque la publication a été diffusée en Angleterre, mais non lorsqu'elle l'a été à l'étranger.

Le système anglais n'envisage pas de règles de conflit spécifiques pour l'atteinte à la vie privée. Toutefois, une affaire récente, *Douglas v. Hello ! Ltd.* (15), permet de conclure que les cas de plaintes pour atteinte à la vie privée pourraient être similaires aux cas de plaintes pour diffamation. Dans ces cas, le demandeur pourrait invoquer le droit anglais, tandis que l'invocation d'un droit étranger par le défendeur serait inopérante. Dès lors, la seule question de droit international privé pertinente est celle de la compétence et, si la publication n'est pas diffusée en Angleterre, le défendeur n'a pas grand-chose à faire.

L'exécution d'un jugement n'est pas toujours garantie, mais ce n'est pas nécessairement ce que les demandeurs souhaitent. Dans le cas des tribunaux américains, la reconnaissance a été refusée pour violation du premier Amendement, dans les cas d'espèce, pour le motif que la responsabilité est stricte et de l'absence de « public figure ».

#### c) Conflit entre droits humains en concours

Ce thème confirme l'affirmation selon laquelle le droit anglais et les systèmes juridiques dérivés de celui-ci semblent donner une protection plus grande à la réputation qu'à la liberté d'expression. Cela produit un conflit entre droits humains en concours. Les défenseurs des médias peuvent dire que leur liberté d'expression est sévèrement restreinte. C'est la raison pour laquelle les médias favorisent le principe du pays d'origine, dans la mesure où l'application de la loi d'origine est vue comme un facteur de réduction des coûts. De même pour les éditeurs d'Internet, la soumission à une loi étrangère augmente leur coût du « doing business ». Si on revient encore à la balance entre la protection de la réputation et de la liberté de la presse, il est clair que la protection de la réputation conduit à une attraction de certains fors plus protecteurs du demandeur. D'un autre côté, au regard de la protection de la vie privée, le système anglais est beaucoup moins développé et un glissement s'est opéré vers d'autres juridictions.

#### d) La proposition Rome II

Les médias sont réticents à admettre les critères de rattachement proposés dans les différents projets Rome II et se prononcent en faveur de la loi du pays d'origine. C'est une règle certaine, peu chère et également pratique lorsque le processus de production des journaux rend difficile, voire impossible, la recherche en temps utile de conseils juridiques sur le contenu des différentes lois de tous les pays où la publication est diffusée.

## 2. Déclaration relative à l'article 73 M du traité instituant la Communauté européenne (16).

« Les mesures prises en vertu de l'article 73 M du traité instituant la Communauté européenne n'empêchent pas un État membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias. »

M. BOGDAN présente un commentaire de la déclaration.

#### a) Le fond de la déclaration

Il s'agit d'une déclaration commune qui, quoique n'étant pas due à la Suède, est bien fondée sur une initiative suédoise. L'article 73 M du traité d'Amsterdam correspond à l'article 65 du traité instituant la Communauté européenne.

Les règles suédoises en matière de liberté de la presse et de liberté d'expression jouissent de la protection constitutionnelle, et non pas seulement d'un niveau général de protection. Les lois suédoises portant sur ces questions sont volumineuses et bénéficient d'un statut constitutionnel dans leur totalité. Elles incluent nombre de questions :

- 1) détermination de délais de prescription (les actions doivent être intentées rapidement) ;
- 2) procès devant un jury (ceci est seulement exigé dans certaines occasions) ;
- 3) la personne qui a commis la diffamation jouit d'une immunité totale. Toute action (civile ou pénale) doit être intentée contre l'éditeur responsable de la publication en question.

L'adoption de l'article 65 du traité a généré des soucis, du fait que les tribunaux suédois seraient forcés de reconnaître et d'exécuter des décisions émanant des États membres qui pourraient être contraires aux règles constitutionnelles.

#### b) La valeur juridique de la déclaration

Dans l'optique du droit communautaire, l'optimisme manifesté par le gouvernement suédois sur la valeur juridique de la déclaration n'est pas du tout justifiable. La Cour de justice a soutenu (*Defrenne c. Sabena*) que les États membres ne peuvent pas modifier le droit communautaire, même s'ils adoptent un accord à l'unanimité. Les États membres ne peuvent pas se mettre d'accord pour obtenir une exemption de droit communautaire.

