



Représentant les avocats d'Europe  
Representing Europe's lawyers

---

**REPONSE DU CCBE AU 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**

---

Conseil des Barreaux de l'Union européenne – Council of the Bars and Law Societies of the European Union  
*association internationale sans but lucratif*

Rue de Trèves 45 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail [ccbe@ccbe.org](mailto:ccbe@ccbe.org) – [www.ccbe.org](http://www.ccbe.org)

---

---

# REPONSE DU CCBE AU 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

---

## 1. INTRODUCTION

Le Conseil des Barreaux de l'Union européenne (CCBE) représente plus de 500.000 avocats à travers ses barreaux membres. Outre les barreaux membres provenant de l'UE, il se compose également de membres observateurs des barreaux de 13 pays européens. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres à des consultations de politique générale affectant les avocats européens.

Ce document constitue la réponse du CCBE aux questions contenues dans le Livre vert de la Commission du 14 janvier 2003 (COM (2002) 654).

Il a été rédigé par un groupe de travail composé d'avocats en provenance de l'Autriche, de la Belgique, de l'Italie et du Royaume-Uni, puis approuvé lors du Comité Permanent du 5 septembre 2003 réunissant l'ensemble des Chefs de délégation.

Le CCBE a récemment adressé à la Commission ses commentaires suite aux documents consultatifs relatifs au processus global d'harmonisation du droit et de la procédure juridique dans l'Union européenne (Plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent, Livre vert sur une procédure européenne d'injonction de payer et mesures visant à simplifier et à accélérer le règlement des litiges portant sur des montants de faible importance).

Dans la mesure où ce Livre vert fait partie intégrante de ce processus, le CCBE a jugé important d'y répondre et ce d'autant plus que le texte de la Convention de Rome est en l'état difficile d'application, ce qui a conduit les tribunaux eux-mêmes à en faire une interprétation parfois erronée ou à préférer s'en tenir à leurs propres règles de conflit de lois.

Il a été décidé de répondre à toutes les questions reprises dans le Livre vert selon les recommandations générales suivantes: favoriser la liberté de choix des parties en droit des contrats, laisser à la Cour de Justice des Communautés européennes le soin d'interpréter les différents concepts auxquels la Convention de Rome renvoie et prendre en considération autant que possible les définitions existant déjà dans l'acquis afin d'améliorer la cohérence dans le processus général d'harmonisation du droit et de la procédure. Ce document tient également compte des déclarations de Jakob Kolrud, Président du CCBE, formulées lors de la session organisée par le Parlement européen le 25 mars 2003 sur les améliorations du droit processuel européen, à savoir la nécessité que le droit applicable soit clair, simple et certain tant pour les consommateurs que pour les avocats. La sécurité juridique pourra être assurée, à plus forte raison, par la Cour de justice dans le nouveau contexte de l'espace judiciaire (la coopération judiciaire civile en particulier) contenu dans le Projet de Traité instituant une Constitution pour l'Europe (articles 3 et 41 de la Partie I ; articles 153 et 165 de la Partie III).

## 2. REPONSES AUX QUESTIONS DU LIVRE VERT

**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 ?**

Les praticiens du droit reconnaissent que certaines dispositions de la Convention sont difficiles à la fois d'application et d'interprétation (les présomptions, la notion de dispositions impératives). Plus particulièrement, la connaissance de ce texte auprès du public est limitée soit pour ces problèmes d'application ou d'interprétation qui la rendent peu accessible, soit par le fait d'une certaine méconnaissance du texte lui-même et de son utilisation dans les relations contractuelles et dans les procédures judiciaires. A cet égard, l'initiative de la Commission visant à financer la mise en place par l'Académie de Droit Européen de Trèves d'une base de données accessible par Internet sur l'application de la Convention, est positive mais insuffisante. Cette méconnaissance provient également du fait que la Convention de Rome ne rentre pas dans le champ de compétence de la Cour de justice (articles 68 et 234 du Traité CE). Cette situation entraîne les conséquences négatives suivantes :

- d'une part, le risque de voir le texte de la Convention interprété de manière différente, voire contradictoire, par les juges nationaux;
- d'autre part, l'absence de jurisprudence pour les professions juridiques (juges, avocats) et les acteurs économiques (consommateurs, entreprises, société civile en général).

Il est possible de penser que si le contenu de la Convention avait été sans difficulté, la liberté du choix par les parties de la loi applicable contenue dans le texte aurait pu en pratique être utilisée de manière beaucoup plus étendue. A cet égard, nous pensons qu'il y aurait un réel avantage à ce que la Convention devienne un instrument communautaire.

**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 ?**

Il serait effectivement opportun de transformer la Convention en instrument communautaire.

L'orientation, de caractère général, prise par la Commission en vue de la « modernisation » du droit international privé est justifiée par les articles 61 § 1 lettre c et 65 du Traité CE. Elle poursuit l'objectif visé par l'article 65, c'est-à-dire celui du « *bon fonctionnement du marché intérieur* » et s'inscrit dans la lettre b du même article qui se réfère à la nécessité de « *favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétences* ».

