

E 2191

ASSEMBLÉE NATIONALE

DOUZIÈME LÉGISLATURE

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE 2002-2003

Reçu à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 janvier 2003

Annexe au procès-verbal de la séance du 28 janvier 2003

TEXTE SOUMIS EN APPLICATION DE L'ARTICLE 88-4 DE LA CONSTITUTION

PAR LE GOUVERNEMENT,

À L'ASSEMBLÉE NATIONALE ET AU SÉNAT

Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation.

COM(2002) 0654 final



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 14.1.2003
COM(2002) 654 final

LIVRE VERT

**sur la transformation de la Convention de Rome de 1980
sur la loi applicable aux obligations contractuelles
en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation**

(présenté par la Commission)

TABLE DES MATIÈRES

Récapitulatif des questions.....	6
1.1. La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice	9
1.2. Le rôle du droit international privé dans la création d'un espace européen de justice	9
1.3. La Convention de Rome, le Règlement « Bruxelles I » et le futur instrument « Rome II » - trois instruments complémentaires.....	10
1.4. Objectifs assignés aux règles de conflit de lois en matière de contrats	11
1.5. Brève présentation des règles de la Convention de Rome	12
1.6. Lien avec le projet "Droit européen des contrats"	13
1.7. Initiatives déjà prises.....	13
2. SUR LA TRANSFORMATION DE LA CONVENTION DE ROME DE 1980 EN INSTRUMENT COMMUNAUTAIRE.....	14
2.1. Une nouvelle base juridique : l'article 61c) du Traité d'Amsterdam a donné un nouvel élan au droit international privé de source communautaire	15
2.2. La cohérence de l'œuvre législative communautaire en matière de droit international privé	15
2.3. L'interprétation uniforme de la Convention par la Cour	16
2.4. L'application des règles de conflit uniformisées dans les nouveaux États membres	17
2.5. Le choix de l'instrument : règlement ou directive ?	17
3. FAUT-IL MODERNISER LA CONVENTION DE ROME DE 1980 ?.....	18
3.1. Interrogations sur l'équilibre général de la Convention.....	19
3.1.1. Lien entre les règles de conflit générales de la Convention de Rome et les règles ayant une incidence sur la loi applicable contenues dans des instruments sectoriels	19
3.1.1.1. La multiplication des règles ayant une incidence sur la loi applicable dans des instruments sectoriels.....	19
3.1.1.2. Solutions envisageables	20
3.1.2. Prévoir une clause pour garantir l'application du standard minimum communautaire lorsque tous les éléments ou certains des éléments du contrat sont localisés dans la Communauté	20
3.1.2.1. Le risque que le droit communautaire ne soit pas appliqué bien que les éléments de l'espèce soient situés sur le territoire de l'Union.....	20
3.1.2.2. Solutions envisageables	21
3.1.3. Relations avec les conventions internationales existantes en la matière.....	22
3.2. Problèmes rencontrés dans l'application des différents articles	22

3.2.1.	Champ d'application de la Convention - exclusion des clauses d'arbitrage et d'élection de for (art. 1 § 2 d)	22
3.2.2.	Règles applicables au contrat d'assurance (art. 1 § 3)	23
3.2.2.1.	La situation actuelle	23
3.2.2.2.	Interrogations quant à la situation actuelle.....	24
3.2.2.3.	Les solutions envisageables	24
3.2.3.	Autonomie de la volonté (art. 3 § 1) - Interrogations quant au choix de règles non étatiques	25
3.2.4.	Autonomie de la volonté – définition du choix tacite (art. 3 § 1).....	26
3.2.4.1.	L'intention du législateur	26
3.2.4.2.	Difficultés rencontrées dans l'application de cet article	26
3.2.4.3.	Solutions envisageables	26
3.2.5.	Quelle est la force de la présomption générale établie à l'article 4 § 2	27
3.2.5.1.	Situation actuelle.....	27
3.2.5.2.	Difficultés rencontrées	28
3.2.5.3.	Solution envisageable.....	28
3.2.6.	Application de la présomption spéciale en matière immobilière aux contrats de location de vacances (art. 4 § 3).....	29
3.2.6.1.	Solution actuelle.....	29
3.2.6.2.	Difficultés rencontrées dans l'application de cet article	29
3.2.6.3.	Solution envisageable.....	29
3.2.7.	Interrogations relatives à la protection du consommateur (art. 5)	30
3.2.7.1.	Rappel du contenu et du domaine des règles protectrices de l'article 5	30
3.2.7.2.	Difficultés rencontrées	31
3.2.7.3.	Solutions envisageables	32
3.2.8.	Interrogations quant à la définition du terme "dispositions impératives"	35
3.2.8.1.	La notion de "disposition impérative » couvre une réalité multiple	35
3.2.8.2.	Difficultés rencontrées	36
3.2.8.3.	Solutions envisageables	37
3.2.9.	Incertitudes relatives à l'interprétation du terme « détachement temporaire » du salarié (art. 6)	37
3.2.9.1.	La loi applicable au contrat de travail.....	37
3.2.9.2.	Difficultés rencontrées	38

3.2.9.3. Solutions envisageables	40
3.2.10. D'autres interrogations concernant l'article 6.....	40
3.2.11. Application des lois de police étrangères (art. 7 § 1).....	41
3.2.12. Loi applicable à la forme du contrat (art. 9).....	41
3.2.12.1. Solution actuelle.....	41
3.2.12.2. Difficultés rencontrées	42
3.2.12.3. Solutions envisageables	42
3.2.13. Loi applicable à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers (art. 12).....	42
3.2.13.1 Solution actuelle.....	42
3.2.13.2. Difficultés rencontrées	43
3.2.13.3. Solutions envisageables	43
3.2.14. Champ d'application respectifs des articles 12 et 13 relatifs à la cession de créance et la subrogation.....	44
3.2.14.1 Le mécanisme de la subrogation dans la Convention de Rome.....	44
3.2.14.2. Difficultés rencontrées	45
3.2.14.3. Solutions envisageables	45
3.2.15. Absence de règle de conflit relative à la compensation légale.....	45
3.2.15.1. Présentation du mécanisme de la compensation	45
3.2.15.2. Difficultés rencontrées	46
3.2.15.3. Solutions envisageables	46
Annexe 1	47
Annexe 2	50

LIVRE VERT

sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation

Le présent Livre vert a pour objet de lancer une large consultation des milieux intéressés sur un certain nombre de questions d'ordre juridique relatives à la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après désignée par « la Convention de Rome » ou « la Convention ») en instrument communautaire ainsi que son éventuelle modernisation sur le fond.

Il explique le contexte général du débat et présente certaines options.

La Commission invite les parties intéressées à lui faire parvenir des réponses dûment motivées aux questions posées dans ce Livre vert, récapitulées à la page 3. Ces questions ne sont, bien évidemment, pas limitatives et des commentaires plus généraux seront appréciés. En outre, les parties intéressées sont priées de fournir à la Commission, pour chaque question et dans la mesure du possible, des informations sur l'impact qu'auraient les différentes options discutées sur :

- i. la vie économique des entreprises en général ;
- ii. les petites et moyennes entreprises en particulier ;
- iii. les relations entreprises - consommateurs /travailleurs.

La Commission tiendra compte des commentaires reçus lors de l'élaboration d'une éventuelle proposition d'instrument communautaire sur ce sujet.

Il convient de préciser que la Commission n'a pas pris position ni sur la nécessité de moderniser la Convention de Rome ni sur celle de la transformer en instrument communautaire.

En outre, le présent Livre vert n'a pas pour objectif d'explorer la relation entre un éventuel instrument qui reprendrait la Convention de Rome et les règles du Marché intérieur. Cependant, il est clair pour la Commission qu'un tel instrument devra laisser intact les principes du Marché intérieur contenus dans le Traité ou dans des instruments de droit dérivé.

Les parties intéressées sont priées de soumettre leurs réponses et observations avant le 15 septembre 2003, à l'adresse suivante :

Commission européenne
Direction générale Justice et Affaires intérieures,
Unité A3 - Coopération en matière civile
B-1049 Bruxelles
Fax : + 32 (2) 299 64 57
COURRIER ELECTRONIQUE : jai-coop-jud-civil@cec.eu.int

Il est demandé aux parties intéressées de n'envoyer leur contribution que d'une seule et unique manière : soit par courrier électronique ou fax soit par la poste. Sauf instructions contraires formelles de l'expéditeur, les réponses et observations pourront être diffusées sur le site Internet de la Commission.

La Commission envisage d'organiser une audition publique sur le sujet au cours du dernier trimestre 2003.

RECAPITULATIF DES QUESTIONS

- Question 1 :** Disposez-vous d'informations relatives à la connaissance effective de la Convention de Rome de 1980 et de ses règles par les acteurs économiques et les professions juridiques, y compris les juges ? Les parties à un contrat savent-elles qu'elles peuvent librement choisir la loi qui y sera applicable ? Dans l'hypothèse où vous concluez à une connaissance insuffisante de la Convention de Rome par les acteurs économiques, cette situation a-t-elle des conséquences négatives sur le déroulement des négociations contractuelles ou des procédures judiciaires ?
- Question 2 :** Pensez-vous qu'il serait opportun de transformer la Convention de Rome de 1980 en instrument communautaire ? Quelles sont vos arguments pour ou contre une telle transformation ?
- Question 3 :** Avez-vous connaissance de difficultés rencontrées du fait de la multiplication et de la dispersion des règles ayant une incidence sur la loi applicable dans plusieurs instruments sectoriels de droit dérivé ? Dans l'affirmative, quelle est, d'après vous, la meilleure solution pour remédier à celles-ci ?
- Question 4 :** Dans l'hypothèse de l'adoption d'un instrument communautaire "Rome I", vous semble-t-il souhaitable d'introduire une clause de nature générale garantissant l'application d'un standard minimum communautaire lorsque tous les éléments du contrat, voire certains éléments particulièrement significatifs, sont localisés dans la Communauté ? Le libellé proposé au point 3.1.2.2 permet-il de répondre à l'objectif recherché ?
- Question 5 :** Avez-vous des commentaires par rapport aux orientations dégagées en ce qui concerne l'interaction entre un éventuel instrument "Rome I" et les conventions internationales existantes ?
- Question 6 :** Pensez-vous que des règles de conflit relatives aux clauses d'arbitrage et d'élection de for seraient utiles ?
- Question 7 :** Quelle évaluation faites-vous des règles actuelles en matière d'assurance ? Pensez-vous que le traitement actuel des hypothèses (a) et (c) est satisfaisant ? Quel moyen préconisez-vous pour remédier aux difficultés éventuellement rencontrées ?
- Question 8 :** D'après vous, les parties doivent-elles pouvoir choisir directement une convention internationale, voire des principes généraux du droit ? Quels sont les arguments pour ou contre une telle solution ?

Question 9 : Pensez-vous qu'un futur instrument "Rome I" devrait contenir des indications plus précises quant à la définition d'un choix tacite de loi applicable ou le fait qu'il soit éventuellement donné compétence à la Cour de justice suffirait-il pour assurer la sécurité juridique ?

Question 10 : D'après vous, convient-il de préciser la rédaction de l'article 4 pour obliger le juge à appliquer d'abord la présomption du § 2 pour n'écarter la loi ainsi obtenue que si elle est manifestement inadaptée pour régir le cas d'espèce ? Dans l'affirmative, quelle rédaction vous semble-t-elle la plus adaptée ?

Question 11 : D'après vous, convient-il de créer une règle spéciale pour les locations de vacances de courte durée, à l'instar de celle qui figure à l'article 22 § 1, alinéa 2 du Règlement "Bruxelles I", ou le mécanisme actuel est-il satisfaisant ?

Question 12 : Evaluation des règles relatives à la protection du consommateur

A. Quelle évaluation faites-vous des règles actuelles relatives à la protection du consommateur ? Celles-ci sont-elles toujours adéquates, notamment à la lumière du développement du commerce électronique ?

B. Disposez-vous d'informations concernant l'impact de la règle actuelle sur a) les entreprises en général; b) les petites et moyennes entreprises et c) les consommateurs ?

C. Parmi les solutions proposées, laquelle préférez-vous et pour quelles raisons ? D'autres solutions sont-elles envisageables ?

D. D'après vous, quel serait l'impact des différentes solutions envisageables sur a) les entreprises en général; b) les petites et moyennes entreprises et c) les consommateurs ?

Question 13 : Convient-il de préciser le sens respectif des « dispositions impératives » figurant aux articles 3, 5, 6 et 9, d'une part, et à l'article 7 d'autre part ?

Question 14 : Convient-il d'apporter des précisions à l'article 6 concernant la définition de la notion « détachement temporaire » ? Dans l'affirmative, lesquelles ?

Question 15 : Pensez-vous que l'article 6 devrait subir d'autres modifications ?

Question 16 : Une règle relative aux lois de police étrangères vous paraît-elle nécessaire ? Serait-il souhaitable de donner des indications plus précises quant aux conditions d'application des lois de police étrangères ?

Question 17 : Convient-il de moderniser la règle de conflit en matière de forme des contrats ?

Question 18 : Pensez-vous qu'il est opportun de préciser dans un futur instrument quelle est la loi applicable à l'opposabilité de la cession de créance ? Dans l'affirmative, quelle règle de conflit préconisez-vous ?

Question 19 : Serait-il utile de préciser les champs d'application respectifs des articles 12 et 13 ? Selon vous, convient-il de prévoir une règle de conflit pour des paiements subrogatoires effectués sans obligation ?

Question 20 : Selon vous, convient-il de préciser la loi applicable à la compensation légale ? Dans l'affirmative, quelle règle de conflit préconisez-vous ?

Introduction

1.1. La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice

L'une des conséquences de l'accroissement des échanges et des déplacements à l'intérieur des l'Union européenne et dans le monde en général est l'éventualité accrue qu'un citoyen européen ou une entreprise établie dans un État membre soient impliqués dans un litige dont tous les éléments ne soient pas cantonnés à l'intérieur de l'État où il ou elle a sa résidence habituelle. Ainsi, l'on peut imaginer le cas d'un consommateur grec qui a acheté sur catalogue ou via Internet un appareil électronique en Allemagne et qui veut par la suite poursuivre le fabricant en justice parce que l'appareil présente un grave défaut que le fabricant refuse de réparer, ou encore celui d'une entreprise allemande qui veut poursuivre son partenaire commercial anglais pour non-exécution de ses obligations contractuelles.

Les parties sont souvent découragées de faire valoir leur droits dans un pays étranger en raison de l'incompatibilité ou de la complexité des systèmes juridiques et administratifs nationaux. Ceci vaut tout particulièrement pour les citoyens ou les PME, qui ne disposent pas en général des moyens financiers pour s'assurer les services d'un réseau international de juristes.

Dans l'Union européenne, cependant, il ne saurait y avoir un véritable Marché intérieur, permettant la libre circulation des marchandises, des personnes, des biens et des capitaux, sans un espace commun de la justice dans lequel chaque citoyen puisse faire valoir ses droits aussi bien dans un autre Etat membre que dans celui de sa résidence.

Aussi le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999¹ a-t-il fixé trois axes d'action prioritaires pour la création d'un tel espace, parmi lesquelles figure le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires.

L'harmonisation des règles de droit international privé joue un rôle essentiel dans la réalisation de cet objectif.

1.2. Le rôle du droit international privé dans la création d'un espace européen de justice

Le droit international privé² est constitué de mécanismes destinés à faciliter le règlement des litiges internationaux. Il répond à trois questions :

- quel est l'Etat dont les juridictions sont compétentes pour connaître d'un litige ; cette question a trait à la détermination de la « compétence internationale des tribunaux » ou "conflits de juridictions";
- quelle loi nationale matérielle est-elle appliquée par le juge qui connaît du litige ; ce problème de loi applicable est désigné sous le nom de « conflits de lois » ;

¹ Conclusions de la Présidence du 16.10.1999, § 28 à 39.

² L'expression "droit international privé" n'a pas la même signification dans tous les Etats membres. En droit allemand ou portugais, par exemple, elle désigne uniquement les règles de conflit de lois, tandis que dans d'autres systèmes juridiques elle comprend également les règles relatives à la compétence internationale des tribunaux et la reconnaissance des jugements étrangers. Pour les besoins du présent document, ce terme est employé dans sa signification large.

- la décision rendue par la juridiction qui s'est déclarée compétente peut-elle être reconnue et, le cas échéant, exécutée dans un autre État membre ; cette question, désignée par les expressions « effet des jugements étrangers » ou encore « reconnaissance mutuelle et exécution des décisions étrangères », est importante surtout si la partie qui succombe ne possède pas d'actifs dans le pays où la décision en question a été rendue.

Concrètement, lorsqu'il s'agit d'agir en justice dans le cadre d'un litige international, il convient d'abord de s'interroger sur l'État dont les tribunaux sont internationalement compétents. Une fois celui-ci déterminé, le tribunal saisi décidera quelle est la loi applicable au litige. C'est seulement lorsque ce tribunal aura rendu sa décision que se posera le problème de l'exécution de celle-ci à l'étranger.

Traditionnellement, chaque État membre dispose de ses propres solutions nationales de droit international privé. Or, cette situation comporte l'inconvénient majeur d'une absence d'uniformité et de sécurité juridique ainsi que le risque que l'une ou l'autre des parties tente à profiter du fait que leur affaire présente des liens avec divers systèmes juridiques pour échapper à la loi qui leur est normalement applicable. Pour revenir à l'exemple du consommateur grec et du vendeur allemand, il suffit d'imaginer que leur contrat comprend une clause le soumettant à la loi d'un pays tiers ne connaissant aucune disposition en matière de protection des consommateurs. Cette pratique, si elle était valable, serait choquante dans la mesure où elle priverait le consommateur de la protection que lui accordent à la fois le droit grec et le droit allemand.