#### c) L'intérêt juridique de la déclaration

Cette approche conduit à croire que l'article 6 de la proposition de règlement Rome II est lié dans une certaine mesure au contenu de cette déclaration. Il aurait été plus facile d'introduire l'exception dans l'article 3 pour la protection de la liberté de la presse. Ensuite, ceci peut avoir une certaine importance pour l'application de l'ordre public des États membres. Enfin, il semblerait difficile que la Cour de justice mette en question la nature fondamentale des règles spécifiques envisagées par la déclaration.

Il est noté aussi que la déclaration fait allusion uniquement à l'article 65 du traité et non à d'autres règles de conflit communautaires.

### 3. La décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 15 janvier 2004, *Lindberg c. Suède* (17)

P. KINSCH attire l'attention sur deux points de la décision qui peuvent intéresser les membres du Groupe :

- 1) La possible invocation de la convention européenne des droits de l'homme à l'encontre de la reconnaissance, dans un État contractant, d'un jugement rendu dans un autre État et dont il est allégué qu'il viole les dispositions de la convention portant sur le fond (par opposition au droit au procès équitable), en l'occurrence le droit à la liberté d'expression.
- 2) La portée qu'il convient de reconnaître à l'arrêt *Pellegrini c. Italie* (18) .

Les conclusions à tirer de cette décision ne sont pas parfaitement claires. On peut en déduire qu'une violation du droit à la liberté d'expression dans l'État d'origine du jugement, à la supposer clairement prouvée (ce qu'elle n'était pas dans l'affaire *Lindberg*), engendrerait peut-être une obligation, au regard de la convention, pour les États contractants de lui refuser l'exequatur. Cette obligation existe certainement lorsque le jugement émane d'un État non contractant. Mais il ne semble pas entièrement exclu que, dans l'hypothèse inverse (jugement émanant des tribunaux d'un autre État contractant), la Cour en vienne, au contraire, à la conclusion que le seul droit de la victime de la violation de la convention consiste dans un recours contre l'État d'origine du jugement, sans que les autres États contractants soient obligés de refuser l'exequatur.

La portée de l'arrêt *Pellegrini*, avec celle d'autres cas, est tout aussi incertaine, étant donné que les exigences du droit au procès équitable devant les tribunaux de l'État d'origine du jugement sont atténuées lorsqu'il s'agit de la reconnaissance d'un jugement émanant d'un État non contractant.

## 4. Conclusion

À l'issue des débats, trois approches retiennent notamment l'attention du Groupe

- 1) Une approche pragmatique, fondée sur les attentes des organes de presse et des médias. Cette approche se prononce en faveur de l'application de la loi du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, en supposant qu'ils vont toujours tenter les actions devant leur propre juridiction. La solution retenue est la même que celle qui propose l'application de la loi du for.

2) L'approche des organes de presse retient partiellement la solution retenue dans l'affaire Shevill : le demandeur peut intenter l'action devant les juridictions de l'État du lieu de l'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire ou bien devant un tribunal d'un État où la publication est diffusée, étant donné que les tribunaux appliqueront leurs propres lois. En revanche, une approche de conflits de lois devrait séparer les deux questions. D'une part, il doit être tenu compte de la solution rendue dans l'affaire Shevill (19) pour déterminer la compétence judiciaire. Mais, d'autre part, si le demandeur intente une action devant un tribunal d'un État où la publication est diffusée, il pourrait choisir, en tant que droit applicable, la loi du lieu de l'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire si l'application d'une telle loi s'avère être la plus favorable.

3) Certains membres du Groupe soulignent que le débat ne tient pas suffisamment compte du point de vue de la victime. Il est rappelé qu'il y a deux droits fondamentaux en conflit et pas seulement celui de la liberté de la presse. L'actuel projet Rome II est conscient de cette situation lorsqu'il désigne l'application de la loi du for. Il est relevé qu'une approche adéquate devrait distinguer deux niveaux de discussion. D'une part, il faut considérer les conflits fondamentaux. Ainsi, la déclaration du traité d'Amsterdam et la formulation de l'article 6 du projet Rome II mettent l'accent sur la liberté de la presse et de l'information. D'autre part, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne fait pas prévaloir aveuglément les droits de la personnalité sur le droit de la liberté de la presse. Au contraire, elle essaye de faire une balance. Dès lors, si les États membres ne font aucun mouvement dans cette direction, la Cour pourrait leur commander de le faire et peut-être n'auront-ils pas beaucoup de liberté de légiférer sur ces droits fondamentaux.

