

Vers des lignes directrices sur le traitement, devant les juridictions et autres autorités nationales, de la règle de conflit émanant des actes de l'Union européenne ?

I. INTRODUCTION

Le GEDIP avait, dans le passé, amplement recherché et débattu la thématique du traitement de la loi applicable. Lors de la réunion de Lausanne en 2013, le rapport de Monika Pauknerová et de Hans van Loon relatif aux débats et constatations du sous-groupe Principes généraux (accessible sur le site GEDIP), complété par l'annexe écrite par Hélène Gaudemet-Tallon, s'est focalisé sur deux questions précises :

1° Le juge national devrait-il appliquer d'office les règles de conflit contenues dans les règlements européens ?

2° Quels sont les moyens pratiques pour l'amélioration, par les autorités des États membres, de l'établissement du contenu de la loi étrangère applicable ?

Le sous-groupe a d'abord constaté que les pratiques des États membres de l'UE étaient très divergentes par rapport à la question de l'application d'office ou non de la règle de conflit européenne. Un consensus n'a pas été atteint au sein du sous-groupe sur la solution/position à adopter. Après un riche débat lors de la session de Lausanne, résumé dans le procès-verbal de cette session (disponible sur le site GEDIP), le groupe a adopté la position suivante :

Position du Groupe européen de droit international privé sur l'obligation pour le juge de soulever d'office la question de la loi applicable pour les besoins de l'application des règlements européens de droit international privé

Dans le cadre de l'examen de la condition du droit étranger lors de la mise en œuvre des instruments européens de droit international privé, le Groupe européen de droit international privé a, lors de sa réunion de Lausanne, pris position sur le rôle du juge dans l'application de la règle de conflit de lois dans les termes suivants :

Lorsqu'au vu des éléments du litige le juge constate que celui-ci peut soulever une question de loi applicable en vertu du droit de l'Union européenne, il invite, dès que possible, les parties à prendre position sur cette question.

Dans sa réunion de Milan en 2023, le GEDIP a décidé d'examiner la possibilité de reprendre ses travaux relatifs à la condition de la règle de conflit et de la loi étrangère applicable. La question a d'abord été confiée au sous-groupe Principes généraux, avant qu'un nouveau sous-groupe ne soit établi à la réunion de Paris en 2024, destiné spécialement à l'examen des questions mentionnées. Il a notamment été constaté que, depuis 2013, l'état de la jurisprudence européenne, mais aussi internationale et nationale, a évolué de manière possiblement décisive. Également, l'accès à la loi étrangère s'est nettement amélioré grâce aux avancements technologiques, aux efforts de l'Union européenne et à la coopération renforcée entre les autorités nationales.

Le travail du nouveau sous-groupe « Traitement de la règle de conflit et de la loi applicable » s'est d'abord inspiré des travaux précédents du GEDIP en la matière, mentionnés ci-dessus, du document de travail, préparé par J. Kramberger Škerl pour la réunion de Paris, ainsi que du

débat préliminaire conduit à la réunion de Paris. Lors de sa réunion inaugurale, le sous-groupe a décidé d'aborder tout d'abord la question du traitement de la règle de conflit devant les juridictions et autres autorités nationales. Notamment, malgré des liens indéniables et importants entre cette question et la question de l'application de la loi étrangère, chacune de ces questions présente ses spécificités, de sorte qu'il convient de les examiner l'une après l'autre, pour ainsi préserver la clarté des arguments et des solutions.

II. L'HYPOTHESE ET LA METHODE

Lors des premières discussions dans le groupe et le sous-groupe, un penchant s'est cristallisé vers le devoir du juge (ou autre autorité compétente) d'appliquer d'office la règle de conflit européenne. Étant donné que l'examen préliminaire du droit comparé avait montré que les États membres de l'Union européenne adoptaient des approches différentes en la matière et que, dans l'état actuel de la législation et de la jurisprudence européenne, aucun devoir exprès et général n'existait pour les États membres d'appliquer les règles de conflit européennes d'office, c'est-à-dire même sans que les parties s'en prévalent, mais que, toutefois, les indices existent qu'un tel devoir pourrait déjà exister dans certains domaines, et qu'il serait souhaitable de l'étendre, le sous-groupe s'est posé la question suivante : **existe-t-il, dans la législation européenne, dans la jurisprudence de la CJUE, dans les principes fondamentaux de l'UE, mais aussi à travers l'application des méthodes académiques de recherche et de raisonnement, des indices et des arguments suffisants, pour qu'il soit recommandé aux législateurs européens d'instaurer un relevé d'office obligatoire pour les règles de conflit européennes ?**