Pour combattre de tels inconvénients et de telles pratiques les États membres ont choisi d'harmoniser leurs règles de droit international privé. Leurs premiers efforts en ce domaine ont porté sur la matière des obligations, contractuelles et non contractuelles, de nature civile ou commerciale.

1.3. La Convention de Rome, le Règlement « Bruxelles I » et le futur instrument « Rome II » - trois instruments complémentaires

On ne peut comprendre les objectifs de la Convention de Rome sans mentionner l'instrument qui l'a précédé, la Convention de Bruxelles de 1968 (remplacée depuis le 1er mars 2002, sauf pour le Danemark, par le Règlement dit "Bruxelles I").³ Cette dernière avait été élaborée à partir de l'idée, déjà exprimée dans le Traité CE, que le Marché commun implique la possibilité d'obtenir, dans des conditions faciles, la reconnaissance et l'exécution dans tout État membre d'une décision rendue dans un autre État membre. Pour faciliter la réalisation de cet objectif, la Convention de Bruxelles pose des règles précisant de quel État membre les tribunaux sont compétents.⁴

Or, le simple fait d'avoir des règles concernant la compétence des tribunaux ne permet pas d'éviter tout aléa dans la résolution au fond du litige. La Convention de Bruxelles ainsi que le Règlement qui l'a remplacée, contiennent en effet un certain nombre d'options permettant au

³ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22.12.2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, remplaçant la Convention de Bruxelles de 1968, dont la version consolidée a été publiée au JO n° C 27 du 26.1.1998, p. 1 à 18. La Convention de Bruxelles de 1968 reste cependant en vigueur pour les relations entre le Danemark et les autres États membres.

⁴ Si les règles de compétence contenues dans la Convention de 1968 et le Règlement « Bruxelles I » ne font pas, en principe, l'objet du présent Livre vert, nous reviendrons toutefois à certaines entre elles lors de la discussion des différentes règles de conflit de lois (point 3).

demandeur de choisir entre tel et tel tribunal. Le risque est alors qu'une partie choisisse les tribunaux d'un Etat membre plutôt que ceux d'un autre Etat membre pour la seule raison que la loi applicable dans cet Etat lui serait plus favorable au fond. Cette pratique est désignée par le terme de "*forum shopping*". En unifiant les règles de conflit de loi des Etats membres, la Convention de Rome, s'assurant que la solution au fond sera la même quel que soit le tribunal saisi, réduit le risque de *forum shopping* dans l'Union européenne.

Il existe toutefois une différence importante entre les Conventions de Bruxelles et de Rome en ce qui concerne leurs champs d'application respectifs : tandis que la première couvre tant les obligations contractuelles que délictuelles, la seconde ne porte que sur les premières. Dans l'hypothèse où les travaux sur un futur instrument « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles⁵ aboutiront, celui-ci sera le prolongement naturel de l'œuvre unificatrice des règles de droit international privé en matière d'obligations, contractuelles ou non contractuelles, de nature civile et commerciale, au niveau communautaire.

Avant de présenter plus en détail les règles de conflit de la Convention de Rome, il convient de présenter brièvement les objectifs qui leur sont assignés.

1.4. Objectifs assignés aux règles de conflit de lois en matière de contrats

Pour chaque règle de conflit de lois, plusieurs options se présentent au législateur. Afin d'expliquer pourquoi il retient telle ou telle option, il convient de rappeler les principes de proximité et d'autonomie de la volonté.

Le principe de proximité tend à soumettre la situation à l'ordre juridique qui présente avec elle les liens les plus étroits. Ce principe est particulièrement parlant en matière de compétence internationale, par exemple lorsqu'il s'agit d'un litige relatif à un immeuble ou un accident de la route : le tribunal du lieu de situation de l'immeuble ou du lieu de survenance de l'accident est en général le mieux placé pour apprécier les faits et rassembler les preuves. Quant au principe de l'autonomie de la volonté, celui-ci permet aux parties de choisir elles-mêmes la loi qui régira leurs rapports, solution aisément compréhensible dans l'un des exemples cités ci-dessus (le contrat entre deux entreprises, allemande et anglaise). Il s'agit du principe dominant en matière contractuelle, qui a été consacré par la quasi totalité des droits positifs.

Depuis une vingtaine d'années un autre principe, celui de la protection de la partie faible, s'est imposé. En effet, dans l'exemple du consommateur grec et du fournisseur allemand cité ci-dessus, les deux parties ne sont pas sur un pied d'égalité. A défaut de limites au principe d'autonomie, le consommateur risque de se voir imposer une loi qui lui est défavorable et de se trouver ainsi privé de la protection à laquelle il peut légitimement s'attendre lorsqu'il achète un bien de consommation. Le même raisonnement s'applique à la relation employeur - salarié.

On retrouve tous ces principes dans les règles de la Convention de Rome de 1980.

⁵ La Commission a lancé, le 3 mai 2002, une large consultation portant sur un avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles aux fins de recueillir les commentaires des milieux intéressés. Le texte est disponible à l'adresse suivante: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_fr.htm.

1.5. Brève présentation des règles de la Convention de Rome

Les règles uniformes de la Convention de Rome sont applicables « *dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles* »⁶ c'est-à-dire les situations dans lesquelles tous les éléments ne sont pas connectés au système juridique d'un seul Etat, par exemple parce que les parties au contrat sont de nationalités différentes, ou sont domiciliées dans des États différents, ou encore parce que le contrat est conclu ou exécuté dans différents pays ou dans un pays différent de celui du juge saisi.

La Convention de Rome revêt un caractère dit « universel »⁷, ce qui signifie que les règles de conflit qu'elle édicte peuvent conduire à l'application de la loi d'un État qui n'est pas membre de l'Union européenne.

La Convention prévoit en outre l'exclusion des matières suivantes : l'état et capacité des personnes physiques ; le droit patrimonial de la famille (testaments, successions, régimes matrimoniaux, contrats portant sur une obligation alimentaire) ; les obligations nées des instruments négociables (lettres de change, chèques, billets à ordre) ; le droit des sociétés, des associations et autres personnes morales ; les conventions d'arbitrage et d'élection de for ; les « trusts » ; la preuve et la procédure⁸.

La clef de voûte du système est l'autonomie de la volonté (art. 3), principe qui autorise les parties à choisir la loi applicable à leur contrat. La liberté n'est toutefois pas sans limites : elles peuvent choisir n'importe quelle loi, même si elle ne présente aucun lien objectif avec le contrat ; elles peuvent choisir la loi régissant le contrat postérieurement au moment de sa conclusion et la modifier à tout moment de la vie du contrat, voire même en cours de procédure dans certains Etats membres. Quant à la forme du choix, il doit être « *exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* », ce qui peut résulter de l'insertion dans le contrat d'une clause expresse, mais le choix pourra également résulter d'autres éléments de l'environnement contractuel, le texte laissant au juge le soin de vérifier le caractère tacite ou implicite du choix de la loi.

A défaut de choix de loi par les parties, la Convention retient le principe de proximité car le contrat est régi dans ce cas par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 4). Le contrat est présumé présenter les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la « *prestation caractéristique* » a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle. La « *prestation caractéristique* » est celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre (par exemple, l'obligation du vendeur de transférer la propriété, dans le contrat de vente; celle du transporteur de transporter un bien ou une personne, dans le contrat de transport, etc.); l'obligation de payer une somme d'argent ne constitue donc pas, sauf exception, la prestation caractéristique au sens de l'article 4. La Convention pose ensuite d'autres présomptions en matière de droits réels ou de transport de marchandises. Cependant, le juge peut écarter ces présomptions « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.* »

Sous certaines conditions, la Convention de Rome comporte, à l'instar du Règlement dit "Bruxelles I", des règles spéciales en faveur des parties dites « faibles » (consommateurs et travailleurs, art. 5 et 6). Aussi le choix d'une loi par les parties au contrat ne saurait-il priver un consommateur ou un salarié de la protection des dispositions impératives de la loi qui leur

⁶ Article 1.

⁷ Article 2.

⁸ Sous réserve de l'article 14 de la Convention.

serait normalement applicable - telle que désignée d'après les règles générales de la Convention - en l'absence de choix de loi. A défaut de choix de loi, le contrat de consommation se voit appliquer la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur, tandis que le contrat de travail est régi par la loi du lieu dans lequel le salarié accomplit habituellement son travail et, à défaut d'un tel lieu, la loi du lieu de l'établissement d'embauche.

La Convention pose des règles spéciales à certaines matières (notamment cession de créance et subrogation). Elle octroie à la loi du contrat un large domaine d'application puisqu'elle régit aussi bien l'interprétation du contrat que son exécution ou son inexécution, son extinction que sa nullité.

1.6. Lien avec le projet "Droit européen des contrats"

Certains s'interrogent d'ores et déjà sur le lien entre le projet "Rome I" et celui connu sous le titre "Droit européen des contrats"⁹.

La Communication du 2 juillet 2001 visait à élargir le débat sur l'avenir du droit européen des contrats au niveau de l'Union européenne et sur la nécessité d'un changement d'approche au niveau du droit matériel¹⁰. Dans ce document, la Commission s'interrogeait notamment sur la cohérence de l'acquis communautaire en matière de droit des contrats et sur le point de savoir si les divergences nationales dans ce domaine pouvaient entraver le bon fonctionnement du marché intérieur. L'une des options évoquées, dans le cas où une nouvelle approche s'avérerait nécessaire, était l'adoption d'un nouvel instrument communautaire contribuant au rapprochement du droit matériel des contrats. Dès lors, certains s'interrogeaient déjà sur l'intérêt de se pencher encore sur des règles prescrivant l'application de tel ou tel de ces droits nationaux.

De telles interrogations ne sont pas fondées. Aux yeux de la Commission, l'objectif du projet "Droit européen des contrats" n'est à ce stade ni l'uniformisation du droit des contrats des Etats membres ni la création d'un code civil européen. La Commission avait déjà annoncé qu'elle soumettrait un document de suivi au début de l'année 2003. En outre, même dans l'hypothèse d'une plus grande harmonisation du droit des contrats au niveau communautaire dans un avenir plus lointain, il est probable que celle-ci ne concernerait que certains aspects particulièrement importants de la matière, de sorte qu'il faudrait toujours déterminer la loi applicable pour les aspects non harmonisés. Les règles de droit international privé gardent donc toute leur importance pour les transactions transfrontalières communautaires, aujourd'hui et dans le futur.

En conséquence, le projet "Droit européen des contrats" ne diminue en rien l'intérêt de réfléchir à une éventuelle modernisation de la Convention de Rome. Au contraire, il s'agit de deux projets qui se complètent l'un l'autre, et dont les travaux sont menés en parallèle.

1.7. Initiatives déjà prises

Aux fins de préparer les discussions relatives à une éventuelle modernisation de la Convention, la Commission a financé dans le cadre du programme GROTIUS CIVIL 2000 un

⁹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats (JO n° C 255, 13.9.2001, p.1).

¹⁰ Le droit matériel règle des questions telles que la validité, la formation ou l'exécution du contrat, par opposition au droit international privé des contrats qui ne concerne que la question de la loi applicable.

projet présenté par l'Académie de Droit européen de Trèves, consistant en la mise en place d'une base de données accessibles en ligne et relative à l'application de la Convention par les tribunaux des Etats membres. Le site web ainsi mis en place¹¹ contient déjà un grand nombre de références jurisprudentielles.

Par ailleurs, dans le cadre de la préparation du Règlement CE n° 44/2000 « Bruxelles I », la DG JAI a organisé, le 4 et 5 novembre 1999, une audition portant sur le droit international privé et le commerce électronique. Celle-ci lui a permis de recueillir 74 contributions écrites en provenance d'organismes professionnels, associations de consommateurs, institutions publiques, entreprises et chercheurs. Une grande partie des commentaires porte sur la question de la loi applicable aux contrats conclus via Internet.

Enfin, les travaux du GROUPEMENT EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE ont porté sur les éventuelles améliorations à apporter à la Convention, aboutissant à des propositions concrètes de modification du texte actuel.¹²

Avant de s'interroger sur l'opportunité de moderniser les règles de conflit de lois contenues dans la Convention (point 3), il convient de réfléchir aux avantages qui pourraient justifier sa transformation en instrument communautaire (point 2).

Mais tout d'abord, la Commission souhaite saisir l'occasion de ce Livre vert pour rassembler des informations précises relatives à la connaissance effective qu'ont les acteurs économiques - entreprises, consommateurs et travailleurs - et les professions juridiques de l'existence de la Convention de Rome et de ses règles. Elle désire également savoir si la connaissance ou la non connaissance de la Convention influe sur le comportement pratique des acteurs dans la négociation de leurs relations contractuelles ou dans les procédures judiciaires.

Question 1 : Disposez-vous d'informations relatives à la connaissance effective de la Convention de Rome de 1980 et de ses règles par les acteurs économiques et les professions juridiques, y compris les juges ? Les parties à un contrat savent-elles qu'elles peuvent librement choisir la loi qui y sera applicable ? Dans l'hypothèse où vous concluez à une connaissance insuffisante de la Convention de Rome par les acteurs économiques, cette situation a-t-elle des conséquences négatives sur le déroulement des négociations contractuelles ou des procédures judiciaires ?

2. SUR LA TRANSFORMATION DE LA CONVENTION DE ROME DE 1980 EN INSTRUMENT COMMUNAUTAIRE

La Convention de Rome est aujourd'hui le seul en matière de droit international privé au niveau communautaire qui revêt encore la forme d'un traité international. C'est pourquoi certains s'interrogent sur l'opportunité de la transformer un instrument communautaire.

Une telle transformation pourrait présenter un certain nombre d'avantages, à commencer par une plus grande cohérence de la politique législative communautaire en matière de droit international privé (point 2.2), basée sur l'article 61 c) du Traité (point 2.1). Elle emporterait en outre l'attribution d'une compétence d'interprétation à la Cour dans les meilleures

¹¹ <http://www.rome-convention.org>.

¹² Les résultats de ces travaux sont accessibles à l'adresse suivante : <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>.

conditions (point 2.3) et faciliterait enfin l'application de règles de conflit uniformisées dans les nouveaux Etats membres (point 2.4).

2.1. Une nouvelle base juridique : l'article 61c) du Traité d'Amsterdam a donné un nouvel élan au droit international privé de source communautaire

Si les instruments communautaires en matière de droit international privé soit ont été adoptés sur la base de l'article 293 (ex 220) du Traité (pour la Convention de Bruxelles de 1968), soit sont assimilés à des instruments adoptés sur cette base (pour la Convention de Rome de 1980), ce domaine relève, depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, du premier pilier de l'Union européenne

Aussi la Communauté a-t-elle adopté sur la base de l'article 61 c) du Traité plusieurs nouveaux règlements dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile (« Bruxelles II »¹³, « Faillite »¹⁴, « Transmission des actes »¹⁵ et « Obtention des preuves »¹⁶) et transformé la Convention de Bruxelles de 1968 en règlement. En outre, la Commission prépare actuellement un instrument communautaire sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (projet « Rome II »).

Le plan d'action de Vienne¹⁷ du Conseil et de la Commission, qui a été adopté par le Conseil en 1998, vise expressément la compatibilité des règles relatives au conflit de lois. Son point 40 c) invite à « *la révision, si nécessaire, de certaines dispositions de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, compte tenu des dispositions spéciales sur les règles relatives aux conflits de lois figurant dans d'autres instruments communautaires* ». Le Programme de reconnaissance mutuelle¹⁸ précise que les mesures relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois constituent des mesures d'accompagnement, facilitant la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale.

Il convient de rappeler que le domaine de la coopération judiciaire civile, sauf en matière de famille, relèvera dès l'entrée en vigueur du Traité de Nice de la procédure de "co-décision" qui associe étroitement le Parlement européen au processus législatif.

2.2. La cohérence de l'œuvre législative communautaire en matière de droit international privé

Dès lors que les règles de compétence internationale et celles de conflit de lois portant sur les obligations contractuelles et non contractuelles, de nature civile ou commerciale, constituent en réalité un ensemble unique, le fait que la Convention de Rome se distingue en sa forme des

¹³ Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, JO n° L160 du 30.6.2000, p. 19.

¹⁴ Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai relatif aux procédures d'insolvabilité, JO n° L160 du 30.6.2000, p. 1.

¹⁵ Règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JO n° L160 du 30.6.2000, p. 37.

¹⁶ Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, JO n° L 174 du 27.6.2001, p. 1.

¹⁷ JO C 19 du 23.1.1999, p. 1, point 51 c).

¹⁸ JO C 12 du 15.1.2001, p. 8.

autres instruments de droit international privé au niveau communautaire ne contribue pas à la cohérence de cet ensemble.

De surcroît, du fait que la Convention de Rome revêt la forme d'un traité international, elle contient un certain nombre de dispositions qu'il conviendra d'apprécier à la lumière du souci de cohérence de la politique législative communautaire.