Cela conduit à la conclusion selon laquelle il n'est pas vraiment nécessaire que l'article 6 du projet Rome II envisage une protection spéciale pour la liberté de la presse ni même pour les droits de la personnalité en tant que droits fondamentaux. Il est donc proposé de revenir à l'application d'une loi unique. Cette loi pourrait être celle que désigne la règle traditionnelle de l'application de la loi du pays de survenance du dommage, introduisant pour les « multistate torts » le mécanisme correctif du centre de gravité, lequel pourrait être placé au domicile ou à la résidence de la victime. Ou encore, on peut songer à l'application d'une seule loi en cohérence avec les principales options adoptées dans le projet Rome II, de préférence à la proposition d'appliquer la loi du for.

#### IV. – Rapport sur l'évolution du droit dérivé et sur le projet de Constitution européenne

1. Arrêt de la Cour de justice, Commission c. Royaume d'Espagne, 9 septembre 2004, aff. C-70/03.

C. KOHLER considère que la décision de la Cour de justice mérite l'intérêt du Groupe parce que, pour la première fois, un État membre est déclaré responsable par la Cour pour ne pas avoir transposé correctement dans son droit interne l'article 6 de la directive 93/13 relative aux clauses abusives (20).

Le recours en manquement introduit par la Commission contre le Royaume d'Espagne portait sur la transposition incorrecte des articles 5 et 6, paragraphe 2, de la directive 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. La transposition des dispositions de la directive dans l'ordre juridique espagnol résultait de la loi 7/1998, du 13 avril 1998 sur les conditions générales des contrats [Articles 6 (2) et 3 (2)], modifiant la loi 26/1994, du 19 juillet 1994 relative à la protection des consommateurs et des usagers [Articles 10 (2) et 10a (3)]. Cette transposition a été jugée insatisfaisante par la Commission.

Le Groupe estime que l'intérêt de l'arrêt réside dans la censure par la Cour des termes par lesquels l'article 6, paragraphe 2 de la directive a été transposé dans le droit espagnol. L'article 10a (3), de la loi 26/1994 modifiée établit le champ d'application de la protection des consommateurs contre les clauses abusives, dans les termes prévus à l'article 5 de la convention de Rome 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cela revient à une règle limitée qui ne s'applique qu'à certains types de contrats de consommation. Toutefois, ainsi que l'a soutenu le gouvernement espagnol, cette lacune est comblée par l'article 3, paragraphe 2, de la loi 7/1998 qui est applicable à tous les contrats conclus, sans négociation individuelle, sur la base de conditions générales.

Le noyau de la question se trouve dans les termes « un lien étroit » utilisés par la directive. À cet égard, l'approche de la Cour est la suivante.

En premier lieu, la notion de « lien étroit » est une formule générale qui « vise à permettre la prise en considération de divers éléments de rattachement en fonction des circonstances de l'espèce ».

En second lieu, cette observation est nuancée en déclarant :

1) que l'expression « lien étroit » est une notion « délibérément vague » ;

2) que la notion retenue par le législateur communautaire « peut éventuellement être concrétisée par des présomptions » ;

3) mais qu'elle ne saurait en revanche être limitée par « une combinaison de critères de rattachement prédéfinis, comme les conditions cumulatives relatives à la résidence et à la conclusion du contrat [...] ».

Dès lors, les conditions cumulatives visées à l'article 5 de la convention de Rome, auxquelles renvoie de manière explicite l'article 10a (3) de la loi 26/1994 modifiée et, de manière implicite, l'article 3 (2) de la loi 7/1998, introduisent une restriction trop sévère qui ne peut pas être acceptée.

Certains membres remarquent que les conséquences inévitables de cette décision sur les transpositions variées dans les législations nationales, sont tout à fait imprévisibles.

D'autres observations critiques relèvent la façon selon laquelle la Cour semble considérer l'article 6 (2) de la directive comme une disposition d'un règlement communautaire et non d'une directive. Mais inversement, il est signalé que l'article pourrait être interprété dans le sens que son applicabilité est déterminée par les seules circonstances de l'espèce.

Malgré une approbation assez large de la décision de la Cour en considérant que l'article 6 (2) doit être transposé d'une manière assez flexible pour faciliter l'application de la directive, la plupart des membres du Groupe considèrent que cette dernière interprétation conduit à un résultat décevant, parce que l'article 6 (2) en tant que règle d'applicabilité pourrait se comporter comme « a non-rule ».