Ce devoir découlerait d'abord de la nécessité d'une **mise en œuvre uniforme des règles de conflit européennes**, étant donné qu'il s'agit d'actes juridiques qui ne nécessitent pas de transposition et ne peuvent de ce fait être complétées par des règles nationales qu'à condition de ne pas entraver **l'effet utile des actes européens**. Ces règlements sont le fruit d'un long processus de négociations entre les institutions européennes et les États membres et ainsi représentent une solution certes de compromis, mais une solution unique : **il appartient aux règlements applicables de déterminer quelle loi serait applicable dans un cas d'espèce, ou bien de laisser le choix (souvent restreint) aux parties de déterminer cette loi**. Autrement dit, **la loi appliquée dans un litige transfrontalier doit être la même dans tous les États membres** dans lesquels un règlement européen est applicable, ce qui semble n'être atteint que par le biais d'un devoir du juge d'appliquer d'office la règle de conflit européenne applicable, sans qu'il soit nécessaire que les parties demandent une telle application (ce qui est parfois nécessaire pour l'application de la règle de conflit nationale).

Dans certains ordres juridiques européens, la distinction est faite dans le traitement de la règle de conflit, selon qu'il s'agit des **droits dits disponibles et des droits dits non disponibles**, dans la mesure où la règle de conflit devrait être appliquée d'office pour les derniers, et par suite de l'invocation des parties pour les premiers. Il semblerait qu'une telle distinction peut fonctionner dans le cadre d'un système juridique national, avec des règles de conflit nationales, car la distinction entre les droits disponibles et non disponibles est également faite par ce même ordre juridique, de sorte que le système reste cohérent. En revanche, une telle approche ne permet pas d'atteindre les objectifs des règlements européens, décrits ci-dessus. **Sans une définition autonome européenne des droits disponibles et non disponibles, l'on risque encore une fois une application divergente de la règle de conflit européenne**. De surcroît, les règlements européens contiennent maintes règles différentes, prenant en compte justement

la (non-)disponibilité des différents droits et adaptant dûment l'autonomie des parties dans leur choix de la loi applicable.

Plusieurs **principes européens** semblent soutenir l'application d'office de (toute) règle de conflit européenne, notamment **le principe de loyauté, la confiance mutuelle, le principe de l'effet utile** de la législation européenne... Toutefois, la question (primordiale !) se pose de savoir si l'Union européenne détient la compétence de prescrire l'application d'office de la règle de conflit européenne. Le principe d'autonomie procédurale (en plus du principe général de subsidiarité) semble celui qui s'oppose le plus à une telle exigence européenne.

Les règlements européens ne répondent pas directement à la question qui se pose ici, toutefois ils énoncent, surtout dans leurs considérants, les objectifs de l'adoption de la législation européenne en la matière, notamment l'objectif de **la prévisibilité de l'issue des litiges transfrontaliers**, ainsi que **la confiance mutuelle**. Également, et malgré l'importance de la question que l'on se pose ici, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) n'a pas encore été saisie pour y statuer directement et généralement. Néanmoins, **le principe de l'autonomie procédurale qui limiterait la possibilité d'action de l'UE en la matière semble recevoir de plus en plus de limitations** (le renforcement de l'office du juge national par rapport aux règles européennes de **compétence** ou de règles de conflit en matière de **divorce**, de **consommation** et certaines autres). Plusieurs sources doctrinales récentes se penchent également vers une application d'office, toutefois, il existe également des voix discordantes.

Il convient alors d'effectuer une **analyse de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine** pertinentes, pour pouvoir ensuite apprécier la possibilité ou la nécessité de recommander l'instauration, pour tous les États membres, d'un devoir de relevé d'office des règles de conflit européennes. En parallèle, le sous-groupe a estimé utile d'obtenir **un aperçu du droit national des États membres de l'UE** relatif à l'application de la règle de conflit européenne, nationale et internationale, pour, d'une part, pouvoir estimer l'ampleur des différences existantes entre ces droits, ainsi que, d'autre part, s'inspirer des solutions adoptées par ces droits.