Il s'agit notamment des articles suivants :

- le droit des Etats membres à émettre des réserves (relatives aux articles 7 § 1 et 10 § 1e), prévu à l'article 22 ;
- le droit des Etats membres, prévu à l'article 23, d'adopter des règles nationales de conflit de lois pour une catégorie particulière de contrats ;
- le droit des Etats membres, prévu à l'article 24, d'adhérer à des conventions multilatérales en matière de conflits de lois ;
- la durée limitée (quoique renouvelable) de la Convention (article 30).

Il n'est pas certain que ces dispositions soient compatibles avec l'objectif de création d'un véritable espace de justice européen.

2.3. L'interprétation uniforme de la Convention par la Cour

L'analyse des premières décisions rendues par les Tribunaux nationaux permet d'ores et déjà de constater que l'application uniforme de certains articles de la Convention n'est pas toujours assurée, notamment lorsque les juridictions nationales tendent à interpréter la Convention à la lumière des solutions antérieures, soit pour combler certaines de ses lacunes, soit pour infléchir l'interprétation de certaines dispositions flexibles. Pour illustrer ces divergences, on peut citer les articles 1 § 1 (champ d'application matériel : définition de la matière contractuelle, par exemple la question de savoir s'il faut au non y inclure les chaînes de contrats) ou 3 § 1 (définition du choix tacite : qu'en est-il de la référence à un concept juridique propre à un système juridique donné).¹⁹

La cohérence des règles de conflit de lois au niveau communautaire serait sans doute favorisée par une interprétation uniforme des règles contenues dans la Convention de Rome.

Les États ont exprimé, dans une Déclaration commune²⁰, leur volonté d'examiner la possibilité d'attribuer certaines compétences à la Cour de Justice. Ainsi la Convention est complétée par deux Protocoles attribuant compétence à la Cour pour son interprétation. Or, ces deux Protocoles ne sont toujours pas entrés en vigueur.²¹

¹⁹ Un autre facteur de divergence des interprétations est que certains Etats membres ont choisi d'incorporer les dispositions de la Convention dans leur droit national par voie législative, modifiant parfois le texte d'origine.

²⁰ Pour le texte de la Convention telle que modifiée par les différentes conventions d'adhésion, les déclarations et les protocoles annexés, voir la version consolidée publiée au JO C 27 du 26.1.1998, p. 34.

²¹ Pour que le premier protocole attribuant compétence à la Cour entre en vigueur dans les Etats membres l'ayant ratifié à ce jour (ce qui est le cas de tous les Etats membres sauf la Belgique et l'Irlande), il manque la ratification du second protocole par la Belgique ; voir pour l'état des ratifications : <http://ue.eu.int/accords/default.asp>.

La transformation de la Convention en instrument communautaire permettrait de s'assurer que les compétences de la Cour seraient identiques pour tous les instruments de droit international privé de source communautaire. Aussi la Cour pourrait-elle veiller à l'interprétation cohérente des concepts juridiques communs à la Convention de Rome et au Règlement « Bruxelles I ».²²

Dans ce contexte il conviendra également de tenir compte du fait que les pouvoirs attribués à la Cour dans le cadre du titre IV pourraient évoluer dans le futur.

La ratification des deux protocoles à la Convention de Rome par tous les Etats membres reste toutefois souhaitable. En effet, tous les contrats conclus avant l'entrée en vigueur d'un éventuel futur instrument "Rome I" continueront à être soumis à la Convention de Rome de sorte que l'utilité de ses protocoles reste entière pour un nombre non négligeable de contrats existants.

2.4. L'application des règles de conflit uniformisées dans les nouveaux États membres

La Convention de Rome de 1980 fait partie de l'acquis communautaire. Dans la perspective de l'élargissement de l'Union, l'adoption d'un instrument communautaire éviterait que l'entrée en vigueur des règles de conflit uniformes dans les pays candidats soit retardée par des procédures de ratification.

Pour illustrer ce propos il suffit de rappeler que les Conventions de Funchal²³ et de Rome²⁴, relatives respectivement à l'adhésion de l'Espagne et du Portugal et de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède, n'ont toujours pas été ratifiées par tous les Etats membres. Dans la mesure où le texte initial a été légèrement modifié à cette occasion, deux versions différentes de la Convention de Rome coexistent donc aujourd'hui dans l'Union européenne.²⁵

2.5. Le choix de l'instrument : règlement ou directive ?

Pour le choix du type d'acte à adopter, règlement ou directive, il convient de tenir compte du fait que, conformément au Programme de reconnaissance mutuelle, la compatibilité des règles de conflit de lois contribue à la reconnaissance mutuelle des décisions de justice dans l'Union.

Le fait qu'il ne s'agit pas ici de réglementer tel ou tel aspect d'une matière - comme c'est le cas des directives sectorielles - mais de harmoniser une matière - le droit international privé des obligations - dans son ensemble, doit également entrer en ligne de compte.

Il semble que ces objectifs peuvent être plus facilement atteints si l'éventuel futur instrument "Rome" I revêt la forme d'un règlement. En effet, le règlement est d'application immédiate et sa mise en œuvre échappe aux incertitudes de la transposition d'une directive.

Question 2 : Pensez-vous qu'il serait opportun de transformer la Convention de Rome de 1980 en instrument communautaire ? Quels sont vos arguments pour ou contre une telle transformation ?

²² La notion de « consommateur », par exemple.

²³ JO n° L 333 du 18.11.1992, p. 1.

²⁴ JO n° C 15 du 15.1.1997, p. 10.

²⁵ La modification introduite par la Convention de Funchal porte essentiellement sur la suppression de l'article 27 relatif au champ d'application dans l'espace de la Convention.

3. FAUT-IL MODERNISER LA CONVENTION DE ROME DE 1980 ?

La Convention de Rome n'étant entrée en vigueur qu'il y a à peine 11 ans, envisager d'ores et déjà sa révision pourrait paraître surprenante. Il existe cependant plusieurs arguments en faveur d'une telle entreprise.

Tout d'abord, l'examen de la question de l'opportunité d'une révision de l'article 5 relatif à la protection des consommateurs constitue une obligation souscrite par les Etats membres lors de l'adhésion de l'Autriche à la Convention de Rome : le rapport explicatif sur la Convention d'adhésion précisait que cet examen devait intervenir dans un avenir proche et une déclaration en ce sens a été annexée au procès-verbal de la Conférence des gouvernements des États.²⁶

Il convient ensuite de rappeler le lien étroit liant la Convention de Rome à son pendant en matière de conflit de juridictions qu'est la Convention de Bruxelles. Lors de la transformation de celle-ci en règlement communautaire, il a également été procédé à une révision de certains de ses articles.²⁷ D'après certains, la cohérence du droit international privé communautaire voudrait qu'il soit tenu compte de ces modifications dans l'instrument relatif aux conflits de lois.

D'ailleurs, on dispose *de facto* d'une jurisprudence couvrant une période plus longue que celle pendant laquelle la Convention a été en vigueur. En effet, plusieurs États signataires avaient déjà unilatéralement introduit ses dispositions dans leur législation nationale avant même son entrée en vigueur²⁸. Dans d'autres Etats membres, les juges se sont inspirés des règles de la Convention avant même son entrée en vigueur.

Il ressort de cette jurisprudence que certaines règles essentielles de la Convention font l'objet de critiques, lui reprochant un degré de précision insuffisant. Il convient cependant de ne pas perdre de vue que la matière n'est pas de celles qui se prêtent toujours à des précisions rigoureuses et qu'un équilibre doit nécessairement être recherché entre, d'une part, des règles qui donneraient toute liberté aux juges pour déterminer la loi applicable et, d'autre part, des règles rigides ne laissant place à aucune adaptation au cas de l'espèce.

En conséquence, l'intérêt d'une éventuelle révision sur le fond n'est pas de préciser dans le moindre détail tous les points pouvant être à l'origine d'une divergence d'interprétation, mais seulement d'aménager les éléments les plus discutables. Avant de revenir sur ces éléments article par article (point 3.2), des interrogations plus larges seront discutées, portant sur l'équilibre général de la Convention (point 3.1).

²⁶ JO n° C 191 du 23.6.1997 p. 11, 12.

²⁷ Articles 5, 15 et 22 § 1, notamment.

²⁸ Danemark, Luxembourg, Allemagne et Belgique.

3.1. Interrogations sur l'équilibre général de la Convention

3.1.1. Lien entre les règles de conflit générales de la Convention de Rome et les règles ayant une incidence sur la loi applicable contenues dans des instruments sectoriels

3.1.1.1. La multiplication des règles ayant une incidence sur la loi applicable dans des instruments sectoriels

La multiplication des instruments communautaires sectoriels de droit dérivé contenant des règles isolées de conflit de lois²⁹ ou des règles déterminant le champ d'application territorial du droit communautaire et ayant ainsi une incidence sur la loi applicable³⁰ a fait couler beaucoup d'encre. En vertu de l'article 20 de la Convention ainsi que des principes généraux du droit,³¹ ces règles spéciales régissant des matières particulières dérogent aux règles de la Convention qui ont une portée générale. Dans la plupart des cas, ces règles sectorielles répondent au souci de renforcer la protection des parties dites « faibles ».³²

Leur multiplication est néanmoins source d'interrogations. Selon certains, elle risque de nuire à la cohérence du corps de règles de conflit de lois applicables dans l'Union. A titre d'exemple on cite parfois les règles ayant une incidence sur la loi applicable, contenues dans les directives visant à améliorer la protection des consommateurs qui, d'une part, ont recours à un mécanisme différent de celui des règles de conflit de lois proprement dites³³ et, d'autre part, contiennent des formules variant légèrement d'un instrument à l'autre. En outre, la transposition par les États membres ne respecte pas toujours l'esprit des directives, notamment lorsqu'une règle bilatérale devient unilatérale.³⁴

²⁹ Il s'agit notamment des instruments suivants : directive relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre (1993/7 du 15 mars 1993) ; directive « détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services (1996/71 du 16 décembre 1996). Par ailleurs il existe tout un ensemble cohérent de règles de conflit de lois applicables au secteur de l'assurance dans les directives suivantes: deuxième directive « assurance non vie » (1988/357 du 22 juin 1988) telle que complétée et modifiée par les directives 1992/49 et 2002/13; deuxième directive « assurance vie » (1990/619 du 8 novembre 1990) telle que complétée et modifiée par les directives 1992/96 et 2002/12.

³⁰ Un certain nombre de directives contiennent en effet une clause qui, bien qu'elle ne constitue pas une règle de conflit de lois proprement dite, n'est pas sans incidence sur la question de la loi applicable au contrat. Lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs États membres, ces clauses visent à assurer l'application du droit communautaire si le droit d'un pays tiers a été choisi par les parties. De telles clauses figurent dans les instruments suivants : directive « clauses abusives » (1993/13 du 5 avril 1993) ; directive « time share » (1994/47 du 26 octobre 1994) ; directive 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ; directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation ; directive 2002/65 du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

³¹ « *Generalia specialibus derogant* », ce qui signifie que les lois spéciales dérogent aux lois qui ont une portée générale.

³² Les clauses relatives au champ d'application territorial des directives "consommation" s'expliquent surtout par le fait que la protection accordée par l'article 5 de la Convention n'est pas toujours considérée comme adéquate; cf. point 3.2.7, *infra*.

³³ Cf. note 30, *supra*.

³⁴ La plupart des règles de conflit de lois sont de nature bilatérale, i.e. elles désignent indifféremment une loi étrangère ou la loi du juge saisi. A titre d'exemple, l'on peut citer la règle française selon laquelle le juge doit, pour déterminer la filiation de l'enfant, appliquer la loi de la nationalité de la mère. Si la mère est française, le juge français appliquera la loi française; si elle est italienne, il appliquera la loi italienne. Selon la méthode unilatéraliste, au contraire, qui relève aujourd'hui de l'exception, chaque État se contente de déterminer les cas où sa propre loi est applicable. A titre d'exemple, l'on peut citer l'article 3 alinéa 3 du Code civil français: "*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger.*"

Selon d'autres, cette dispersion des règles de conflit entraînerait un manque de lisibilité, notamment pour les praticiens, quant au texte applicable, et ceci dans le contexte d'une réflexion plus large actuellement en cours au sein de l'Union européenne sur la codification de l'acquis afin d'en améliorer la transparence.³⁵

3.1.1.2. Solutions envisageables

Plusieurs solutions sont actuellement en discussion, allant de mesures permettant aux praticiens de se retrouver plus facilement dans la multitude de textes existants à une véritable codification des règles de conflits de lois d'origine communautaire :

- i. Afin d'améliorer la lisibilité des textes existants, on pourrait prévoir une annexe au futur instrument, qui reprendrait dans une liste, mise à jour au fur et à mesure de leur adoption, les références des instruments sectoriels de droit dérivé contenant des règles de conflit de lois.
- ii. Les règles spéciales pourraient être reprises dans le texte du futur instrument communautaire. Le véritable enjeu serait alors celui de décider s'il faut un texte global, couvrant l'ensemble des règles de conflit de lois d'origine communautaire en matière contractuelle. De facto, on vient ainsi à poser la question de la « codification » de l'acquis communautaire en la matière.
- iii. Les règles ayant une incidence sur la loi applicable contenues dans des instruments sectorielles visent en général une meilleure protection des parties faibles. Or, le présent Livre vert reprend précisément certaines réflexions actuellement en cours dans la doctrine pour, d'une part, introduire une clause générale garantissant l'application d'un standard minimum de protection communautaire (cf. point 3.1.2., *infra*) et, d'autre part, moderniser éventuellement l'article 5 de la Convention (cf. point 3.2.7, *infra*). Dans l'hypothèse où de telles modifications seraient réalisées, certains ont déjà proposé d'abroger les règles contenues dans des instruments sectoriels.

Question 3 : Avez-vous connaissance de difficultés rencontrées du fait de la multiplication et de la dispersion des règles ayant une incidence sur la loi applicable dans plusieurs instruments sectoriels de droit dérivé ? Dans l'affirmative, quelle est, d'après vous, la meilleure solution pour remédier à celles-ci ?

3.1.2. *Prévoir une clause pour garantir l'application du standard minimum communautaire lorsque tous les éléments ou certains des éléments du contrat sont localisés dans la Communauté*

3.1.2.1. Le risque que le droit communautaire ne soit pas appliqué bien que les éléments de l'espèce soient situés sur le territoire de l'Union

Il existe et existera toujours des situations dans lesquelles une partie faible ne bénéficie pas, en raison des circonstances particulières de l'espèce, des règles protectrices de la Convention. Le jeu de l'autonomie de la volonté pourra alors conduire à l'application de la loi d'un Etat tiers. Lorsque toutes les parties impliquées sont des ressortissants communautaires, une telle

³⁵ Cf. Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la Codification de l'Acquis communautaire, COM (2001) 645 final, 21.11.2001.

solution pourrait se révéler contraire à l'esprit de la Convention et du droit communautaire en général.

Comme il sera démontré ci-après (cf. point 3.2.7, *infra*), il peut arriver que le consommateur dit "mobile" ne soit pas protégé contre l'application de la loi d'un pays tiers. Par exemple, dans lorsqu'un consommateur portugais se déplace en Belgique pour y effectuer un achat, aucune disposition de la Convention de Rome n'interdit au commerçant de soumettre le contrat à la loi d'un pays non européen qui ne connaît aucune règle relative à la protection des consommateurs.³⁶

Certes, il convient de ne pas perdre de vue que la protection des parties faibles passe aussi et surtout par les nombreuses Directives communautaires qui contiennent désormais des règles relatives à leur champ d'application pour éviter, précisément, que le simple choix d'une loi d'un Etat tiers ne permette aux parties de se soustraire à leur application (cf. point 3.1.1, *supra*). Or, d'après certains, le recours à un tel mécanisme ne suffit pas : outre un certain manque de lisibilité quant à la règle applicable, les directives sectorielles - comme l'indique leur titre - ne réglementent pas l'intégralité du droit civil, mais seulement certains aspects du droit des contrats. Enfin, le procédé des directives sectorielles est également insuffisant en cas de non-transposition ou de mauvaise transposition, le consommateur ne pouvant se prévaloir de leurs dispositions à l'égard de son partenaire contractuel.³⁷

3.1.2.2. Solutions envisageables

La modernisation des articles 5 et 6, discutée au point 3.2.7 ci-après, permettrait certes de pallier certaines lacunes résultant de leur rédaction. Il convient néanmoins d'envisager une autre solution qui consisterait à introduire une clause pour garantir l'application du standard minimum communautaire lorsque tous, voire certains éléments particulièrement significatifs du contrat sont localisés dans la Communauté.

Une telle clause pourrait s'inspirer de l'actuel article 3 § 3 de la Convention qui précise que "*lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment du choix dans un seul pays*", le choix par les parties d'une loi étrangère ne peut porter atteinte aux dispositions impératives de ce pays.

De la même façon, un futur instrument "Rome I" pourra-t-il préciser que, lorsqu'une directive exige le respect de règles minimales, les parties ne sauraient s'y soustraire par le jeu des règles de conflit de lois, en choisissant la loi d'un Etat tiers pour des contrats purement internes à la Communauté. Il a été suggéré de rédiger une clause en des termes suivants: « *Le choix par les parties de la loi d'un Etat tiers ne peut, lorsque tous les éléments de la situation étaient, au moment de la conclusion du contrat, localisés dans un ou plusieurs Etats membres, porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire.* »³⁸

Il conviendra également d'évaluer cette proposition à la lumière de la jurisprudence *Ingmar* de la Cour de Justice. En effet, bien que tous les éléments de cette affaire n'étaient pas situés

³⁶ Il reste bien évidemment les "gardes fous" que sont les "lois de police" - c'est-à-dire des règles que le juge doit appliquer quelle que soit la loi applicable au contrat (cf. point 3.2.8, *infra*). Ce mécanisme a cependant des inconvénients : il n'existe que très peu de règles qui ont clairement été identifiées comme telles - la prévisibilité des solutions juridiques est donc loin d'être assurée.