## 2. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur.

E. JAYME attire l'attention des membres du Groupe sur la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur et notamment sur le principe du pays d'origine (21). A l'évidence, la proposition de directive suit le modèle de la directive 2000/31 sur le commerce électronique (22). L'article 16 contient une règle générale fondée sur le principe du pays d'origine, suivie de multiples dérogations prévues notamment par l'article 17. D'autres dérogations sont prévues aussi par les articles 18 et 19. Les dérogations de l'article 17 énoncées aux points (20), (21), (22) et (23) sont des règles qui concernent le droit international privé, à savoir l'autonomie de la volonté des parties, les contrats conclus par les consommateurs, la validité formelle des contrats et la responsabilité non contractuelle du prestataire en cas d'accident survenu dans le cadre de son activité.

De cette manière, l'on pourrait affirmer qu'il y a une certaine contradiction entre l'énonciation d'un principe général et la formulation d'exceptions. Une autre contradiction encore peut dériver du fait que la proposition de directive a été élaborée en même temps que les travaux sur Rome II. Dès lors, pour les besoins du droit international privé, l'article 23 du projet de règlement Rome II, qui règle les rapports entre cet instrument et d'autres actes communautaires, coexistera avec la directive et avec des lois nationales de transposition de celle-ci. Cette situation compliquera la tâche du juge dans le choix de la norme applicable. En bref, la proposition de directive comporte des contradictions mais non des innovations. Pour ce motif, elle a déjà soulevé des nombreuses critiques.

## 3. Développements concernant le projet de Constitution de l'Union Européenne

Dans la version disponible au moment de la réunion, l'article III-170 présente trois modifications qui font apparaître une légère tendance restrictive. Les modifications semblent tenir compte de certains commentaires antérieurs visant la nécessité d'un rattachement des matières civiles au marché intérieur.

Les modifications affectent le second paragraphe de l'article III-269. Le début de ce paragraphe contient une précision qui ne figurait pas dans la rédaction antérieure et qui concerne l'adoption de mesures dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, à savoir, la phrase « notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ». En d'autres termes, à l'inverse de l'article 65 du traité, « le fonctionnement du marché intérieur » n'est plus une condition, une limite inhérente à la compétence de l'Union, mais une précision pour orienter l'exercice de sa compétence. Il est certes trop tôt pour évaluer si cette modification est substantielle ou non. Mais elle permettra peut-être de favoriser l'une ou l'autre interprétation et de mitiger le sentiment selon lequel la coopération judiciaire dans les matières civiles est une politique « which stands on its own feet ».

Les deuxième et troisième modifications se trouvent dans les lettres e) et f), et annoncent aussi une légère tendance restrictive. Le texte précédent exigeait un niveau élevé d'accès à la justice. Dans le texte modifié, l'exigence « niveau élevé » a disparu et a été remplacée par « un accès effectif à la justice ». En ce qui concerne la formulation de la lettre f), elle a été très controversée. La rédaction précédente était « des mesures visant à assurer le bon déroulement des procédures civiles [...] » et cela a paru aller trop loin pour beaucoup d'États. Dès lors, on a adouci la rédaction en introduisant l'expression « l'élimination des obstacles au bon déroulement [...] ».

Deux informations complémentaires méritent encore l'attention. D'abord, le statut particulier du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark subsiste en principe. Les protocoles visant le titre IV du traité CE subsistent avec la possibilité d'opt-in pour le Royaume-Uni et l'Irlande et, pour le Danemark, une solution d'opt-in un peu particulière a été introduite.

La seconde information vise les effets de la compétence externe des Communautés et de l'Union dans les domaines qui concernent le droit international privé. Actuellement, une Déclaration des États membres à annexer à l'acte final de la Conférence intergouvernementale visant l'article 300 du traité CE (dans le futur, article III-325 du projet de Constitution) concerne la négociation et la conclusion d'accords internationaux par les États membres. Elle pose que « la Conférence confirme que les

États membres ont le droit de négocier et de conclure des accords avec des pays tiers ou des organisations internationales » dans les matières civiles et de la coopération judiciaire, pour autant que ces accords soient conformes au droit de l'Union. Néanmoins, le sens exact de cette Déclaration n'est pas clair et son interprétation reste ouverte.

## V. – Projets actuels et futurs de la Commission

K. VANDEKERCKHOVE informe les membres du Groupe sur les travaux de la Commission.

Le rapporteur attire l'attention sur les travaux menés l'année précédente : le règlement Bruxelles IIbis, le règlement sur le titre exécutoire européen, la directive sur les victimes des crimes, le livre vert sur les obligations alimentaires et la communication du mois de juin sur l'exécution des étapes de Tampere et les futures orientations.