III. LA LEGISLATION EUROPÉENNE, LA JURISPRUDENCE DE LA CJUE, LA DOCTRINE

Le sous-groupe s'est réuni quatre fois en 2025, pour discuter de la question du relevé d'office (ou non) de la règle de conflit européenne, sur le fondement des rapports intermédiaires sur différentes sources, préparés par les rapporteuses.

Plusieurs arguments ont été avancés *pro* et *contra* un relevé d'office, et de nombreuses questions se sont posées nécessitant une recherche et analyse plus approfondies.

1. Arguments tirés de la législation européenne

Aucune référence expresse à l'obligation (ou son manque) du relevé d'office de la règle de conflit n'a été trouvée dans les règlements européens.

Toutefois, tous les règlements en la matière énoncent, le plus clairement dans leurs considérants, les principes, raisons et objectifs qui justifient la compétence législative européenne spécifiquement en matière de conflits de lois, ainsi que la nécessité d'uniformiser les règles de conflit pour atteindre les objectifs de l'UE.

Nous retrouvons, parmi ses principes, raisons et objectifs :

- L'harmonisation des règles de conflit de lois facilite **la reconnaissance mutuelle des décisions** ;
- **Le bon fonctionnement du marché intérieur** exige **la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements** ; pour atteindre ces buts, la même loi nationale doit être appliquée quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite ;

2. Arguments tirés de la jurisprudence de la CJUE

L'analyse se borne à l'application d'office (ou non) des règles de *conflit* du DIP de l'UE, et ne s'étend pas aux autres règles de DIP, telles que les règles de compétence, les règles en matière de reconnaissance et exécution de jugements ou encore les règles internationales uniformes (comme, par exemple, celles du certificat successoral européen ou l'article 31 du règlement Insolvabilité).

L'analyse de la jurisprudence de la CJUE sur la question montre certaines ambivalences.

Comme arrêts pertinents de la CJUE, voy. :

- Concernant l'application du règlement **Rome III**, l'arrêt **C-249/19, 16.07.2020, JE c. KF**, énonce les éléments d'un statut contraignant de la règle de conflit applicable à un cas de divorce :

Article 10 prévoit l'application de la loi du for, quand la loi étrangère autrement applicable ne connaît pas le divorce;

Cas d'espèce : le droit étranger applicable connaît le divorce, mais prescrit une séparation de corps préalable de trois ans ; CJUE : la loi du for ne peut pas être appliquée en vertu de l'article 10, car ses conditions ne sont pas remplies.

- L'opinion de AG Szpunar, CJUE 8 juin 2017, **affaire C-54/16 (Vinyls Italia SpA/Mediterranea di Navigazione SpA – insolvabilité)** :

« *The extensive party autonomy is limited by a number of instruments laid down in the Rome I Regulation, such as the overriding mandatory provisions (Article 9), the public policy clause (Article 21), the rules on protection of the rights of third parties (second sentence of Article 3(2)) and the protection of the weaker party to a contractual relationship (Articles 6(2) and 8(1)) and the provision attaching specific effects to the choice of applicable law where all elements relevant to the situation, other than the actual choice, are located within one country (Article 3(3)). Evidence of fraude à la loi can be sought in particular in the latter. However, other than the arrangements set out above, the regulation contains no general rule to prevent evasion of the law.).* »)

- **L'arrêt C-83/22**, 14 septembre 2023, **Tuk Tuk Travel** :

« *It is also apparent from the case-law of the Court that the national court is required to examine of its own motion whether there has been compliance with certain provisions of EU law in relation to the protection of consumers where, in the absence of such an examination, the objective of effective consumer protection cannot be achieved (see, to that effect, judgment of 5 March 2020, OPR-Finance, C-679/18, EU:C:2020:167, paragraph 23 and the case-law cited). It follows that the effective protection of certain rights that the consumer derives from EU law fall within the public interest which requires the national court intervening of its own motion.* »

La CJUE décide que le juge national ne doit pas d'office attribuer la totalité des indemnités dues, si le demandeur ne les a pas demandées (principe dispositif), toutefois, le droit national ne doit pas interdire au juge d'informer le demandeur de ces droits découlant du droit de l'UE.