³⁷ En raison de l'absence d'effet direct horizontal des directives. Ainsi le défaut de transposition de la Directive 85/577 du 20.12.1985 relative au démarchage à domicile par l'Espagne est à l'origine de la jurisprudence allemande dite « Grande Canarie ». cf note 61, *infra*.

³⁸ Pour la notion "*disposition impérative*", cf. point 3.2.8, *infra*.

dans la Communauté - le commentant était établi aux Etats-Unis - la Cour a retenu le fait que l'agent commercial exerçait son activité dans un Etat membre pour conclure que certaines articles de la Directive 86/653 relative aux agents commerciaux devaient trouver application.³⁹

Question 4 : Vous semble-t-il souhaitable d'introduire une clause de nature générale garantissant l'application d'un standard minimum communautaire lorsque tous les éléments du contrat, voire certains éléments particulièrement significatifs, sont localisés dans la Communauté ? Le libellé proposé au point 3.1.2.2 permet-il de répondre à l'objectif recherché ?

3.1.3. Relations avec les conventions internationales existantes en la matière

Même dans le cadre d'un instrument communautaire il serait envisageable de permettre aux Etats membres de continuer à appliquer des règles de conflit de lois contenues dans des conventions internationales auxquelles ils sont actuellement Parties. Cette solution aurait pour objectif d'éviter un conflit entre les règles prévues par lesdites conventions et celles contenues dans un instrument communautaire. Elle permettrait par ailleurs aux Etats membres qui sont déjà Parties à ces conventions de ne pas les dénoncer.

Cette solution présenterait l'inconvénient de permettre à ces Etats membres d'appliquer des règles qui pourraient s'écarter de celles prévues par un instrument communautaire, portant ainsi atteinte à la création d'un véritable espace de justice commun. Toutefois, ce risque est amoindri dans la mesure où, d'une part, le contenu de ces règles est parfaitement connu dès aujourd'hui et, d'autre part, la faculté pour les Etats membres d'adhérer à titre individuel à d'autres conventions cessera dès l'adoption de l'instrument communautaire à proposer. En effet, en application de la jurisprudence « AETR »⁴⁰, l'adoption d'un instrument communautaire portant uniformisation des règles de conflit de lois en matière contractuelle, de nature civile et commerciale, attribuerait une compétence exclusive à la Communauté pour négocier et adopter des instruments internationaux en la matière.

Cette possibilité pourrait également être assortie d'une obligation pour les Etats membres de notifier les conventions internationales visées par cette disposition auxquelles ils sont parties, afin de garantir la transparence et la sécurité juridique. Cette liste pourrait éventuellement figurer à l'annexe d'un instrument "Rome I".

Question 5 : Avez-vous des commentaires par rapport aux orientations dégagées ci-dessus ?

3.2. Problèmes rencontrés dans l'application des différents articles

3.2.1. Champ d'application de la Convention - exclusion des clauses d'arbitrage et d'élection de for (art. 1 § 2 d)

La Convention exclut de son champ d'application les clauses d'arbitrage - qui, en cas de litige, prévoient la désignation d'un arbitre ou d'un tribunal arbitral plutôt que d'une juridiction

³⁹ CJCE, 9.11.2000, Ingmar GB Ltd c/ Eaton Loanard Technologies Inc, aff. C-381/98.

⁴⁰ CJCE 31.3.1971, Com. c/Conseil, aff. 22/70, Rec. 263.

étatique - et les clauses d'élection de for - c'est-à-dire des clauses désignant le tribunal étatique compétent en cas de litige, également appelées "clauses attributives de juridiction".

L'exclusion des conventions d'arbitrage est peut être moins gênante du fait du grand nombre de traités existant en la matière. Mais ces traités concernent plus souvent la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale que la loi applicable à la convention d'arbitrage elle-même.

Quant aux clauses attributives de juridiction, l'article 23 du Règlement "Bruxelles I" contient certes des règles matérielles, édictant directement certaines conditions de validité de telles clauses, mais le jeu de cet article ne permettra pas de répondre à toutes les interrogations.

Question 6: Pensez-vous que des règles de conflit applicables aux clauses d'arbitrage et d'élection de for seraient utiles ?

3.2.2. Règles applicables au contrat d'assurance (art. 1 § 3)

3.2.2.1. La situation actuelle

La Convention exclut de son champ d'application les contrats d'assurance couvrant les risques situés sur le territoire de l'Union. Cette exclusion s'explique par le fait que, parallèlement aux négociations sur la Convention de Rome, des travaux portant précisément sur le régime de droit international privé et de libre prestation de services en matière d'assurance avaient été entrepris par un autre groupe d'experts. Plusieurs directives sectorielles⁴¹ organisent ce régime de conflits de lois pour le seul secteur de l'assurance.

En conséquence, trois hypothèses sont ainsi à distinguer selon que, d'une part, le risque est situé ou non dans un État membre et, d'autre part, l'assureur est ou non établi dans la Communauté :

- a) Le risque est situé en dehors du territoire de l'Union : la loi applicable est déterminée selon les règles de la Convention, que l'assureur soit ou non établi dans la Communauté ; en application des règles générales de la Convention (art. 4), à défaut de choix de loi, le contrat est présumé présenter les liens les plus étroits avec le pays dans lequel l'assureur est établi.
- b) Le risque est situé dans l'Union et est assuré par un prestataire qui y est établi : la loi applicable est déterminée selon les règles des directives « assurance » qui diffèrent sensiblement des solutions générales de la Convention. La Directive 90/619 en matière d'assurance-vie prévoit, comme règle de principe, la compétence de la loi de l'Etat de résidence habituelle du preneur d'assurance lorsque celui-ci est une personne privée. Cette solution, qui place le preneur d'assurance dans une solution semblable à celle du consommateur, correspond à celle également en vigueur dans la plupart des Etats tiers.
- c) Le risque est situé dans l'Union et est assuré par un prestataire qui n'y est pas établi : la loi applicable est déterminée selon les règles nationales de conflit de chaque Etat membre ; il n'existe pas de solution harmonisée au niveau de l'Union.

⁴¹ Il s'agit des Directives déjà mentionnées à la note 29. Il convient de noter que le Conseil a arrêté, le 27 mai 2002, une position commune en vue de l'adoption d'une version consolidée des directives "assurances vie" (JO C 170 E/45 du 16.7.2002). Des travaux sont également en cours pour établir une version consolidée des directives "assurances non-vie", devant aboutir en 2003.

3.2.2.2. Interrogations quant à la situation actuelle

La situation actuelle fait l'objet de critiques de la part des spécialistes du droit international privé, au motif notamment qu'elle serait peu compatible avec le souci de transparence du droit communautaire ; si les spécialistes du droit de l'assurance parviennent à identifier les règles applicables, ceci n'est pas toujours le cas d'un public plus large.

On s'interroge ensuite sur le point de savoir si la situation (a), conduisant à l'application de la loi de l'assureur, est en ligne avec le souci général, également exprimé dans le règlement « Bruxelles I »⁴², de garantir une protection élevée au preneur d'assurance personne privée.

Enfin, on pourrait s'étonner qu'il n'existe pas de règles de conflit harmonisées pour la situation (c) décrite ci-dessus (risque situé dans l'Union assuré par un prestataire qui n'y est pas établi). Des spécialistes en matière d'assurance soulignent cependant qu'il n'y aurait pas lieu, en pratique, de se soucier de l'hypothèse (c), les règles relatives à la libre prestation des services obligeant le prestataire non établi dans l'Union d'y élire domicile, le soumettant ainsi à la réglementation européenne.

3.2.2.3. Les solutions envisageables

La réflexion pourrait s'ordonner autour des éléments suivants :

- i. Les règles générales de la Convention, appliquées à l'hypothèse (a) mentionnée ci-dessus, tiennent-elles suffisamment compte de la spécificité des contrats d'assurance ? Ne serait-il pas préférable de prévoir, à l'instar du règlement « Bruxelles I », une règle de conflit de lois spéciale en la matière ? Ou la Communauté devrait-elle, à l'instar de la majorité des Etats tiers, se désintéresser des risques qui ne sont pas situés sur son territoire ?
- ii. Afin d'améliorer la transparence de la législation communautaire, on pourrait envisager l'intégration des règles spéciales en matière d'assurance dans un futur instrument "Rome I". Toutefois, dans l'hypothèse où celui-ci revêtirait la forme d'un règlement, il n'est pas certain que les règles relatives à l'assurance soient compatibles avec cette forme : lors de l'élaboration des directives "assurance", le législateur communautaire a souhaité laisser une certaine marge de manœuvre aux Etats membres quant aux critères de rattachement requis pour l'application de la loi du preneur d'assurance, marge de manœuvre peu compatible avec la forme du règlement. Aussi la plupart des Etats membres ont-ils, dans le cadre des travaux de la Commission sur le thème "Assurance et commerce électronique", exprimé leur souhait de ne pas intégrer les règles de conflit de lois dans la Convention de Rome ou l'instrument qui la remplacera.
- iii. La création d'une annexe régulièrement mise à jour des règles de conflit contenues dans des instruments sectoriels (cf. point 3.1.1.2., *supra*) permettrait d'améliorer la lisibilité et la transparence des règles applicables en la matière.

Question 7 : Quelle évaluation faites-vous des règles actuelles de conflit de lois en matière d'assurance ? Pensez-vous que le traitement actuel des hypothèses (a) et (c) est satisfaisant ? Quel moyen préconisez-vous pour remédier aux difficultés éventuellement rencontrées ?

3.2.3. *Autonomie de la volonté (art. 3 § 1) - Interrogations quant au choix de règles non étatiques*

Il est de pratique de plus en plus courante en matière de commerce international que les parties se réfèrent non pas à la loi de tel ou tel Etat, mais directement aux règles d'une convention internationale telle que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, aux usages du commerce international, aux principes généraux du droit, à la *lex mercatoria*, ou encore à des codifications privées récentes tels que les Principes UNIDROIT sur les contrats du commerce international.

Il semblerait qu'un tel choix n'est pas, dans l'esprit des rédacteurs de la Convention, un choix de loi au sens de l'article 3 qui ne viserait que le choix d'une loi étatique : le contrat qui comporterait un tel choix serait régi par la loi applicable à défaut de choix (article 4) et ce serait à cette loi qu'il appartiendrait de définir la place qu'elle consent à accorder aux règles non étatiques choisies par les parties.⁴³ Traditionnellement, la plupart des auteurs se prononcent également contre une telle possibilité de choix de règles non étatiques, au motif notamment que ces règles ne présentent pas encore un corps de règles cohérent et complet.

D'autres souhaitent, au contraire, que le choix de règles non étatiques puisse constituer un choix de loi au sens de l'article 3 de la Convention de Rome.⁴⁴ L'une des raisons invoquées en faveur d'une telle solution est qu'il n'y aurait pas lieu de refuser cette pratique au juge étatique dès lors qu'elle est admise, dans beaucoup d'Etats, pour les arbitres.

En ce qui concerne plus spécifiquement la Convention de Vienne du 11 avril 1980, la jurisprudence néerlandaise a déclaré à deux reprises que les parties pouvaient désigner cette Convention comme loi applicable à leur contrat, bien qu'il s'agissait en l'espèce de situations dans lesquelles cette Convention ne s'appliquait pas en vertu de ses propres règles.⁴⁵ Restent à déterminer les effets d'une telle désignation. Une distinction paraît s'imposer entre des contrats à caractère interne, d'une part, et les contrats internationaux, d'autre part. Pour ces derniers, la Cour suprême néerlandaise a admis que le choix de la Convention écartait les règles impératives de la loi applicable à défaut de choix.⁴⁶ Il paraît donc que le choix des parties constitue bel et bien, aux yeux de la jurisprudence du Hoge Raad, un choix de loi au sens de l'article 3.

Question 8 : D'après vous, les parties doivent-elles pouvoir choisir directement une convention internationale, voire des principes généraux du droit ? Quels sont les arguments pour ou contre une telle solution ?

⁴² Déjà la Convention de Bruxelles de 1968 contenait, à la section 3, des règles de compétence spéciales.

⁴³ En ce sens, cf. P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP, 1991.287.

⁴⁴ Cf. notamment K. BOELE-WOELKI, *Principles and Private International Law - The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law : How to Apply them to International Contracts*, *Uniform Law Review*, 1996.652.

⁴⁵ L'article 1^{er} § 1 de la Convention précise qu'elle s'applique "*aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents: a) lorsque ces Etats sont des Etats contractants; ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant.*"

⁴⁶ Hoge Raad, 26.5.1989, NJ 1992.105 et 5.1.2001, NJ 2001.391.

3.2.4. Autonomie de la volonté – définition du choix tacite (art. 3 § 1)

3.2.4.1. L'intention du législateur

Une fois le principe de l'autonomie de la volonté admis, encore faut-il s'assurer que les parties ont effectivement exercé ce droit de choisir la loi applicable à leur contrat. Selon l'article 3 § 1, 2^{de} phrase, « *le choix doit résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ». Il convient de noter que certaines traductions de la Conventions semblent plus souple que d'autres⁴⁷ et il n'est pas impossible que cette différence soit à l'origine d'interprétations divergentes.

L'intention du législateur était d'admettre un choix certain, fût-il tacite. Outre l'insertion fréquente dans le contrat d'une clause expresse, le choix de la loi pourra donc résulter soit d'autres dispositions du contrat soit des éléments de l'environnement contractuel : relèvera de la première situation, par exemple, l'acceptation d'un contrat-type ou d'un contrat d'adhésion régi par un système juridique particulier, en l'absence même de toute précision expresse sur la loi applicable, le texte laissant au juge le soin de vérifier que le choix, quoique tacite, est réel, ou encore la référence à des articles d'une loi déterminée sans que cette loi ait été globalement désignée. Quant aux « circonstances de la cause », on peut songer à un contrat étroitement lié à un contrat antérieur pour lequel il y avait eu choix exprès de la loi, ou encore à un contrat faisant partie d'un ensemble d'opérations, la loi n'ayant été choisie que pour le contrat de base sur lequel repose toute l'opération.⁴⁸

L'article 3 § 1 exclut en revanche le choix purement hypothétique déduit à partir de clauses contractuelles trop ambiguës. On retombe alors dans l'hypothèse d'absence de choix par les parties, et le juge appliquera les présomptions de l'article 4.

3.2.4.2. Difficultés rencontrées dans l'application de cet article

La frontière entre volonté tacite et volonté purement hypothétique, est fragile. L'analyse de la jurisprudence révèle une grande divergence des solutions quant à ce point : les tribunaux allemands et anglais, peut-être incités par une rédaction légèrement plus souple, et sous l'influence de leurs solutions antérieures, sont moins stricts à découvrir un choix tacite que certains de leurs homologues européens.

Une des questions récurrentes est celle de savoir dans quelle mesure une clause d'élection de for ou d'arbitrage peut constituer un choix implicite en faveur de la loi du pays dont la juridiction ou une cour d'arbitrage est désignée. La question se pose notamment lorsque le juge se trouve confronté à une telle clause sans aucun autre argument en faveur de ce choix. Une divergence est également apparue quant au rôle à donner à la référence des parties à des normes techniques ou à des concepts juridiques appartenant au droit d'un pays donné.

3.2.4.3. Solutions envisageables

L'intention du législateur ayant été de laisser une grande marge d'appréciation au juge pour interpréter la volonté des parties, l'article 3 - qui est une disposition clef de la Convention -

⁴⁷ A la place de l'expression "de façon certaine", les versions anglaise et allemandes, par exemple, parlent de « with reasonable certainty » et « mit hinreichender Sicherheit ».

⁴⁸ Cf. exemples donnés par le rapport explicatif de la Convention, rédigé par MM. Giuliano et Lagarde, JOCE n° C 282, 31.10.1980.

est volontairement rédigé en des termes généraux. Il s'agit alors d'apprécier avec une particulière prudence la question d'une éventuelle révision de celui-ci:

- i. En cas de transformation de la Convention en instrument communautaire, la Cour se verrait automatiquement attribuer compétence pour interpréter le texte. Certes, s'agissant alors de décisions au cas par cas, le fait de donner compétence à la Cour de Justice, qui juge en droit et non en fait, ne permettrait pas de connaître à l'avance la solution concrète retenue. Il semble néanmoins raisonnable de penser que la Cour dégagerait au moins les grandes lignes de l'interprétation de l'article 3 § 1 - réduisant ainsi les incertitudes les plus flagrantes.⁴⁹
- ii. Un futur instrument pourrait lui-même donner des indications plus précises quant à la définition et aux exigences minimales requises pour être en présence d'un choix tacite.
- iii. Pour renforcer l'application uniforme de la Convention, il semble préférable d'aligner les différentes versions linguistiques.

Question 9: Pensez-vous qu'un futur instrument "Rome I" devrait contenir des indications plus précises quant à la définition d'un choix tacite de loi applicable ou le fait que, dans l'hypothèse d'une transformation en instrument communautaire, il soit donné compétence à la Cour de justice suffit-il pour assurer la sécurité juridique ?