À court terme, c'est-à-dire avant la fin du mois d'octobre, est prévue l'adoption de la proposition de directive sur la médiation. Cette proposition vise à donner un cadre juridique général pour la médiation et poursuit principalement trois objectifs, à savoir la promotion de l'utilisation de la médiation, l'amélioration de la qualité et l'articulation avec les procédures judiciaires. Elle doit être vue en complément des codes de bonne conduite pour les médiateurs qui viennent d'être lancés à l'initiative de la Commission.

Il y aura aussi l'adoption du rapport sur le fonctionnement du règlement 1348/2000 sur la transmission des actes (23). Ce rapport découle directement d'une obligation prévue dans le règlement et à caractère technique. Il est basé sur une étude externe et ne se limitera pas seulement à faire une évaluation de l'application des règles, mais il lancera en même temps une consultation sur des modifications qui pourraient s'avérer nécessaires.

De même, avant la fin du mois d'octobre, certaines adaptations techniques seront apportées aux annexes des règlements Bruxelles I et Bruxelles II. Le traité d'adhésion prévoit que les adaptations techniques ne doivent pas suivre la procédure de la codécision et peuvent donc avoir lieu dans un texte séparé. Une autre modification affectera le règlement Bruxelles IIbis, pour faire état du Concordat entre Malte et le Saint-Siège.

Un autre projet prévu pour le mois d'octobre mais qui n'est pas un projet législatif, est la publication d'un vade-mecum sur l'application du règlement Bruxelles IIbis. Ce document n'a pas de portée juridique et ne préjuge d'aucune façon une interprétation par la Cour de justice.

Le vade-mecum entraîne certaines réactions des membres du Groupe. Il est rappelé que les règlements communautaires ne peuvent pas être l'objet de rapports explicatifs. Néanmoins, de l'avis de membres du Groupe, les limites entre la signification d'un guide pratique, d'un vade-mecum ou d'un rapport explicatif sont assez difficiles à établir. Le vade-mecum du règlement Bruxelles IIbis fait seulement référence à la partie liée à la protection des enfants et aucune référence n'est faite aux questions matrimoniales, pour lesquelles il n'y a pas d'obstacle à utiliser le rapport explicatif de Madame Borrás, auquel le vade-mecum fait renvoi. Ce renvoi est peu clair, car le rapport concerne seulement le texte original de la convention de 1998 et sert seulement pour autant que ce texte ne soit pas modifié par les règlements Bruxelles II et IIbis. D'autre part, il est relevé que le rapport explicatif a été adopté au sein du Comité qui avait rédigé la convention, tandis que le Comité de droit civil au sein duquel a été préparé le texte du règlement Bruxelles IIbis n'a pas été consulté pour l'élaboration du vade-mecum. Celui-ci a été élaboré par la Commission.

S'agissant de projets prévus à la fin de l'année, une proposition de règlement sur les petits litiges vise à créer une procédure européenne qui pourra être utilisée pour les litiges dont le montant est inférieur à 2000 euros. La procédure européenne sera simplifiée et pourra être introduite sur base d'un formulaire harmonisé. Au terme de la procédure, il y aura suppression de l'exequatur.

Au début de l'année prochaine, en janvier 2005, la Commission prévoit d'adopter le livre vert sur les successions. À cet égard, certains membres du Groupe se demandent quel est le domaine d'application de ce livre vert, et d'autres s'interrogent sur l'incidence de la convention de La Haye en matière de successions sur les travaux de la Commission. Il est répondu que le livre vert constitue une consultation. Pour la Commission, un futur instrument devrait couvrir les questions de compétence et les questions de conflit de lois. Mais cela dépendra des réactions à la consultation. En ce qui concerne la convention de La Haye, l'une des questions posées lors de la consultation publique concernera l'articulation avec cette convention.

Un autre livre vert concerne la loi applicable au divorce.

Au niveau externe, pour le début de l'année prochaine, probablement au cours de la première quinzaine du mois de janvier, une audition publique aura lieu sur le projet de convention sur les clauses d'élection de for, qui est négocié à La Haye.

S'agissant d'autres projets pour l'année 2005, une des priorités de la Commission est l'exécution des décisions judiciaires. À cet égard une étude a été faite, qui est disponible sur le site web, sur trois mesures qui sont liées à l'exécution : la transparence d'avoirs des débiteurs, une saisie bancaire européenne et des mesures provisoires. On prévoit de lancer au courant de 2005 une consultation à ce sujet.