Possible analogie avec le relevé d'office de la règle de conflit, dans le sens de la position du GEDIP de 2013 (= le juge doit informer les parties du contexte transfrontalier et de l'applicabilité des règlements européens) ?

- **Arrêt Van Schijndel, C-430/93 et C-431/93, 14 décembre 1995 :**

« 1) Dans une procédure portant sur des droits et obligations civils dont les parties disposent librement, il appartient au juge national d'appliquer les dispositions des articles 3, sous f), 85, 86 et 90 du traité CEE, même lorsque la partie qui a intérêt à leur application ne les a pas invoquées, dans le cas où son droit national lui permet une telle application. 2) Le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, **en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande.** »

➔ La Cour dit que le juge national peut respecter le principe dispositif (= il reste dans le cadre des demandes substantielle des parties) et le principe selon lequel les parties fournissent les prétentions et les preuves par rapport aux faits (= il ne va pas rechercher les faits que les parties n'ont pas invoqués) ; est-ce que cela vaut aussi pour le relevé d'office des règles juridiques, notamment des règles de conflit européennes ? Le relevé d'office des règles juridique ne semble pas contredire l'arrêt Van Schijndel.

- **Affaire C-821/21, Club La Costa e.a., du 14 septembre 2023 ;**

“An interpretation to the contrary, whereby it would be possible to derogate from the conflict-of-law rules laid down by the Rome I Regulation for determining the law applicable to a consumer contract, on the ground that another law would be more favourable to the consumer, would necessarily seriously undermine the general requirement of predictability of the applicable law and, therefore, the principle of legal certainty in contractual relationships involving consumers (see, by analogy, judgment of 12 September 2013, Schlecker, C-64/12, EU:C:2013:551, paragraph 35).”

La Cour a décidé que les contrats remplissant les conditions pour être considérés comme contrats de consommation, relèvent de l'article 6(1) du Rome I ; même si le consommateur préférerait l'application de la règle générale de l'article 4, pour obtenir ainsi l'application d'une loi plus favorable pour lui, le juge national doit appliquer la loi de la résidence du consommateur, car c'est la prévisibilité des résultats qui compte et les deux parties obtiennent ainsi la sécurité juridique.

- **Opinion of AG Emiliou (4 September 2025), C-440/23, FB v European Lotto and Betting Ltd, Deutsche Lotto Und Sportwetten Ltd** ➔ question for a preliminary ruling by a Maltese court

47. *From the point of view of conflict of laws, the result is the same. Indeed, when a Member State court is called upon, under the rules of the Rome I Regulation, to ‘apply’ the law of another Member State to a dispute, several mechanisms enshrined in that regulation also allow, and even oblige, that court to review, where relevant, the compatibility of that national law with EU law and, in the event of conflict, discard national law.*

48. *First, such a power (and obligation) of the court seised could be regarded as inherent to the task of ‘applying’ the designated law to the dispute. Indeed, where the rules of that regulation designate a given foreign law as ‘applicable’, they refer to the foreign legal order as a whole. The court seised must reach, in the light of the various rules composing that legal order and their hierarchy, a decision in the dispute that reflects, as much as possible, one that a judge of the State concerned would have reached. (39) This is essential*

in the interests of the objectives of legal certainty and international harmony of decisions pursued by the Rome I Regulation. (40)

- Order of the Court (Seventh Chamber) of **14 March 2024, VK v N1 Interactive Ltd., C-429/22**:

“Article 6(1) of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) must be interpreted as meaning that where a consumer contract fulfils the requirements set out in that provision and in the absence of a valid choice of law applicable to that contract, that law must be determined in accordance with that provision, notwithstanding the fact that the law applicable to the contract in accordance with Article 4 of that regulation may be more favourable to the consumer.”

3. Arguments tirés de la doctrine

Le sous-groupe constate que la doctrine est abondante sur la question de l’application de la loi étrangère. Toutefois, les auteurs se penchent plus rarement sur la manière d’appliquer la règle de conflit (européenne) et leurs opinions sur la question divergent. Une analyse complète de la doctrine doit encore être effectuée.