3.2.5. *Quelle est la force de la présomption générale établie à l'article 4 § 2*

3.2.5.1. Situation actuelle

Quelle loi appliquer lorsque les parties n'ont fait aucun choix, ni exprès, ni tacite quant à la loi applicable à leur contrat ? La Convention retient le principe de proximité : selon l'article 4 § 1 le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. La formule est volontairement vague : elle conduit à apprécier les éléments qui permettent de déterminer le « centre de gravité » du contrat. Il y a là une tâche difficile pour le juge et un risque d'incertitude quant à la solution retenue.

Pour renforcer la sécurité juridique et aider le juge à déterminer la loi applicable, l'article 4 § 2 pose ensuite une présomption générale selon laquelle « *le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle* ». ⁵⁰ La « *prestation caractéristique* » est celle qui constitue le centre de gravité du contrat, en principe celle pour laquelle le paiement est dû, c'est à dire, selon les différentes catégories de contrats, l'obligation de transférer la propriété dans le contrat de vente, celle de fournir un service dans le contrat de service, de transporter dans le contrat de transport, d'assurer dans le contrat d'assurance, etc. L'article 4 emporte donc en principe application de la loi du vendeur ou du prestataire.

Cependant, le juge peut écarter cette présomption « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* » (art. 4 § 5). Il

⁴⁹ Aussi peut-on imaginer, par exemple, que la Cour précisera que le simple fait de désigner les tribunaux d'un pays ne constitue pas un choix de la loi si ce choix n'est corroboré par aucun autre élément.

⁵⁰ Pour certains types de contrat (immeubles, contrat de transport de marchandises), la Convention pose ensuite des présomptions spéciales (article 4, §§ 3 et 4).

revient alors vers la règle générale qui consiste en la recherche de la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits. ». Ce mécanisme permettant de revenir à la règle générale est désigné par le terme "clause d'exception".

3.2.5.2. Difficultés rencontrées

Dans l'esprit de nombreux commentateurs de la Convention, la clause d'exception de l'article 4 § 5 ne devait être employée qu'à bon escient et utilisée que rarement, son application fréquente conduisant à réintroduire l'imprévisibilité quant à la loi applicable, imprévisibilité que les présomption de l'article 4 avaient précisément pour but de réduire.

Ainsi l'analyse de la jurisprudence révèle que, dans plusieurs décisions, le juge a appliqué la clause *ab initio*, cherchant tout de suite la loi correspondant le mieux au critère de proximité, sans passer préalablement par la présomption du § 2.

3.2.5.3. Solution envisageable

La solution dépend étroitement de l'objectif que l'on souhaite assigner à la règle de conflit : doit-elle assurer la plus grande proximité possible – objectif favorisant une clause flexible telle que celle de l'article 4 § 5 -, ou la meilleure sécurité juridique – susceptible d'être assurée par l'application rigoureuse de la présomption prévue à l'article 4 § 2 ?

Compte tenu de la lettre du texte et de l'esprit de la Convention, il est raisonnable de penser que le juge devrait, dans un premier temps et provisoirement, faire jouer la présomption de l'article 4 § 2. C'est seulement au cas où il s'avérerait que la loi ainsi désignée n'est pas appropriée car les autres circonstances sont clairement en faveur d'une autre loi, que le juge pourrait alors écarter la présomption. C'est précisément la règle posée par une décision du Hoge Raad néerlandais, obligeant le juge à appliquer d'abord la présomption de l'article 4 § 2 et à n'écarter la loi ainsi obtenue que si elle est manifestement inadaptée pour régir le cas d'espèce.⁵¹

Afin de préciser le texte en ce sens, il serait possible de revoir la rédaction de l'article 4. Une des possibilités serait la suppression pure et simple du § 1, pour souligner le caractère exceptionnel du § 5. Une autre solution consisterait modifier le § 5 lui-même. Aussi un futur instrument Rome I pourrait s'inspirer de l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (projet "Rome II") dont la clause d'exception de l'article 3 § 3 introduit deux nouvelles conditions par rapport à la Convention de Rome: il y est exigé que, d'une part, le délit présente des liens "*substantiellement*" plus étroits avec une autre loi et, d'autre part, qu'il "*n'existe pas un lien significatif entre ce délit et le pays dont la loi serait applicable en vertu des paragraphes 1 et 2*".

Question 10 : D'après vous, convient-il de préciser la rédaction de l'article 4 pour obliger le juge à appliquer d'abord la présomption du § 2 pour n'écarter la loi ainsi obtenue que si elle est manifestement inadaptée pour régir le cas d'espèce ? Dans l'affirmative, quelle rédaction vous semble-t-elle la plus adaptée ?

⁵¹ Nouvelles des Papeteries de l'Aa v. BV Machinenfabriek BOA, Hoge Raad, 25 septembre 1992 : "*When the characteristic performance could be ascertained, § 2 contained the main rule and the exception to that rule contained in § 5 should therefore be interpreted restrictively. In other words, § 2 should be disappplied only if, in the light of special factors, the country of habitual residence of the party carrying out the characteristic performance had "no real value as a connecting factor"*".

3.2.6. Application de la présomption spéciale en matière immobilière aux contrats de location de vacances (art. 4 § 3)

3.2.6.1. Solution actuelle

Lorsque le contrat a pour objet un droit réel ou un droit d'utilisation d'un immeuble (contrat de vente, de promesse de vente ou de location d'un appartement, par exemple), il est présumé présenter les liens les plus étroits avec la loi de la situation de l'immeuble (art. 4 § 3). Cette règle s'explique par la traditionnelle volonté des États de voir les immeubles sis sur leur territoire régis par leur propre loi, notamment en raison de l'importance de l'immobilier pour l'organisation sociale et économique du pays.

3.2.6.2. Difficultés rencontrées dans l'application de cet article

La présomption spéciale en matière immobilière porte aussi sur des contrats de très courte durée en cas d'hébergement temporaire de vacances. Ainsi on peut imaginer un résident allemand, particulier ou organisme de voyage et propriétaire d'une maison dans le Sud de l'Espagne, qui donne celle-ci en location à un particulier allemand. N'étant pas satisfait de l'état de la maison, le locataire souhaite par la suite récupérer une partie du loyer. En application de l'article 4 § 3, ce contrat conclu entre deux résidents allemands serait régi par le droit espagnol.⁵²

Il a déjà été suggéré par le rapport explicatif de la Convention que le juge pourrait dans ce cas faire jouer la clause prévue à l'article 4 § 5. Cela a effectivement été le cas dans un certain nombre de décisions.⁵³

Or, il a déjà été indiqué ci-dessus que certains auteurs critiquent le recours trop fréquent à la clause de l'article 4 § 5 au motif qu'elle présenterait un certain degré d'insécurité et de non-prévisibilité quant à la loi applicable.

Par ailleurs, il n'est pas certain que cette solution soit en ligne avec le règlement « Bruxelles I » qui lui, contrairement à la Convention de Bruxelles de 1968, vise spécifiquement les « baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs » (article 22 § 1, alinéa 2). Dans cette hypothèse, et sous certaines conditions, les parties peuvent alors déroger à la compétence exclusive des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble et saisir les tribunaux de l'Etat membre dans lequel propriétaire et locataire ont leur domicile.

3.2.6.3. Solution envisageable

Le GROUPEMENT EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE suggère d'insérer à l'article 4 § 3 une disposition relative aux locations de vacances inspirée de celle figurant à l'article 22 § 1 du Règlement "Bruxelles I" et qui pourrait être la suivante : "*Toutefois, le bail d'immeuble conclu en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois*

⁵² Si le propriétaire est lui-même un particulier, l'article 5 relative à la protection du consommateur est inapplicable. Lorsque le propriétaire est un professionnel, c'est l'article 5 § 4 b) - qui précise que "*les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle*" - qui exclut, en principe, l'application de la loi de la résidence commune.

⁵³ BGH, 12 octobre 1998, IPRAX 1990.318 : application de la loi allemande à un contrat dans lequel une agence de voyage allemande mettait à la disposition de sa clientèle allemande des logements de vacances situés en France.

consécutifs est régi par la loi de l'Etat dans lequel le propriétaire a sa résidence habituelle ou son établissement, si le locataire est une personne physique et s'il a sa résidence habituelle dans ce même Etat." ⁵⁴ Si une telle clause est insérée à l'article 4 § 3, le juge pourrait toujours avoir recours à l'article 4 § 5 pour pallier le caractère rigide d'une telle règle.

Question 11 : D'après vous, convient-il de créer une règle expresse pour les locations de vacances de courte durée ou le mécanisme actuel est-il satisfaisant ?

3.2.7. Interrogations relatives à la protection du consommateur (art. 5)

3.2.7.1. Rappel du contenu et du domaine des règles protectrices de l'article 5

Depuis les années 70 s'est fortement développé un nouveau droit spécial, celui de la consommation, pour tenir compte du déséquilibre entre consommateurs et professionnels. Ainsi des règles spéciales - telles la nullité des clauses abusives ou la faculté de résilier unilatéralement un contrat dans un certain délai - visent-elles à protéger le consommateur contre des engagements inconsidérés.

Or, les règles protectrices en vigueur dans le pays de la résidence habituelle du consommateur, c'est-à-dire celles sur la protection desquelles ce dernier compte en principe, seraient privées de portée pratique dans le commerce international ou intra-communautaire s'il pouvait y être fait échec par le simple choix d'une loi étrangère. Pour rassurer les consommateurs, qui ont un rôle clé à jouer dans le Marché intérieur dont le succès dépend de leur participation active, la Convention de Rome prévoit des règles de conflit spéciales.

L'article 5 vise également à préserver un certain équilibre entre les parties. C'est pourquoi il énonce précisément les conditions de son application.

L'article 5 pose une règle double : d'une part, à défaut de choix, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle (art. 5, § 3). D'autre part, « *le choix des parties de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle* » (art. 5, § 2). L'application de cette dernière disposition conduit à une situation désignée par l'expression « dépeçage », c'est-à-dire les différents éléments d'un même contrat peuvent être régis par de deux ou plusieurs lois. Ainsi le contrat conclu entre un consommateur résidant du pays A et un professionnel établi dans le pays B contiendra très souvent une clause en faveur de l'application de la loi du pays B ; lorsque les conditions de l'article 5 sont remplies, le juge devra néanmoins appliquer certaines dispositions de la loi du pays A, celles qui sont d'ordre public et protègent le consommateur⁵⁵. Le juge devra en conséquence appliquer deux lois distinctes au même contrat.

Quant aux conditions d'application de l'article 5, le champ d'application des règles protectrices est limité à certains types de contrats⁵⁶, conclus avec des consommateurs, notion

⁵⁴ Il conviendra cependant à veiller à la cohérence de la terminologie juridique des deux instruments, l'article 22 du règlement « Bruxelles I » introduisant la notion de « personne physique », notion qui pourrait se révéler moins restrictive que celle de « consommateur ».

⁵⁵ Il s'agit notamment du droit du consommateur à se rétracter du contrat et de la protection contre les clauses dites "abusives", comme par exemple la clause exonératoires de responsabilité du professionnel en cas de dommage.

⁵⁶ Les contrats auxquels s'applique l'article 5 sont ceux qui ont pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services, ainsi que ceux destinés au financement d'une telle fourniture.

définie strictement, et dans des circonstances bien précises. Ces circonstances sont au nombre de trois et il est possible de les résumer en disant que, en principe, et à l'exception des excursions transfrontières organisées par le vendeur, le « consommateur mobile », c'est-à-dire celui qui s'est déplacé dans un autre pays que celui de sa résidence habituelle pour y effectuer un achat ou recourir à un service, n'est pas protégé.⁵⁷ Pour le consommateur mobile, ce sont les règles de conflit générales des articles 3 et 4 qui s'appliquent et qui mènent, en général, à l'application de la loi du domicile du vendeur ou du prestataire de service.

3.2.7.2. Difficultés rencontrées

La solution de l'article 5, qui a été rédigé à un moment où et le droit de la consommation et les techniques de commercialisation à distance n'étaient qu'à leurs balbutiements, fait l'objet d'un certain nombre de critiques. Aussi l'Autriche a-t-elle fait de la réflexion sur la révision de cet article une condition de son adhésion à la Convention de Rome.⁵⁸

Une partie de la doctrine estime que l'article 5 n'accorde pas une protection adéquate au consommateur dit « mobile ». L'analyse de la jurisprudence révèle en effet que, dès lors que le contrat n'entre pas dans le cadre des situations visées par cet article, le consommateur peut voir son contrat régi par une loi d'un Etat tiers qui ne connaît aucune disposition relative à sa protection. Sa situation est encore aggravée lorsque la jurisprudence lui refuse également le bénéfice des lois de police, comme c'est arrivé dans un important contentieux allemand.⁵⁹

Certes, grâce à des nombreuses directives communautaires, tous les consommateurs résidant dans l'Union européenne bénéficient aujourd'hui d'un standard minimum communautaire de protection.⁶⁰ Il convient toutefois de garder à l'esprit que ces directives ne couvrent pas toutes les règles de droit assurant la protection du consommateur. En outre, des différences peuvent subsister d'un pays à l'autre, notamment en cas de non-transposition d'une directive par un Etat membre : à défaut d'effet direct horizontal des directives, le consommateur ne peut invoquer le bénéfice d'une disposition non transposée en droit national dans ses relations avec ses cocontractants.⁶¹ Enfin, plusieurs directives communautaires n'introduisent qu'un standard

⁵⁷ Plus précisément, il s'agit des trois hypothèses suivantes : c'est d'abord le cas où la conclusion du contrat a été précédée dans le pays de la résidence habituelle du consommateur d'une proposition spécialement faite (par exemple l'envoi d'un catalogue ou d'une offre de contrat) ou d'une publicité (par voie de radio, télévision, presse écrite, affichage, peu importe) si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat. La seconde hypothèse est celle où le professionnel a reçu la commande dans le pays de la résidence habituelle du consommateur. La troisième, plus particulière, est celle où le commerçant a organisé une « excursion transfrontière » dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

⁵⁸ Cf. note 26, *supra*.

⁵⁹ Cf. l'arrêt du BGH allemand du 19.3.1997, cité à la note 61. En revanche, la Cour de cassation française a récemment qualifié de loi de police certaines dispositions du Code de la consommation française en matière de surendettement (Civ I, 10.7.2001, Bull. n° 210, N° 000-04-104).

⁶⁰ Cf. point 3.1.2, *supra*.

⁶¹ Une telle non-transposition d'une directive communautaire était précisément à l'origine de deux séries d'affaires « Grande Canarie » des tribunaux allemands, qui se sont terminées par une décision du Bundesgerichtshof. Dans la première série d'affaire, des touristes allemands en vacances dans l'île espagnole de la Grande Canarie furent les victimes d'une entreprise allemande fabricant des articles de literie. Celle-ci s'était entendue avec une entreprise espagnole qui, sur place, organisait des excursions gratuites en autobus dans une réserve d'oiseaux. Au cours du voyage elle faisait de la publicité pour les produits de l'entreprise allemande et remettait aux touristes un formulaire de "contrat de vente" que ceux-ci signaient sans rien payer immédiatement. Il était indiqué que le client recevrait à son retour en Allemagne une confirmation de commande de la société allemande. Les litiges sont apparus lorsque, de retour en Allemagne, certains de ces touristes ont refusé de payer le prix qui leur était réclamé par l'entreprise allemande et ont prétendu exercer leur droit de rétractation prévu par le droit allemand

minimum de protection qui reste en deçà de la protection accordée au consommateur dans certains Etats membres.

L'article 5 fait également l'objet de critiques en raison des conditions qu'il retient pour départager les consommateurs qui méritent une protection particulière de ceux qui sont soumis au régime général des articles 3 et 4. Il s'agit ici des conditions d'application de l'article 5.⁶² Les critères retenus ne semblent plus adaptés au développement de nouvelles techniques de commercialisation à distance. En effet, pour déterminer si un contrat entre ou non dans le champ d'application de l'article 5, il convient toujours de procéder à une localisation dans l'espace d'actes tels qu'une publicité, la signature d'un contrat, la réception d'une commande (art. 5 § 2). En outre, cette solution n'est plus en harmonie avec celle retenue par l'article 15 du Règlement dit "Bruxelles I" qui exige, pour voir les dispositions protectrices du consommateur appliquées, qu'une entreprise ait dirigé ses activités vers l'Etat membre du domicile du consommateur et qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ces activités, quel que soit le mode de commercialisation à distance.⁶³

Enfin, certains s'interrogent sur le recours au mécanisme du dépeçage. Si celui-ci soulève des questions d'ordre théorique⁶⁴, il conviendra également d'apprécier si son application par le juge pose également des difficultés d'ordre pratique.

3.2.7.3. Solutions envisageables

Lors de la réflexion concernant la révision de l'article 5, il convient de garder à l'esprit les préoccupations générales que sont, d'une part, la protection du consommateur, notamment lorsque tous les faits de l'espèce sont localisés sur le territoire de l'Union et, d'autre part, le souci de préserver l'équilibre des intérêts des parties. Il serait enfin préférable que les futures règles soient claires, générales et aussi vastes que possible, permettant ainsi aux parties de connaître avec certitude à l'avance le droit applicable à leur relation contractuelle.