Comme nouvelle proposition législative, il y aura la proposition de règlement Rome I.

De plus, suite à la consultation publique qui va être lancée au mois d'octobre sur le règlement relatif à la transmission des actes, une nouvelle proposition de modification sera déposée si nécessaire. Enfin, suite à la consultation sur les obligations alimentaires, une proposition législative sera faite en 2005.

Pour Rome II, globalement la proposition de règlement a été bien reçue par les États membres. Des questions importantes restent encore ouvertes. Une de celles-ci touche la base juridique. Dans quelle mesure le futur instrument pourra-t-il avoir un champ d'application universel ? C'est une question importante parce qu'elle va avoir un effet sur le dossier Rome I.

Une autre question difficile est l'articulation de Rome II avec le marché intérieur et en particulier avec la proposition de directive sur les services. D'autre part, la question de la diffamation reste toujours très difficile, pour laquelle il faudra trouver un équilibre entre les différents intérêts en cause (la protection de la liberté de la presse d'une part, la protection de la vie privée d'autre part).

Un autre dossier important qui se trouve sur la table du Conseil et du Parlement concerne les procédures européennes d'injonction de payer. Mais les négociations sont plutôt difficiles. La grande question est de savoir dans quelle mesure l'article 65 du traité CE permet de créer une procédure européenne qui ne se limiterait pas à des litiges transfrontières, mais qui serait susceptible de s'appliquer à des litiges internes. Même si elle est optionnelle, pourrait-elle être appliquée dans les litiges qualifiés de purement internes ? Encore faut-il trouver la définition d'un litige purement interne et d'un litige transfrontière. C'est un débat juridique et aussi politique.

Au niveau externe, pour l'année 2005, les négociations sur les conventions parallèles avec le Danemark devraient aboutir. Cela concerne une convention parallèle au règlement Bruxelles I et une convention parallèle au règlement sur la transmission des actes.

De plus, une fois que l'avis de la Cour de justice sera rendu, les négociations pour la nouvelle convention de Lugano devraient également aboutir.

Toujours au niveau externe, les négociations se poursuivront à La Haye sur le projet de convention sur les clauses d'élection de for et sur un projet de convention sur les obligations alimentaires.

La Communauté espère aussi pouvoir continuer les discussions sur la modification du statut de la Conférence de La Haye en vue de son adhésion.

1. JO 2004, L 124/1

2. JO 2004, L 158/77.

3.V. L. PICCHIO FORLATI, « Critères de rattachement et règles d'applicabilité à l'heure de la protection des droits de l'homme en Europe, Revue critique de droit international privé, 2005, p. 907-958.

4. CJ, 10 juillet 1986, aff. C-79/85, Segers/Bedrijfsvereniging.

5. Cass. civ., 31 janvier 1990, Pistre, Revue critique de droit international privé, 1990, p. 519, note E. POISSON-DROCOURT.

6. Sect. Travail, 11 novembre 2002, n° 15822.

7. Cour EDH, 24 avril 1990, requête n° 12726/87, Série A178, § 47.

8. CJ, 2 octobre 2003, aff. C-148/02, Garcia Avelló c. État belge.

9. Par exemple en matière de publicité des produits du tabac.

10. La directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO, 1995, L 281/31.

11. Private International Law Act 1995

12. CJ, 7 mars 1995, aff. C-68/93, Shevill c. Presse Alliance.

13. Cour EDH, 24 juin 2004, von Hannover c. Allemagne, requête n° 59320/00, Recueil des arrêts et décisions 2004-VI

14. V. R. MORSE, « Rights relating to personality, freedom of the press and private international law: Some common law comments », Current Legal Problems, 2005, p. 133-181.

15. [2003] EWHC 786 (Ch) (11 April 2003) and [2003] EWHC 2629 (Ch) (7 November 2003).

16. JO 1997, C 340/135.

17. Requête n° 48198/99.

18. Cour EDH, 20 juillet 2001, requête n° 30882/96, Recueil des arrêts et décisions 2001-VIII, présenté à la réunion de Vienne.

19. CJ, 7 mars 1995, aff C-68/93, Shevill c. Presse Alliance.

20. JO, 1993, L 95/25.

21. Doc. COM(2004)2 final.

22. JO, 2000, L 178/1.

23. JO, 2000, L 160/37.

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

---

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

Dernière mise à jour le 29-09-2011