Néanmoins, une source particulièrement utile peut être mentionnée : un article de Yuko Nishitani (General Report, in Y. Nishitani (ed.), *Treatment of Foreign Law - Dynamics towards Convergence?*, Springer 2017), basé sur une étude comparative approfondie conclue en 2017. Elle écrit : *“The divergent approaches to the mandatory or facultative application of conflicts rules and the ascertainment and application of foreign law may well affect the operation of uniform conflict of laws rules that exist in form of EU regulations or international treaties.”* (p. 43)

Elle propose trois solutions possibles :

- The first solution advocated in the EU consists in introducing a specific instrument to provide for the mandatory application of conflicts rules and foreign law. The so-called “Madrid Principles” are one such proposal, with support among some in the academic community. Given the primacy of EU law over Member State national law, it may be justifiable to order the mandatory application of EU conflicts rules. The argument is that legal relationships governed by substantive mandatory rules (e.g., consumer and employee protection, anti-trust or maintenance obligations) should be regulated by the mandatory application of conflicts rules.
- The second solution, also envisaging a specific EU instrument, involves introducing a “procedural agreement” in civil law jurisdictions that provide for the mandatory application of conflicts rules and foreign law at present. The procedural agreement allows parties to exclude conflicts rules and have the *lex fori* applied instead of foreign law in certain cases.
- The third solution: Judicial notice solely deals with the manner of determining the content of foreign law, providing the court with the authority to do so.

IV. ARGUMENTS, IDÉES

- les règles de conflit sont distinctes des règles du droit de l’UE auxquelles s’applique le principe d’autonomie procédurale, de sorte que ce principe ne s’applique pas aux premières ;

- le champ d'application de la règle de conflit qui est une situation liée à plusieurs ordres juridiques, et la fonction de la règle de conflit qui est « la coordination » de ces ordres juridiques concurrents en la matière ;
- la confiance mutuelle, la coopération loyale et la liaison entre les règles de conflit avec les règles de compétence judiciaire et les règles de reconnaissance et l'exécution des jugements – il s'agit d'un ensemble qui doit fonctionner dans sa totalité ;
- la possibilité d'abus, par les parties, des règles européennes (ou internes) de la compétence internationale, avec le but de prendre avantage de la différence du traitement de la règle de conflit dans les différents Etats membres, pour atteindre l'application d'une loi qui ne pourrait pas être appliquée en application de la règle de conflit européenne (car cette dernière interdit ou limite l'autonomie des parties en l'espèce) ;
- la caractérisation de la règle de conflit : il ne s'agit pas d'une règle classique de la procédure (les opinions sur la nature de la règle varient : nature procédurale, nature sui generis, nature substantielle, toutes avec des arguments convaincants) ;
- si une position était prise sur l'application d'office de toute règle de conflit, même de nature nationale ou internationale, donc pas seulement européenne, est-ce que la question de l'autonomie procédurale se pose toujours ?
- il n'est pas « juste » (fair) que certains pays appliquent les règlements d'office et d'autres non (principe de loyauté) ;
- (coordination avec les lignes directrices GEDIP sur le renvoi !) l'admission du renvoi entraîne le besoin d'établir également le contenu du droit des conflits de lois étranger et d'appliquer la règle de conflit étrangère (ce qui peut être une tâche simple ou très difficile si, par exemple, le DIP étranger connaît un renvoi sous la discrétion du juge ou bien si le droit des conflits des lois étranger est seulement jurisprudentiel et peut-être pas très clair) ; peut aussi se poser la question de la qualification de la règle de conflit étrangère ;
- in the legally integrated area like EU, there is a reason for obliging the judge to apply the conflict rules;
- the CJEU already said that you cannot undermine the effectiveness of the uniform choice of law rules; some practices can undermine the effectiveness of the uniform rules;
- « principe dispositif européen + principe du contradictoire » - obligation de relever d'office les dispositions du droit matériel d'intérêt public ; le juge doit demander aux parties si elles y renoncent ou pas ;
- nous avons les règlements mixtes qui déterminent la compétence et les conflits de lois ; pour la compétence, il est pratiquement clair qu'il faut appliquer ces règles d'office, pourquoi pas la même règle pour les règles de conflit ? Aussi évoqué par Gaudemet-Tallon dans les travaux GEDIP en 2012 ;
- Le rôle de la règle de conflit et du droit applicable en matière contractuelle est surtout permettre aux parties d'organiser leur situation contractuelle ;
- Il ne faut pas interpréter les règlements un par un ; il convient de garder une vue globale et garder en tête qu'il s'agit des actes européens ;
- le fait que le relevé (ou non) d'office n'ait pas été discuté au moment de l'adoption de ces actes est peut-être dû au fait que les antécédents de ces règlements (notamment la Convention de Rome) étaient des conventions internationales, donc des actes d'une nature juridique différente des règlements européens ; il s'agit maintenant des actes unilatéraux adoptés dans le contexte d'intégration de l'UE ;