La réflexion portera à la fois sur la nature de la protection accordée au consommateur (application de telle ou telle loi) et sur les critères permettant d'identifier les consommateurs

résultant de la transposition de la Directive n° 85/577. La question juridique était de savoir si la loi applicable à ces litiges était la loi allemande, favorable aux clients, ou la loi espagnole, stipulée applicable par le contrat, et qui, faute de transposition en Espagne de ladite directive à l'époque des faits, ignorait le droit de rétractation. Dans la deuxième série d'affaires, des consommateurs allemands en voyage dans les îles Canaries se voyaient soumis à d'intenses séances de persuasion pour souscrire un contrat d'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un appartement de vacances. Les contrats - certains soumis à la loi de l'île de Man, d'autres à la loi espagnole - comportaient une clause par laquelle l'acquéreur s'interdisait toute rétractation de consentement, rétractation qui eût été possible selon le droit allemand et le droit communautaire. La question était alors de savoir si les consommateurs pouvaient se prévaloir de la loi allemande à l'encontre de la loi choisie dans le contrat. Le BGH condamna toute tentative pour justifier l'application de la loi allemande protectrice, fût ce à titre de loi de police du for.

⁶² Cf. note 57, *supra*.

⁶³ Cf. déclaration conjointe de la Commission et du Conseil concernant les articles 15 et 73 du Règlement "Bruxelles I", disponible sous : http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil_fr.htm.

⁶⁴ L'une des questions soulevées par le mécanisme du dépeçage est notamment la suivante : *quid* lorsque les dispositions protectrices du consommateur sont plus favorables dans le pays B que dans le pays A ? Répondre à cette question oblige à prendre position sur la nature de la protection du consommateur : consiste-t-elle en l'application d'une loi connue du consommateur, i.e. s'agit-il de prendre en considération ses attentes légitimes, ou en l'application d'une loi qui lui est objectivement la plus favorable sur le fond?

devant effectivement bénéficier des dispositions protectrices, c'est-à-dire les conditions d'application de celles-ci.

Le débat pourrait s'inspirer des éléments suivants:

- i. Maintien de la solution actuelle, assortie d'une clause générale garantissant l'application du standard de protection minimum communautaire (cf. point 3.1.2, *supra*) : Cette solution permettrait de remédier aux situations dans lesquelles le manque de protection d'un consommateur communautaire est le plus criant. Toutefois, si une telle clause énonce que le contenu de certaines dispositions de droit communautaire doit être respecté, elle ne se prononce pas pour autant sur la loi applicable. Cette solution relèverait donc d'un mécanisme très différent de celui des règles de conflit de loi et l'on peut penser qu'elle devrait revêtir un caractère exceptionnel. Surtout, les directives communautaires ne couvrent pas encore tous les aspects du droit de la consommation; la protection *via* le droit national reste donc importante.
- ii. Maintien de la solution actuelle, en modifiant ses conditions d'application pour y inclure le consommateur mobile ainsi qu'éventuellement les types de contrats actuellement exclus : on pourrait considérer que la solution actuelle est satisfaisante en son principe et qu'il suffirait d'élargir son champ d'application (cf. point vi, *infra*).
- iii. Généralisation des articles 3 et 4 de la Convention, conduisant à l'application de la loi du pays dans lequel le professionnel est établi, en contrepartie d'une application généralisée des règles impératives de l'Etat du domicile du consommateur : Le GROUPEMENT EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE propose d'appliquer les articles 3 et 4 de la Convention aux contrats de consommation, en combinaison avec une extension de la règle actuellement prévue à l'article 5 § 2. En pratique ceci signifierait que le contrat de consommation serait régi par la loi du pays dans lequel le professionnel est établi - que les parties aient ou non choisi cette loi - mais que le juge appliquerait toujours les règles impératives de protection de la loi du domicile du consommateur. Cette solution présenterait l'avantage d'introduire une plus grande prévisibilité du droit applicable pour le fournisseur. Pour augmenter encore sa prévisibilité, cette solution pourrait être complétée par une disposition prévoyant que l'application des règles impératives de la loi du domicile du consommateur intervient sous réserve que le fournisseur ait effectivement été en mesure de connaître ce domicile (cf. solution vii, *infra*). En revanche, cette solution augmenterait les cas de dépeçage et il conviendra d'évaluer les difficultés que ce procédé pourrait causer dans la pratique.
- iv. Les solutions ii et iii requièrent l'identification des "dispositions impératives" de la loi de la résidence habituelle du consommateur. Il a été proposé que, dans les matières harmonisées au niveau communautaire, les règles de protection du consommateur en vigueur dans la loi choisie par les parties (en général, celle du pays d'établissement du professionnel) devraient s'appliquer ; les "dispositions impératives" de la loi de la résidence habituelle du consommateur écarteraient la loi choisie uniquement lorsqu'il n'existe pas d'harmonisation communautaire.
- v. Application systématique de la loi de la résidence habituelle du consommateur : Cette solution se caractériserait par sa clarté et éviterait le recours au dépeçage du contrat. Elle contribuerait ainsi à une meilleure sécurité juridique et permettrait l'accélération et la diminution des coûts d'éventuelles procédures judiciaires ; en ceci

elle présenterait des avantages pour les deux parties. Là encore il conviendrait de s'interroger sur les conditions d'application d'une telle règle (cf. point vi, *infra*).

- vi. Dans le cadre des options ii), iii) et v) il faudra toujours s'interroger sur leurs conditions d'application pour départager les consommateurs qui bénéficient d'une protection particulière dans les transactions transfrontières et ceux qui en sont exclus.⁶⁵ L'approche traditionnelle, retenue dans la Convention de Bruxelles de 1968 et la Convention de Rome, consistait à se placer du point de vue du consommateur, en refusant la protection à ceux qui avaient sciemment pris le « risque du commerce extérieur ». Or, il a déjà été mentionné ci-dessus que ce critère, nécessitant la localisation dans l'espace des actes commis par les parties, est peu adapté à l'ère des nouvelles techniques de commercialisation à distance (Pay-TV, Internet). Une autre solution pourrait consister à analyser désormais le comportement du professionnel. Aussi le futur instrument "Rome I" pourrait-il s'inspirer de l'article 15 du règlement "Bruxelles I" qui, pour décider si un consommateur bénéficie des règles protectrices, pose une double condition : d'une part, le professionnel doit avoir dirigé ses activités vers l'Etat du domicile du consommateur et, d'autre part, il est nécessaire qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, dans le cadre de ces activités⁶⁶. A cette occasion, on pourrait également réfléchir sur l'opportunité d'introduire une définition communautaire de l'expression "*diriger ses activités*" vers un autre Etat, définition qui pourrait consister, par exemple, en un faisceau d'indices.
- vii. L'introduction d'éléments relevant de la théorie de l'apparence pourrait faire partie intégrante de la solution (vi), toujours dans l'objectif de préciser les conditions d'application des dispositions protectrices du consommateur. Ainsi un futur instrument pourrait prévoir que le facteur du lieu de résidence du consommateur ne serait pertinent que dans la mesure où il était connu du fournisseur, ou aurait dû être connu de celui-ci compte tenu de l'attitude du consommateur. Ainsi le fournisseur serait protégé contre l'application d'une loi étrangère si le consommateur ne lui a pas fourni d'élément permettant de connaître le pays – mais non nécessairement l'adresse exacte – de sa résidence, étant entendu qu'il appartient au fournisseur d'offrir au consommateur la possibilité de le faire.⁶⁷
- viii. Une toute autre approche consisterait à ne plus s'interroger sur le point de savoir si un consommateur mérite ou non une protection particulière, mais de disposer d'une

⁶⁵ Il existe en effet des hypothèses dans lesquelles l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur n'est pas raisonnablement envisageable, par exemple lorsqu'un touriste belge, en voyage au Portugal, entre dans un magasin local pour y acquérir une cassette vidéo qui s'avère défectueuse.

⁶⁶ Cf. la déclaration de la Commission et du Conseil concernant l'article 15 du règlement "Bruxelles I", (disponible sous: http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_conseil/justciv_fr.pdf) qui précise que, pour que les dispositions protectrices du consommateur soient applicables, il ne suffit pas qu'une entreprise dirige ses activités vers l'Etat membre du domicile du consommateur ; il faut également qu'un contrat ait été conclu dans le cadre de ses activités. "*Le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site Internet ne constitue pas un élément pertinent.*" Les sites visés par cette déclaration ne sont pas nécessairement des sites dits "interactifs" : ainsi un site invitant à l'envoi d'une commande par fax vise à conclure des contrats à distance. En revanche, ne vise pas la conclusion d'un contrat à distance le site qui, tout en s'adressant aux consommateurs du monde entier dans l'intention de fournir des informations sur un produit, les renvoie ensuite à un distributeur ou agent local pour la conclusion du contrat.

⁶⁷ Pour un contrat conclu via Internet, par exemple, il appartient au professionnel de s'assurer que son formulaire standard lui permet d'identifier le lieu de résidence du consommateur.

règle unique pour tous les consommateurs. Ainsi il est envisageable d'admettre pour tous les contrats de consommation le choix d'une loi autre que celle de la résidence habituelle du consommateur. En contrepartie, le choix serait très réduit car limité à la loi du pays où le professionnel est établi. La validité d'un tel choix serait alors soumise à la condition que le professionnel rapporte la preuve que le consommateur a fait un choix éclairé après avoir été préalablement informé de tous les droits et obligations résultant pour lui de l'application de cette loi (droit de rétractation, échange du produit, durée et conditions de la garantie, etc.). Si cette preuve n'est pas rapportée, le juge appliquerait soit la loi du consommateur, soit les dispositions impératives de cette loi. Une telle solution, dans la mesure où elle se justifierait par l'existence d'un standard minimum communautaire de protection du consommateur, ne saurait bien évidemment s'appliquer que lorsque le professionnel est domicilié dans un Etat membre. Le professionnel non communautaire, en contrepartie du choix d'une loi autre que celle du consommateur, continuerait à se voir appliquer les dispositions impératives de celle-ci et à devoir accepter le morcellement du contrat.

Quelle que soit la solution retenue, il convient d'avoir à l'esprit que des litiges de consommation ne sont que rarement portés devant les tribunaux en raison de leur faible montant. Aussi convient-il d'évaluer la question de la loi applicable au contrat de consommation dans le contexte des efforts actuellement en cours, tant au niveau des Etats membres que de la Commission européenne, pour encourager les procédures alternatives de résolution des conflits, y compris par voie électronique.⁶⁸

Question 12 : Evaluation des règles relatives à la protection du consommateur

- A. Quelle évaluation faites-vous des règles actuelles relatives à la protection du consommateur ? Celles-ci sont-elles toujours adéquates, notamment à la lumière du développement du commerce électronique?**
- B. Disposez-vous d'informations concernant l'impact de la règle actuelle sur a) les entreprises en général; b) les petites et moyennes entreprises; c) les consommateurs ?**
- C. Parmi les solutions proposées, laquelle préférez-vous et pour quelles raisons? D'autres solutions sont-elles envisageables ?**
- D. D'après vous, quel serait l'impact des différentes solutions envisageables sur a) les entreprises en général; b) les petites et moyennes entreprises; c) les consommateurs ?**

3.2.8. Interrogations quant à la définition du terme "dispositions impératives"

3.2.8.1. La notion de "disposition impérative » couvre une réalité multiple

La Convention évoque l'applicabilité de "dispositions impératives" aux articles 3 § 3, 5, 6, 7 et 9. De quoi s'agit-il ? En droit interne, il existe des nombreuses dispositions impératives dont l'objectif est de garantir l'ordre social et économique d'un pays, également appelées "règles d'ordre public". Il s'agit de règles auxquelles les parties ne peuvent déroger par contrat,

⁶⁸ Cf. Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM (2002) 196(01).

notamment celles visant à protéger une partie faible (consommateur, travailleur, auteur dans des contrats d'édition, mineur, agent commercial).⁶⁹ Cependant, dans un contrat soumis à un droit étranger, une partie faible ne peut pas automatiquement s'attendre à voir les dispositions d'ordre public de son propre pays s'appliquer - à moins que les règles spéciales de la Convention (articles 5 et 6) ne le prévoient.

Les dispositions impératives de l'article 7, également désignées par le terme "lois de police" revêtent un autre caractère et n'entrent en jeu que dans un contexte international : il s'agit de normes auxquelles un Etat accorde une importance telle qu'il exige leur application dès lors que la situation juridique présente un certain lien avec son territoire, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat. Les lois de police ont ceci de particulier que le juge n'applique même pas ses règles de conflit de lois pour voir quelle serait la loi applicable et pour évaluer si la teneur de celle-ci serait éventuellement choquante au regard des valeurs du for⁷⁰, mais il applique d'office sa propre règle de droit. L'article 7 ne donne pas d'énumération des lois de police ; chaque juge devra interroger son propre système juridique pour savoir si telle ou telle disposition est ou non une loi de police et la réponse n'est pas toujours évidente.

Pour illustrer la différence entre règles d'ordre public interne et lois de police, on peut citer l'exemple du droit français du licenciement. Il s'agit de dispositions d'ordre public interne, ce qui signifie que tout contrat entre employeur et salarié par lequel le salarié renoncerait à l'indemnité de licenciement ou accepterait de voir réduite sa période de préavis sans compensation, serait nul. En revanche, la jurisprudence française a décidé qu'il ne s'agissait pas d'une loi de police, applicable quel que soit le droit applicable au contrat.⁷¹ En conséquence, un salarié français dont le contrat de travail est valablement soumis à un droit étranger (sur ce point cf. point 3.2.9, *infra*) ne peut espérer voir la législation française en matière de licenciement appliquée d'office.

3.2.8.2. Difficultés rencontrées

D'après certains⁷², il existerait une hésitation sur la combinaison à effectuer entre les dispositions impératives de l'article 5 et celles de l'article 7 : l'article 5 serait une application spéciale de l'article 7 car les deux visent à écarter la loi normalement applicable. En conséquence, lorsque les conditions de l'article 5 ne sont pas réunies, l'article 7 ne pourrait pas non plus jouer. Cette interprétation aurait pour conséquence de priver le consommateur mobile, déjà dépourvu de la protection des règles de l'article 5, du jeu de la soupape de sécurité que sont les lois de police. Si la jurisprudence allemande y a adhéré⁷³, cette position est très critiquée par la majeure partie de la doctrine.

⁶⁹ Par exemple, en droit du travail, les règles relatives à la sécurité et l'hygiène au lieu de travail, au salaire minimum, au congé payé ou congé maladie.

⁷⁰ Il s'agit ici du mécanisme dit de l'exception d'ordre public, prévu à l'article 16 de la Convention.

⁷¹ Cour d'appel de Paris, 22.3.1990, D. 1990, Somm., p. 176.

⁷² P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP 1991.316.

⁷³ BGH, 19 mars 1997 (affaire VIII ZR 316/96): Dans cette espèce des touristes allemands en séjour en Espagne y avaient signé, dans des conditions douteuses, des contrats portant sur un droit d'utilisation à temps partiel de logement de vacances. Les contrats étaient soumis à la loi de l'Ile de Man ou à la loi espagnole et comportaient une clause par laquelle l'acquéreur s'interdisait toute rétractation du consentement. De retour en Allemagne, certains touristes souhaitèrent néanmoins bénéficier du droit de rétractation prévu par le droit allemand. Ne pouvant bénéficier, en tant que consommateurs "mobiles" des dispositions protectrices de l'article 5, les Tribunaux inférieurs ont argué que le droit de rétractation du droit allemand était une loi de police au sens de l'article 7 § 2 de la Convention. Cette argumentation a été rejetée par la Cour suprême au motif que la loi allemande ne pourrait trouver application sur la

De manière générale, il paraît que l'emploi d'une même expression pour des concepts tout à faits distincts sème une certaine confusion quant à l'interprétation de la Convention.

3.2.8.3. Solutions envisageables

Un futur instrument pourrait préciser que les domaines d'application de ces deux articles ne sont pas identiques. L'article 5 désigne une loi objectivement applicable (dans les circonstances qu'il définit) dont les dispositions protectrices impératives au sens du droit interne doivent être respectées. Mais cet article n'interfère pas avec le jeu d'éventuelles lois de police, prévu à l'article 7, en faveur des lois qui regardent leurs dispositions comme internationalement impératives et qui peuvent ainsi venir apporter une protection complémentaire lorsque leurs conditions d'application dans l'espace sont satisfaites.

Le futur instrument "Rome I" pourrait donc proposer une définition du concept de lois de police, définition qui pourrait s'inspirer de la jurisprudence *Arblade* de la Cour de justice⁷⁴, selon laquelle la loi de police est "*une disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci*".

En réaction à la jurisprudence *Ingmar GB Ltd contre Eaton Loenard Technologies Inc.* de la Cour⁷⁵, certains suggèrent également de préciser dans le futur instrument qu'il ne peut y avoir de loi de police lorsqu'une règle vise uniquement la protection d'intérêts purement privés, par opposition aux lois qui protègent l'ordre politique, économique ou social d'un Etat.

La jurisprudence *Ingmar* précise également que certaines dispositions du droit communautaire peuvent elles aussi présenter un caractère impératif. Il pourrait être utile de rappeler ceci dans un futur instrument "Rome I", à l'instar de l'article 11 § 3 de l'avant-projet de proposition de Règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non-contracutuelles ("Rome II").⁷⁶

Question 13 : Convient-il de préciser le sens respectif des « dispositions impératives » figurant aux articles 3, 5, 6 et 9, d'une part, et à l'article 7 d'autre part ?