- Quand on parle de la prévisibilité (c'est-à-dire de la sécurité juridique), il faut parler de l'objectif de l'application uniforme des règlements dans l'ensemble de l'Union ; il faut éviter que la loi applicable diverge en fonction du choix de la juridiction ;
- Il est important de prendre en compte que la loi applicable doit souvent (et notamment en matière des contrats) être prévisible bien avant un potentiel litige et le dilemme du relevé d'office ; toutefois, cela peut plaider en faveur du relevé d'office, car les parties doivent pouvoir anticiper que n'importe quel juge européen appliquera la même loi ;
- Dans tous les règlements jusqu'à aujourd'hui, le législateur a admis une forme d'autonomie de la volonté, mais il s'agit d'un choix encadré ; est-ce que tout cela laisse vraiment toujours une marge de manœuvre aux parties (ou à une partie qui manipule l'autre) d'aller au-delà de ce cadre ?
- Si l'on décide qu'un rôle actif du juge est nécessaire, quels seraient les contours de ce rôle – l'importance du principe du contradictoire ;
- The fact that the application ex officio was not discussed during the adoption of the regulations, could point to the direction that such an application was not foreseen ; to not address this issue in a situation where it was clear that 4 Member states did not have the application ex officio, could well be an indication that it was not meant for those countries to change their procedural systems ;
- The most important question is: what problem are we trying to solve? If it is the predictability, it is not necessary to apply the rules ex officio to attain the predictability : the only difference between the systems is just that in the common law systems, you have to express what you expected and in the continental system you don't; that creates legal certainty, even if there is a difference in the procedures;
- le fait que dans l'UE on n'ait pas encore discuté de ce sujet est peut-être dû aux coûts de l'application de la loi étrangère ; mais aujourd'hui, il y a le Réseau judiciaire en matière civile, des fiches sur les droits étrangers sur le portail e-Justice, ainsi que d'autres outils d'accès aux droits étrangers ;
- il semble qu'en droit comparé et même parmi les États de tradition de la common law, il y a beaucoup de combinaisons différentes des devoirs du juge par rapport à l'application de la règle de conflit et de la recherche du contenu du droit étranger applicable ;
- l'évolution ou même révolution de l'accessibilité du contenu du droit étranger dans les derniers temps, par les efforts de l'UE et par le développement des outils de l'intelligence artificielle, pourrait enlever quelques doutes qui étaient encore très présents au moment de la négociation de ces instruments ;
- la question du relevé d'office est plus importante dans les domaines avec des droits indisponibles ;
- if we apply the conflict rules ex officio also in contractual matters, this is not a very big complication and it does not entail any costs on its own; the party autonomy that the parties enjoy is based on the EU regulations - they permit it; why would it be an additional burden if the judge says: this is a cross-border matter, the regulation is applicable, but it gives you choice, so if you chose the law or you choose it now, I will apply the chosen law, otherwise I will apply the law under the rules of the regulation; the cost comes at a later stage, when you have to do the research about the foreign law; but many times we saw that these are connected questions, which can, however, also be separated;
- one argument for the universal ex officio application is that it can avoid another complication, which could be more difficult to resolve, which is: which are the situations of “droits disponibles” and which are the situations of “droits indisponibles”?

The limit can be difficult to draw and there is a risk of different qualifications in different member states of when the ex officio application would have to be done and when not;

- nous devrions arriver à une règle qui assure une application uniforme des actes européens et qui soit une règle horizontale ; il ne faut pas distinguer d'un instrument à l'autre, d'une matière à l'autre, car on parle en effet de la nature d'une règle ; même la règle d'autonomie est une règle de conflit et on espère que le juge l'applique d'office ;
- de façon systématique, dans des instruments, on a soit des instruments qui règlent la compétence et l'exécution et non pas la loi applicable, soit les instruments dans lesquels toutes ces règles sont présentes : il serait alors difficile de dire que la règle de compétence doit être appliquée ex officio, mais pas la règle de conflit, même si elle est dans le même règlement ;
- dans les considérants, on dit qu'on veut " predictability of outcome ", alors la prévisibilité des résultats, même si le demandeur a parfois le choix de la juridiction ; comment pourrait-on assurer le résultat, si on laisse les juges ne pas appliquer le règlement ;
- un autre élément favorable au relevé d'office : au fur et à mesure de l'adoption des règlements, un d'effort est fait pour aligner la loi applicable avec le for : pourquoi l'avoir fait si les parties pouvaient l'atteindre en n'invoquant simplement pas la règle de conflit ?
- l'argument de l'application horizontale est persuasif du point de vue du droit européen, mais il l'est moins du point de vue du juge national : le DIP national est composé des règles européennes, conventionnelles et nationales ; p.ex. en Irlande, le droit national et conventionnel ne s'applique pas d'office ; dès lors si le droit européen est applicable d'office, il y a une différence dans la manière d'appliquer les différentes règles du DIP au sein d'un Etat membre ;
- In two regulations, which contain both the jurisdictional rules and the COL rules, the ex officio application of the jurisdiction rules is made explicit (Article 10 of the Maintenance Regulation; Article 4 of the Insolvency Regulation), but this is never said for the COL rules; this could be an indication that the rules function differently;
- La Costa case - the fact that the Court said that one specific rule had to be applied, even if the party wanted to apply a different rule, adds to the argument of the predictable outcome - not only for the consumer, but also for the company; it is the outcome which is important;
- what about the rules which protect the public interest: public policy, overriding mandatory rules - these rules and on the other hand the rules that protect weaker parties, these are the instances where we cannot leave the parties to decide which law will be applicable, because the outcome might be something that we don't want;
- qu'en est-il des lois de police d'un État tiers : la question est plus intéressante, mais les règlements laissent une faculté au juge ; peut-être la mention de cette faculté veut-elle dire que le législateur a pensé à la question de l'application d'office ou non ;
- if a judge does not apply the regulation, then he applies the lex fori and the issue of public policy does not arise (that the domestic law does not comply with the EU law would be a problem which would exist independently of cross-border cases);
- the interesting question are the foreign overriding mandatory provisions; how can a judge know of such rules if nobody mentions them;

V. QUESTIONS POUR LA DISCUSSION À LJUBLJANA (liste non-exhaustive) :

1. Quelles conséquences pouvons-nous tirer du fait que les règlements ne disent rien de précis sur l'application d'office ou non des règles de conflit européennes ?
 - C'est un indice que la question n'a pas semblé importante, car il y a le principe de l'autonomie procédurale et le législateur ne s'est pas senti compétent pour intervenir ? Peu probable, car plusieurs règlements déterminent expressément que le juge doit appliquer d'office les règles de compétence, sans égard au droit procédural national ;
 - C'est un indice que le législateur ne voulait pas intervenir, car la question du relevé d'office de la règle de conflit était fortement liée à la question du relevé d'office de la loi étrangère, alors qu'à l'époque de l'adoption des règlements, le droit étranger était encore beaucoup plus difficilement accessible qu'aujourd'hui.
 - C'est un indice que le législateur ne voulait pas intervenir, car il estimait que la différence d'application de la règle de conflit n'entravait pas les objectifs et les principes poursuivis par l'adoption des règlements ;
2. Est-ce que la prévisibilité de l'issue des litiges peut être atteinte sans une application uniforme de la règle de conflit ?
 - si la règle de conflit n'est pas appliquée d'office, le juge appliquera la loi du for, si aucune des parties n'invoque l'application de la règle de conflit (et ensuite de la loi étrangère applicable) ; dans les domaines où les règlements européens permettent un tel choix des parties, la prévisibilité n'est pas en danger ; toutefois, dans les domaines où les règlements ne permettent pas aux parties de choisir, en l'espèce, la loi du for, il pourrait s'agir d'une manœuvre des deux parties ou bien d'une partie au détriment de l'autre, pour atteindre un résultat autre que dans les pays prévoyant l'application d'office de la règle de conflit ;
 - Est-ce que la prévisibilité est une garantie pour les parties, ou bien (aussi) pour l'ordre juridique européen ; y a-t-il un intérêt (public ?) en dehors des intérêts des parties au litige de garantir la prévisibilité ?
 - Qu'en est-il de la prévisibilité dans les cas des parties faibles et des droits indisponibles ? Il semble que dans de tels cas, une application d'office est nécessaire ;
3. Parfois, si le juge appliquerait le règlement européen applicable d'office, l'on arriverait au même résultat que s'il applique directement sa loi du for. Est-ce qu'il s'agit d'un argument contre le relevé d'office du règlement européen dans de tels cas ? Ou bien
 - Par exemple : le consommateur ne peut être attaqué en justice que dans le pays de sa résidence, ainsi que la loi applicable selon le règlement Rome I est la loi du pays de la résidence du consommateur ; dès lors si le juge applique directement sa propre loi sans que les parties invoquent Rome I, le résultat sera le même que si le juge appliquait d'office le règlement ;
 - Ou bien : il est souvent mentionné que les deux parties au litige étaient « surprises » qu'une loi étrangère devait être applicable selon les règlements, et étaient ensuite « soulagées » d'avoir l'option de se soumettre à la loi du for ;
4. Comment doit être compris le lien entre la compétence, la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution des jugements ?
 - Les règlements prévoient parfois expressément que la compétence doit être contrôlée d'office, de même que la jurisprudence de la CJUE soutient un relevé d'office des règles