3.2.9. Incertitudes relatives à l'interprétation du terme « détachement temporaire » du salarié (art. 6)

3.2.9.1. La loi applicable au contrat de travail

Comme pour le consommateur, le souci de protection du travailleur a conduit les auteurs de la Convention à déroger aux règles générales des articles 3 et 4. L'article 6 § 1er est construit sur le même modèle que l'article 5 § 2, 1er alinéa : l'autonomie de la volonté n'est pas abolie, ce qui n'est pas négligeable pour des contrats négociés par les cadres. Cette autonomie est toutefois limitée en ce sens que le choix d'une autre loi que celle qui serait objectivement applicable à défaut de choix ne peut avoir pour effet de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi objectivement applicable.

base de l'article 7 que si les conditions de lien avec le territoire prévues par l'article 5 § 2 pour les contrats régis par cet article étaient remplies. Il convient de noter qu'aujourd'hui la protection des consommateurs dans un tel cas d'espèce est assuré par des directives communautaires sectorielles.

⁷⁴ CJCE, 23.11.1999, Aff. C-369/96 et C-374/96.

⁷⁵ CJCE, 9.11.2000, Aff. C-381/98.

⁷⁶ Cf. note 5.

La détermination de la loi objectivement applicable (article 6 § 2) procède cependant d'un esprit différent de celui l'article 5 : tandis que pour ce dernier, la loi applicable est celle de la résidence habituelle du consommateur - loi que le consommateur connaît en général et sur la protection de laquelle il compte -, l'article 6 § 2 essaye de déterminer la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits. Il distingue selon que le travailleur, en exécution du contrat, accomplit ou non habituellement son travail dans un même pays.

Dans le premier cas, c'est la loi du pays dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail qui est applicable. Le texte précise qu'il en est également ainsi lorsque le travailleur « *est détaché à titre temporaire dans un autre pays* »: un travailleur envoyé à l'étranger pour une durée déterminée ou pour les besoins d'un travail spécifique ne voit pas la loi applicable à son contrat modifiée, tandis que l'envoi définitif à l'étranger emporte application de la loi du pays de détachement, devenu celui dans lequel le travailleur accomplit désormais habituellement son travail.

Lorsque, au contraire, le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays,⁷⁷ la loi applicable est celle du pays « *où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur* ».

Dans l'un et l'autre cas, que le travailleur accomplisse ou non habituellement son travail dans un même pays, le rattachement objectif défini par la convention peut être écarté au moyen d'une clause d'exception (art. § 2, *in fine*), qui permet ainsi d'éviter les conséquences préjudiciables au travailleur d'un rattachement rigide du contrat à la loi du lieu d'exécution.⁷⁸

3.2.9.2. Difficultés rencontrées

Les praticiens et la doctrine semblent considérer, en général, que les règles de l'article 6 sont bien formulées. Aussi, l'analyse de la jurisprudence porte-t-elle avant tout sur les circonstances d'espèce, souvent complexes et sujettes à interprétation. Quelques difficultés sont néanmoins à signaler. Il s'agit tout d'abord de celles déjà évoquées en rapport avec les articles 3, 4 et 5, relatives notamment à la détermination du choix tacite, au recours fréquent à la clause d'exception ainsi qu'à l'interaction entre les dispositions impératives prévues à l'article 6 et les lois de police de l'article 7, sur lesquelles l'on ne reviendra pas ici.

Il convient en revanche de s'intéresser de près à l'expression "détachement temporaire". Non seulement l'analyse de la jurisprudence révèle-t-elle que la définition du caractère « temporaire » d'un détachement soulève des interrogations du point de vue du droit international privé, encore faut-il tenir compte de la définition du terme "détachement" dans la Directive 1996/71 du 16 décembre 1996.

Du point de vue du droit international privé, d'abord, la Convention laisse au juge le soin de déterminer à partir de quelle durée le détachement cesse d'être temporaire. Les solutions sont ainsi peu prévisibles et peuvent varier d'un pays à l'autre. Toutefois, cette absence de rigidité quant à la loi applicable permet également au juge de mieux tenir compte des faits de l'espèce, le terme « détachement » couvrant en effet des situations fort diverses. Ainsi c'est

⁷⁷ C'est le cas, par exemple, du travailleur sur un chantier itinérant, ou du représentant de commerce actif dans plusieurs États.

⁷⁸ Ainsi pourra-t-on considérer, par exemple, qu'un contrat conclu en France entre un employeur français et un salarié français pour un travail de deux ans dans un pays africain, avec le cas échéant promesse d'un nouvel emploi en France à l'expiration du contrat, sera régi, non par la loi du pays africain du lieu d'exécution mais par la loi française avec laquelle existent les liens les plus étroits.

notamment le détachement qui se fait à l'intérieur d'un groupe de sociétés qui soulève des questions. Qu'en est-il lorsque le travailleur est envoyé auprès d'une société du même groupe, avec laquelle il conclut un contrat de travail local ? Parfois, les sociétés d'un groupe jouissent d'une véritable autonomie et il se peut que le transfert corresponde vraiment à un nouveau contrat. Dans d'autres situations, au contraire, le travailleur est embauché par la direction du groupe avant d'être transféré par décision de la même direction ; la conclusion d'un nouveau contrat ne correspond alors qu'à des exigences administratives (nécessité pour l'obtention d'un permis de travail, par exemple).

En ce qui concerne ensuite le lien avec la Directive "détachement des travailleurs"⁷⁹, l'article 6 oblige à revenir encore sur la question de l'interaction entre les règles de conflit générales de la Convention de Rome et les règles ayant une incidence sur la loi applicable, contenues dans les directives sectorielles. Outre un certain manque de lisibilité pour les praticiens quant aux règles applicables, les deux instruments n'ont pas la même compréhension du terme "détachement".

L'objectif de la Directive 96/71 est de garantir, dans le cas du détachement d'un salarié, l'application de certaines dispositions impératives de l'État membre dans lequel il est détaché. Il s'agit notamment de la régulation du salaire minimum de l'Etat d'accueil, mais également des règles de sécurité ou d'hygiène. Une lecture trop rapide pourrait donc laisser croire que la Directive ne suit pas la même logique que la Convention dont l'article 6 prévoit, au contraire, que le statut du salarié ne doit pas être modifié du fait d'un détachement temporaire. Une analyse plus approfondie révèle cependant que les deux instruments cohabitent parfaitement. En effet, en cas de détachement, la Directive ne vise nullement à modifier la loi applicable au contrat de travail, mais elle fixe un "noyau dur" de règles impératives à respecter pendant la période de détachement dans l'Etat membre d'accueil, "*quelle que soit la loi applicable à la relation de travail*". La Directive doit donc être considérée comme une prolongation de l'article 7 de la Convention, relatif aux lois de police. L'instrument vise ainsi à établir une concurrence loyale tout en garantissant le respect du droit des travailleurs sur le marché du travail dans l'Union.⁸⁰

Une certaine confusion pourrait néanmoins résulter du fait que les deux instruments ne retiennent pas la même définition du terme "détachement".

La Directive 96/71 précise à l'article 1 § 3 que ses règles s'appliquent pour autant qu'il subsiste une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le salarié détaché. Dès lors qu'un nouveau contrat de travail est conclu avec l'entreprise d'accueil, il n'y a donc plus de détachement au sens de la Directive. Au contraire, dans le cadre de la Convention, on peut être en présence d'un détachement même si le salarié conclut un nouveau contrat de travail dans le pays d'accueil, par exemple dans le cadre d'un groupe de sociétés. Au sens de la Convention, c'est surtout la durée qui permet de qualifier en envoi à l'étranger de "détachement temporaire", tandis que le critère de la durée n'est guère pertinent dans le cadre de la Directive.

⁷⁹ Directive 1996/71 du 16 décembre 1996, JO n° L 018 du 21.1.1997, p. 1.

⁸⁰ Il convient de rappeler que les règles de la Directive s'appliquent également aux travailleurs ou employeurs non communautaires, de sorte qu'il n'y a pas de traitement différencié selon que l'entreprise d'envoi est établie ou non dans un État membre. Le texte précise en effet que les entreprises établies dans un Etat non membre ne peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un Etat membre. En conséquence les législations des Etats membres transposant la directive s'appliquent indistinctement aux travailleurs détachés sur leur territoire quel que soit le pays d'origine du travailleur ou de l'employeur.

S'agissant de deux textes à finalités différentes, il est tout à fait concevable que chacun retienne sa propre définition du terme "détachement". En revanche, cette situation n'augmente pas la lisibilité de la législation communautaire.

3.2.9.3. Solutions envisageables

Pour éviter que, pour les besoins de l'article 6 de la Convention de Rome, la durée du détachement ne soit appréciée uniquement au cas par cas, créant ainsi une solution non prévisible, plusieurs solutions peuvent être envisagées :

- i. Appréciation du caractère temporaire du détachement à la lumière de l'intention des parties, en ce sens que serait temporaire un détachement prévu pour une durée déterminée ou pour une mission délimitée. Cette solution, qui signifierait que la durée du détachement serait appréciée *ex ante*, a été proposée par le GROUPEMENT EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE.
- ii. Une autre solution serait que le juge apprécie la durée du détachement *ex post*, c'est-à-dire en fonction de la durée effective du détachement après coup, au cas par cas, éventuellement selon un délai fixé dans un futur instrument. Le GROUPEMENT EUROPEEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE souligne cependant que le fait de fixer un délai précis, quoique présentant l'avantage de la prévisibilité, serait nécessairement arbitraire et risque de se révéler d'une rigidité excessive eu égard à la diversité des situations.
- iii. La Convention pourrait en outre préciser qu'un nouveau contrat conclu avec un employeur du même groupe n'exclut pas qu'il s'agisse d'un détachement.

Question 14 : Convient-il d'apporter des précisions à l'article 6 concernant la définition de la notion « détachement temporaire » ? Dans l'affirmative, lesquelles ?

3.2.10. D'autres interrogations concernant l'article 6

La Convention ne précise pas quelle est la situation des salariés accomplissant leur travail à un endroit non soumis à une souveraineté nationale (marins en haute mer, pilotes de l'air). La jurisprudence, plutôt que de localiser de façon quelque peu artificielle le lieu où le travail est exercé dans un pays ou un autre, tend à leur appliquer la loi du lieu où le salarié a été embauché.

Certains Etats membres connaissent des règles spéciales, parfois de nature unilatérale, nuisant ainsi à l'uniformité des solutions (par exemple, une règle de conflit désignant la loi du lieu du pavillon, pour des marins à bord).

S'agissant enfin du télétravail international, on peut s'interroger sur la pertinence du rattachement au lieu d'exécution habituelle du contrat de travail, le rattachement au lieu de concentration des intérêts de l'entreprise ou de réception du travail pouvant être, dans certaines circonstances, plus protecteur⁸¹ pour le salarié. Le dernier paragraphe de l'article 6 semble autoriser un tel rattachement, mais selon certains il conviendrait de préciser ici la notion de "liens les plus étroits" pour viser expressément la situation du télétravail international.

⁸¹ S'agissant, par exemple, de l'application de la législation nationale relative au licenciement collectif, au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises ou d'insolvabilité de l'employeur.

Question 15 : Pensez-vous que l'article 6 devrait subir d'autres modifications ?

3.2.11. Application des lois de police étrangères (art. 7 § 1)

Outre l'application de ses propres lois de police, appelées lois de police du for (cf. point 3.2.8, *supra*), la Convention autorise, sous certaines conditions, le juge compétent à donner effet à des lois de police d'autres pays avec lesquels la situation présente des liens étroits, y compris celle d'Etats qui ne sont pas membres de l'Union européenne. Au moment de la négociation de la Convention de Rome il s'agissait d'une disposition très novatrice, exprimant le souci des Etats membres de respecter dans une certaine mesure la politique législative d'autres Etats, y compris des Etats tiers. Les lois de police étrangères peuvent intervenir dans des situations très variées. A titre exemple l'on peut citer une décision de la Chambre des Lords de 1958 qui a tenu compte de la loi indienne interdisant les exportations de jute vers l'Afrique du Sud à propos d'un contrat par ailleurs soumis au droit anglais.⁸²

Jusqu'ici, la jurisprudence concernant l'article 7 § 1 est très rare.

L'article 22 § 1 de la Convention prévoit que l'article 7 § 1 relatif aux lois de police étrangères pourrait faire l'objet d'une réserve de la part des Etats membres ne souhaitant pas l'adopter et le Royaume-Uni, le Luxembourg et l'Allemagne ont effectivement exercé cette option. Ceci n'interdit pas pour autant aux juges de ces Etats de tenir compte éventuellement d'une loi de police étrangère, mais ce serait alors en dehors du cadre de la Convention et des quelques précisions supplémentaires qu'elle contient.

Dans l'hypothèse où la Convention de Rome serait transformée en instrument communautaire, voire même un règlement, non compatible avec l'existence de réserves, il conviendra de se poser la question du devenir de cet article.

Question 16 : Une règle relative aux lois de police étrangères vous paraît-elle nécessaire ? Serait-il souhaitable de donner des indications plus précises quant aux conditions d'application des lois de police étrangères ?

3.2.12. Loi applicable à la forme du contrat (art. 9)

3.2.12.1. Solution actuelle

La forme du contrat est tout comportement extérieur imposé par la loi à l'auteur d'un acte juridique, comme par exemple l'exigence d'un écrit, d'une mention manuscrite ou d'un acte notarié. Pour favoriser la validité du contrat en la forme, la Convention pose une règle alternative : il suffit que l'acte soit valable selon l'une des deux lois que sont la loi applicable au fond, déterminée selon les règles générales de la Convention, et la loi du lieu où le contrat a été conclu. Lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu à distance (par fax, courrier, e-mail par exemple), il existe un lieu de conclusion pour chaque partie au contrat, ce qui multiplie encore les chances que le contrat soit valable en la forme. Cette solution a permis de ne pas prendre parti sur la localisation plus ou moins artificielle du contrat entre absents.

⁸² Affaire *Ragazzoni v. Sethia*, 1958 [A.C.] 301. Il ne semble pas s'agir d'une décision où le juge anglais a effectivement eu recours à la notion de loi de police étrangère, l'espèce se situant largement en amont de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, mais il s'agit précisément d'une situation telle que visée par l'article 7 § 1.

3.2.12.2. Difficultés rencontrées

L'article 9 a été pensé avant la généralisation des contrats conclus par e-mail. Or, comment déterminer pour chaque partie le lieu de conclusion de l'acte, qui constitue l'une des branches de l'alternative proposée, lorsque l'offre ou l'acceptation se font par un simple échange de e-mails ?

3.2.12.3. Solutions envisageables

Il peut être envisagé de prévoir une règle subsidiaire au cas où il ne serait pas possible de déterminer le lieu de l'émission de la volonté. Aussi, la règle alternative prévue à l'article 9 pourrait-elle contenir une branche supplémentaire. Il s'agirait d'ajouter la loi de la résidence habituelle de l'auteur de la déclaration de volonté à la loi la régissant au fond et à la loi du lieu de son émission. Il suffira donc que la déclaration satisfasse aux conditions de forme de l'une des trois lois pour être valable en la forme. Cette règle s'appliquera indistinctement aux contrats conclus par e-mail et à d'autres contrats conclus à distance.

Question 17 : Convient-il de moderniser la règle de conflit en matière de forme des contrats ?

3.2.13. *Loi applicable à l'opposabilité de la cession de créance aux tiers (art. 12)*

3.2.13.1 Solution actuelle

La cession de créance est un mécanisme très utilisé, notamment dans la pratique bancaire, pour réaliser diverses opérations de crédit ou des opérations d'affacturage. Il s'agit d'une convention par laquelle un créancier, appelé cédant, transfère la créance qu'il détient à l'encontre de son débiteur, appelé débiteur cédé, à un contractant, appelé cessionnaire. Aussi peut-on imaginer l'exemple d'un fournisseur de pièces détachées (le "cédant") qui détient des créances contre ses propres clients, des constructeurs d'automobile (les "débiteurs cédés"). Au lieu d'attendre que les constructeurs le paient, le fournisseur cède ces créances à sa banque (le "cessionnaire") aux fins d'être crédité immédiatement du montant des factures.

Comme toute opération impliquant trois personnes, la cession de créance soulève beaucoup d'interrogations en droit international privé du fait que l'on est en présence de trois relations juridiques différentes, pouvant chacune être soumise à sa loi propre. Dans l'exemple ci-dessus, le premier lien contractuel dans le temps est celui entre le fournisseur et les constructeurs d'automobiles. C'est sur cette créance, également appelée « créance originaire » que portera, ultérieurement, l'opération de cession. Elle est soumise à sa loi propre, déterminée d'après les articles 3 (autonomie de la volonté) et 4 (liens les plus étroits) de la Convention.

Intervient ensuite le "contrat de cession" ou "contrat de transfert" entre le cédant, dans l'exemple ci-dessus le fournisseur de pièces détachées, et le cessionnaire, ici la banque. Selon l'article 12 § 1 de la Convention, la loi applicable est à nouveau déterminée d'après les règles générales de la Convention (art. 3 et 4). A défaut de choix⁸³, la loi applicable est donc souvent

⁸³ Selon certains auteurs, un contrat de cession contiendrait, en principe, un choix tacite en faveur de la loi de la créance cédée. Cette solution présente l'avantage de soumettre à la même loi la créance cédée et le contrat de transfert. En revanche, en cas de cession de créances multiples, cette solution risque de soumettre à des lois différentes les contrats de transfert entre le cédant et le cessionnaire, qui, d'un point de vue économique, constituent une opération unique.

celle du cessionnaire, qui fournit la prestation caractéristique.⁸⁴ Quant au troisième lien juridique, il s'agit de celui qui naît entre le débiteur cédé, dans notre exemple l'un des constructeurs d'automobiles, et la banque cessionnaire. Selon la Convention, ce contrat est régi par la même loi que la créance originaire. Aussi la Convention vise-t-elle à protéger le débiteur cédé, en s'assurant que ses obligations restent toujours régies par la même loi, la seule dont il devait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle soit applicable, et qu'il ne doit pas à la banque plus qu'il ne devait au fournisseur.

3.2.13.2. Difficultés rencontrées

La Convention de Rome ne traite pas explicitement de la question de l'opposabilité de la cession de créance aux tiers. Il s'agit là d'une question essentielle car elle détermine l'efficacité de la cession et du transfert de la propriété. Il se peut, par exemple, que le fournisseur de pièces détachées n'ait pas payé son propre créancier et que celui-ci opère une saisie sur ses biens et créances, y compris sur les créances qui ont fait l'objet de la cession au profit du banquier. Il convient alors de déterminer qui, de ce nouveau créancier ou du banquier, est propriétaire des créances litigieuses. On peut également imaginer que le fournisseur a successivement cédé ses créances à deux banques différentes, pour obtenir frauduleusement un crédit plus élevé. Il s'agit alors de déterminer qui des deux banques est propriétaire des créances.⁸⁵ Dans la mesure où tous les États membres ne répondent pas de la même façon à ces questions, il serait préférable qu'ils appliquent la même loi pour ne pas inciter les parties au *forum shopping*.

Or, dans la mesure où ni la Convention ni le règlement "Faillite"⁸⁶ n'édicte des règles de conflit de lois portant de manière explicite sur la question de l'opposabilité de la cession de créance aux tiers, chaque Etat membre applique ici ses propres règles, de sorte que la solution varie fortement en fonction du Tribunal saisi. Ces disparités sont d'autant plus marquées que les Tribunaux de certains Etats membres estiment que, si cette question n'est pas traitée de façon explicite par la Convention, celle-ci contient néanmoins des règles implicites.

3.2.13.3. Solutions envisageables

Il serait possible de préciser la loi applicable à l'opposabilité de la cession aux tiers. Plusieurs options se présentent :

- i. Application de l'article 12 § 1 (application de la même loi que celle applicable au contrat de transfert) : cette solution a été retenue par la jurisprudence néerlandaise.⁸⁷ Elle présente des avantages certains dans des systèmes juridiques qui n'ont pas pour

⁸⁴ Dans certains opérations complexes, par exemple une opération de crédit de grande envergure, la prestation caractéristique pourrait également être celle du cessionnaire. La Convention laisse donc une certaine marge de manœuvre au juge pour tenir compte de situations particulières.

⁸⁵ En termes plus techniques, cette interrogation revient à poser la question de savoir si la Convention ne couvre que les aspects de droit contractuel ou si elle inclut également les aspects de droit de la propriété (quelle loi détermine la question de savoir si les mesures d'information du débiteur servent uniquement à protéger celui-ci ou également à rendre effectif le transfert de propriété).

⁸⁶ Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, entré en vigueur le 31 mai 2002. Si ce règlement ne contient pas de règle de conflit, son article 5 établit néanmoins que la procédure d'insolvabilité ouverte dans un Etat membre n'affecte pas les droits réels sur les biens situés dans d'autres Etats membres. Parmi ces droits réels figure "le droit exclusif de recouvrer une créance" (art. 5 § 2 b). Il doit être précisé que d'après l'article 2 g) dudit règlement, une créance est située "dans l'Etat membre sur le territoire duquel se trouve le centre des intérêts principaux du tiers débiteur".

⁸⁷ Hoge Raad, 16 mai 1997, *Nederlands International Privatrecht* 1997, n° 209.

habitude de distinguer la question de la validité du contrat de transfert et de l'efficacité du transfert de la propriété de la créance.

- ii. Application de l'article 12 § 2 (application de la même loi que celle applicable à la créance originaire) : il s'agit de la solution qui avait été retenue par l'avant-projet de la Convention, qui n'a finalement pas été repris dans le texte définitif. C'est également celle qui est retenue par la jurisprudence allemande.⁸⁸ Cette position revient à considérer qu'il n'est pas judicieux de dissocier le sort des tiers en général, tel un créancier du cédant ou un second cessionnaire de la même créance, de celui du débiteur cédé ; la loi applicable à l'opposabilité du contrat serait la même dans les deux cas, ce qui assurerait une certaine cohérence au traitement de l'opération de cession dans son ensemble.
- iii. Application de la loi du domicile de débiteur cédé : dans la mesure où les créanciers du cédant ne sont pas toujours en mesure de connaître la loi applicable à la créance originaire, certains proposent de soumettre l'opposabilité de la cession à la loi du domicile du débiteur cédé. Si cette loi présente l'avantage d'être facilement connue par des tiers, cette solution rendrait plus problématique la cession de créances professionnelles multiples lorsque les débiteurs sont domiciliés à l'étranger, une opération unique du point de vue économique étant soumise à plusieurs lois.
- iv. Application de la loi du domicile du cédant : il s'agit de la solution la mieux à même de satisfaire le critère de prévisibilité des tiers. Aussi cette solution a-t-elle été retenue par la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.⁸⁹
- v. Toutes les solutions sauf celle énoncée au point (ii) présentent l'inconvénient de soumettre à des lois différentes l'opposabilité de la cession de créance au débiteur cédé d'une part, et celle aux autres tiers d'autre part, ce qui pourra conduire, dans certains circonstances, à une impasse. Aussi a-t-il été suggéré de prévoir une règle matérielle, donnant la priorité à celui qui agit le premier, tout en prenant en considération la bonne ou mauvaise foi des créanciers en concurrence.

Question 18 : Vous paraît-il opportun de préciser dans un futur instrument quelle est la loi applicable à l'opposabilité de la cession de créance ? Dans l'affirmative, quelle règle de conflit préconisez-vous ?

3.2.14. *Champ d'application respectifs des articles 12 et 13 relatifs à la cession de créance et la subrogation*

3.2.14.1 Le mécanisme de la subrogation dans la Convention de Rome

Il s'agit d'un mécanisme qui n'est pas connu de tous les États membres. Comme pour la cession de créance, il s'agit d'une opération à trois personnes permettant le transfert d'une obligation. Il y a subrogation lorsque celui qui paye un créancier est substitué dans ses droits et devient créancier du débiteur à sa place. Elle peut résulter soit d'un contrat entre les parties,

⁸⁸ Bundesgerichtshof, 8 décembre 1998, XI ZR 302/97, IPRAX, 2000, p. 124.

⁸⁹ Adoptée par l'Assemblée générale le 31 janvier 2002. Cette Convention n'a été, à ce jour, signée et ratifiée par aucun Etat membre. Elle ne prévoit en effet aucun mécanisme de "opt-out" pour l'article 22 relatif à l'opposabilité de la cession aux tiers, contrairement aux autres règles de conflit de lois contenues dans ce texte.

soit d'une disposition légale qui l'attache de plein droit à certains actes. La Convention de Rome ne couvre pas les libéralités, mais seulement les paiements subrogatoires qu'un tiers a effectué en vertu d'une obligation. La question de savoir si ce tiers est subrogé ensuite dans les droits du créancier est, en principe, régie par la même loi que cette obligation (art. 13).⁹⁰

3.2.14.2. Difficultés rencontrées

S'agissant d'un mécanisme juridique très important dans la vie quotidienne des affaires, l'affacturage, il est qualifié de subrogation conventionnelle dans certains pays et de cession de créance dans d'autres. En raison de ce conflit de qualifications, l'application de la Convention pourrait ne pas être uniforme. En outre, selon certains auteurs, l'article 13 ne s'appliquerait qu'à la subrogation prévue par la loi, la subrogation conventionnelle entrant dans le champ d'application de l'article 12.

Dans la mesure où les règles de l'article 12 et celles de l'article 13 sont très proches, il n'est pas certain qu'un tel conflit de qualifications ait une incidence pratique réelle. L'on peut cependant s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit d'une règle transparente et facile à appliquer par les praticiens du droit.

Enfin, certains souhaitent l'intégration des paiements subrogatoires effectués sans obligation dans le champ d'application de la Convention.

3.2.14.3. Solutions envisageables

Le champ d'application respectif des articles 12 et 13 pourrait être précisé. Une autre solution serait la fusion des articles 12 et 13. A défaut de précision, cette question sera tranchée par la Cour.

Question 19 : Serait-il utile de préciser le champ d'application respectif des articles 12 et 13 ? Selon vous, convient-il de prévoir une règle de conflit pour des paiements subrogatoires effectués sans obligation ?

3.2.15. *Absence de règle de conflit relative à la compensation légale*

3.2.15.1. Présentation du mécanisme de la compensation

Lorsque deux parties sont réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, grâce au mécanisme de la compensation légale, leurs dettes respectives s'éteignent à concurrence de la plus faible. Par exemple, si Paul doit à Pierre 20 € et Pierre doit à Paul 10 €, le mécanisme de la compensation joue automatiquement de sorte que Pierre est libéré de sa dette tandis que Paul doit encore 10 € à Pierre. Il s'agit donc d'un mécanisme d'extinction des obligations, d'une grande importance dans la vie des affaires de tous les jours.

La compensation peut intervenir soit par l'effet de la loi (compensation légale), lorsque certaines conditions sont remplies, soit par la volonté des parties (compensation conventionnelle)⁹¹.

⁹⁰ Le paiement effectué par une caution constitue un cas typique d'un tel paiement subrogatoire et c'est donc la loi du contrat de cautionnement qui régit la subrogation.

⁹¹ Pour la compensation conventionnelle, s'agissant d'un contrat, la loi applicable est déterminée selon les règles générales de la Convention (art. 3 et 4).

3.2.15.2. Difficultés rencontrées

Il résulte de l'article 10 d) de la Convention que les divers modes d'extinction des obligations, parmi lesquels figure la compensation, sont régis par la même loi que l'obligation en question. Or, ce texte ne rend pas compte des difficultés inhérentes au mécanisme de la compensation légale appliquée à deux obligations soumises à des lois différentes. Dans une telle hypothèse, chaque Etat membre serait amené à appliquer sa propre règle de conflit. Dans la mesure où ces règles diffèrent, il existe une insécurité juridique en la matière.

3.2.15.3. Solutions envisageables

La loi applicable à la compensation légale pourrait être précisée :

- i. Application cumulative des deux lois en présence : cette règle, si elle protège les intérêts des parties, est néanmoins très restrictive.
- ii. Application de la loi qui régit la créance à laquelle la compensation est opposée.

Le règlement "Faillite"⁹², entré en vigueur le 31 mai 2002, s'il ne contient pas de règle de conflit de lois relative à la compensation proprement dite, n'est pas pour autant sans incidence sur cette question. Son article 6 donne à la compensation un traitement analogue à celui que prévoit son article 5 pour les cessions de créances : lorsque, en vertu des règles de conflit normalement applicables, le droit à la compensation découle d'une loi nationale différente de la loi applicable à la procédure d'insolvabilité, l'article 6 permet au créancier de conserver cette faculté en tant que droit acquis face à la procédure d'insolvabilité. Toutefois, la Convention n'accorde cette possibilité que dans l'hypothèse où "la compensation est permise par la loi applicable à la créance du débiteur insolvable" (créance passive) et opte ainsi pour la solution (ii) ci-dessus.

Ces règles ne s'appliquent, bien évidemment, qu'en cas de compensations invoquées dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité et laissent ouverte la question de la loi applicable en d'autres circonstances.

Question 20 : Selon vous, convient-il de préciser la loi applicable à la compensation légale ? Dans l'affirmative, quelle règle de conflit préconisez-vous ?

⁹² Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai relatif aux procédures d'insolvabilité.

Annexe 1

Glossaire de droit international privé

Autonomie de la volonté :	En droit international privé, cette notion désigne le droit des personnes privées de désigner la loi applicable à leurs relations juridiques.
Compétence internationale:	Lorsqu'un litige présente un caractère international (par exemple, parce que les parties sont de nationalités différentes ou ne résident pas dans le même pays), plusieurs tribunaux pourraient être compétents pour juger l'affaire. Les règles de compétence internationale posent des critères pour déterminer le pays dont les tribunaux sont compétents pour juger tel ou tel litige.
Dépeçage :	Situation dans laquelle les différents éléments d'un contrat à caractère international sont régis par les lois d'Etats différents (par exemple, il arrive dans la pratique qu'un contrat de vente soit soumis au droit allemand, sauf en ce qui concerne la clause de garantie qui est soumise au droit anglais).
Disposition impérative :	Dans la Convention de Rome, l'expression "disposition impérative" couvre une réalité multiple : elle désigne à la fois les lois de police*, notion propre au droit international privé, et les règles d'ordre public interne*.
Droit matériel :	Le droit matériel s'oppose au droit international privé. Il s'agit de toutes les règles déterminant les droits et obligations d'une personne dans une situation juridique donnée (par exemple, la règle selon laquelle un contrat est nul lorsque le consentement de l'une des parties a été vicié).
For / le tribunal du for:	Il s'agit du tribunal qui a été saisi d'un litige international.
Forum shopping :	Ce terme désigne l'attitude d'une personne impliquée dans un litige international qui saisit le tribunal de tel ou tel pays non pas parce qu'il s'agit du tribunal le mieux placé pour connaître du litige, mais uniquement parce que celui-ci, en application de ses règles de conflit de lois*, appliquera la loi qui mènera au résultat le plus avantageux pour cette personne.
Loi applicable / lex causae :	Lorsqu'une relation juridique entre personnes privées présente un caractère international (par exemple, parce qu'elles sont de nationalités différentes, ne résident pas dans le même pays, participent à une transaction commerciale internationale, etc.), il convient de déterminer laquelle des lois en présence régit la situation. La loi applicable est déterminée selon les règles dites de conflit

de lois*.

Loi de police

Notion de droit international de privé qui désigne les normes auxquelles un Etat accorde une importance telle qu'il exige leur application dès lors que la situation juridique présente un lien avec son territoire, quelle que soit par ailleurs la loi applicable à la situation. Contrairement au mécanisme de l'exception d'ordre public international*, le juge n'écarte pas la loi désignée par ses règles de conflit* au motif de leur contrariété à l'ordre public, mais applique d'office ses propres règles.

Ordre public interne :

Un ensemble de règles nationales à caractère impératif dont l'objectif est de garantir l'ordre social et économique d'un Etat. Il s'agit de règles auxquelles les parties ne peuvent déroger par contrat, par exemple celles visant à protéger une partie dite "faible" (consommateur, travailleur, mineur, etc.).

Ordre public international :

Après avoir déterminé la loi applicable* à une situation juridique donnée conformément à ses règles de conflit de lois*, il arrive que le juge considère que l'application concrète de cette loi entraîne un résultat peu compatible avec le système de valeurs du for. En conséquence, il écarte la loi étrangère normalement applicable et applique sa propre loi. Traditionnellement chaque Etat membre dispose de son propre corps de règles d'ordre public international, mais avec la multiplication des dispositions impératives* d'origine communautaire on assiste aujourd'hui à la naissance d'un "ordre public européen".

Règle de conflit de lois :

Lorsqu'une relation juridique entre personnes privées présente un caractère international, les lois de plusieurs pays peuvent être en concurrence pour régir cette situation. Pour décider laquelle des lois en présence s'applique à cette situation, le juge applique les règles dites de conflit de lois.

Règle de conflit bilatérale :

La plupart des règles de conflit de lois sont de nature bilatérale, c'est-à-dire elles peuvent désigner indifféremment une loi étrangère ou la loi du for. A titre d'exemple, l'on peut citer la règle française selon laquelle le juge doit, pour déterminer la filiation de l'enfant, appliquer la loi de la nationalité de la mère. Si la mère est française, le juge français appliquera la loi française; si elle est italienne, il appliquera la loi italienne. Les règles de conflit bilatérales s'opposent à celles de nature unilatérale.

Règle de conflit unilatérale :

Selon la méthode unilatéraliste, chaque Etat se contente de déterminer les cas où sa propre loi est applicable. De telles règles revêtent aujourd'hui un caractère exceptionnel. A titre d'exemple, l'on peut citer l'article 3 alinéa 3 du Code

civil français: "*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*" (règle cependant "bilatéralisée" par la jurisprudence).

Annexe 2

Liste des règles de conflit de lois

et règles ayant une incidence sur la loi applicable en matière contractuelle⁹³

contenues dans des instruments sectoriels du droit dérivé

- Directive relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre (1993/7 du 15 mars 1993)
- Directive « clauses abusives » (1993/13 du 5 avril 1993)
- Directive « time share » (1994/47 du 26 octobre 1994)
- Directive « détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services (1996/71 du 16 décembre 1996)
- Directive 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance
- Directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation
- Deuxième directive « assurance non vie » (1988/357 du 22 juin 1988) telle que complétée et modifiée par les directives 1992/49 et 2002/13
- Deuxième directive « assurance vie » (1990/619 du 8 novembre 1990) telle que complétée et modifiée par les directives 1992/96 et 2002/12
- Directive 2002/65 du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

⁹³ Il s'agit des règles de conflit de lois proprement dites et des règles définissant le champ d'application territorial du droit communautaire, cf. également notes 31, 32.