de la compétence ; de ce fait, il est facilement compréhensible que l'examen de la compétence soit très restreint dans la phase de la reconnaissance et exécution des jugements ;

- Par contre, les règlements ne prévoient pas expressément que les règles de conflit doivent être appliquées d'office, la jurisprudence de la CJUE semble pour l'instant ne le prescrire qu'en matière de la consommation et certaines autres domaines très restreints ; toutefois, existe l'interdiction de la révision au fond au stade de l'exequatur, de sorte que l'examen indirect de l'application de la règle de conflit et de la loi matérielle n'est possible que dans le cadre de l'exception d'ordre public (atténué) qui ne permet qu'une intervention très restreinte et ne peut pas servir à contrôler le respect des règles de conflit européennes ;
5. Est-ce que l'absence de relevé d'office de la règle de conflit européenne pouvant conduire à une non-application du règlement applicable, entrave le principe de la coopération loyale entre les Etats membres et/ou le principe de la confiance mutuelle sur lequel est basée la libre circulation des jugements ?
 6. Est-ce qu'un système dans lequel le relevé d'office de la règle de conflit est prescrit dans les domaines « non disponibles » (famille, parties faibles) et non pas dans le domaine contractuel, est envisageable, sans que cela n'entraîne d'autres difficultés et divergences d'application ?
 7. Si le législateur a voulu accepter la situation dans laquelle le règlement n'est pas appliqué car les parties n'ont pas invoqué son application, comment peut-on expliquer tous les efforts que le législateur a consacrés à la détermination des contours de l'autonomie des parties dans chacun des règlements, ainsi qu'à l'objectif de l'alignement de la compétence et de la loi applicable ?
 8. Si l'on admet que la règle de conflit n'est applicable que si les parties l'invoquent, est-ce que le juge est lié par la demande des parties quant à la règle de conflit à appliquer ? Il semble logique que, si les parties invoquent l'application d'un des règlements, pour qu'une loi étrangère soit applicable, le juge doive avoir le pouvoir d'appliquer les autres dispositions du règlement (par exemple : appliquer la règle relative aux contrats de la consommation au lieu de la règle relative aux contrats entre parties égales, même si les parties ont invoqué cette dernière règle ; ou bien invoquer l'exception d'ordre public pour refuser l'application de la loi étrangère contraire à l'ordre public du for ; ou bien la clause d'exception, les lois de police etc.)
 9. Si une obligation de relevé d'office est imposée, est-ce que l'on doit également prévoir la possibilité pour les parties de s'accorder sur la loi applicable au moment du litige, même si certains droits processuels nationaux ne le permettent peut-être pas ?
- La logique d'une telle double obligation serait de permettre aux parties de profiter de l'autonomie garantie par les règlements jusqu'au dernier moment où elles pourraient se rendre compte de l'applicabilité des règles de conflit ; autrement dit, les parties pourraient ainsi pleinement profiter de leur autonomie consacrée par les règlements, mais en même temps seulement dans le cadre posé par les règlements.