Le règlement, comme dans tous les autres cas de transformation de conventions communautaires, serait par conséquent l'instrument adéquat en vue d'assurer l'homogénéité et la conformité aux précédentes initiatives en raison de son efficacité reconnue du fait de ses caractéristiques (article 249 du Traité CE ; on éviterait les conséquences liées à un possible défaut de transposition si, au contraire, une directive, privée d'effet direct horizontal, était adoptée).

**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 ?**

La plupart des sources de droit communautaire applicable provient d'actes de droit communautaire *stricto sensu* (principalement des directives ou des règlements) qui sont donc différents de l'instrument « convention » utilisé pour les obligations contractuelles. La multiplication et la dispersion des règles ont été déterminées par la nécessité de combler les lacunes d'un instrument qui avait des finalités d'ordre général et qui, de ce fait, ne voulait (pouvait) couvrir les différents secteurs des contrats.

Une codification de l'acquis communautaire serait souhaitable du fait des nombreux avantages qui en résulteraient : certitude du droit applicable, transparence des règles et donc meilleure protection des parties faibles. Dans le cas où une codification serait trop difficile ou trop complexe à réaliser (pour des raisons techniques, de temps ou d'absence de volonté commune), la Commission devrait alors opter pour une liste annexée au futur règlement dans laquelle figureraient les actes de droit communautaire utiles.

**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**

Conseil des Barreaux de l'Union européenne – Council of the Bars and Law Societies of the European Union

*association internationale sans but lucratif*

Rue de Trèves 45 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.org – www.ccbe.org

SEPTEMBRE 2003

**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 ?**

Une clause de nature générale garantissant l'application d'un standard minimum communautaire serait souhaitable. Ce standard pourrait être qualifié comme faisant partie des dispositions impératives du droit communautaire ne pouvant faire l'objet de dérogation.

La question n°4 se réfère à la possibilité que ce standard soit appliqué quand « *tous les éléments du contrat, voire certains éléments significatifs* » sont localisés dans la Communauté. La référence à « *certain* » éléments significatifs serait susceptible de créer des incertitudes et des difficultés d'interprétation, mais la proposition tendant à ce que « *tous* » les éléments soient présents, pourrait constituer une restriction excessive.

Il semble dès lors préférable de prévoir que la localisation du contrat dans la Communauté se réalisera quand tous les éléments « *ou les éléments qui caractérisent* » le contrat sont localisés dans un des Etats membres. Le choix de la loi applicable ne serait ainsi pas compromis du fait d'une telle clause ; les difficultés d'interprétation, qui en tous cas pourraient être résolues par la Cour de Justice, ne devraient pas constituer un obstacle à cette solution (voir à titre d'exemple significatif quant à l'application de normes interprétatives, les conclusions de l'Avocat général Léger dans l'affaire *Ingmar*, C-381/98, par. 86 et suiv. ; arrêt du 9 novembre 2000, par. 21 et suiv., *Recueil*, p. I-9305).

**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 ?**

Les conventions internationales conclues par les Etats membres appartiennent à l'acquis des Etats membres eux-mêmes qui sont compétents quant à leur application.

On pourrait donc suggérer à la Commission de suivre la pratique déjà adoptée, par exemple, dans le règlement n° 44/2001 (Bruxelles I), articles 69-72 ou dans les règlements n° 1347/2000, articles 60-61, n° 1348/2000, article 20 ; n° 1206/2001, article 21.

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

Il ne nous apparaît pas nécessaire d'inclure des règles de conflit relatives aux clauses d'arbitrage et d'élection de for dans le futur instrument communautaire dans la mesure où l'on se situe dans un domaine purement conventionnel et qu'il importe de préserver au maximum la liberté contractuelle des parties. Plusieurs conventions ayant trait à l'arbitrage existent et il importe que dans le futur instrument soient maintenues des dispositions équivalentes aux articles 20 et 21 de la Convention. Il appartiendra à l'arbitre ou à la juridiction qui aura été désigné par les parties au contrat d'appliquer les règles de conflit de lois du futur instrument.

**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 ?**

Nous ne pensons pas qu'une modification des règles existantes s'impose.

La question clé est de savoir si l'application de la Convention offre une protection adéquate au preneur d'assurance individuel (qui comme nous le supposons, serait un consommateur au sens de l'article 5).

Lorsque la Convention s'applique, les parties sont libres de choisir le droit applicable (il se peut que ce ne soit pas toujours le cas lorsque le risque se situe au sein de l'UE et la Convention ne s'appliquera donc pas). Etant donné que la plupart des contrats d'assurance disposent désormais de clauses standard, la liberté contractuelle bénéficiera en pratique à l'assureur qui fera le choix de la loi applicable. Dans les cas où le droit choisi n'est pas favorable au preneur d'assurance, ce dernier

devra se tourner vers l'article 5 et notamment pouvoir revendiquer la protection des « *dispositions impératives* ».

Le Livre vert renvoie aux dispositions de la directive sur l'assurance vie qui prévoient que le droit applicable est celui du lieu de résidence du preneur d'assurance (il existe une disposition semblable dans la directive sur l'assurance non-vie bien que dans certaines circonstances, les parties puissent avoir le choix d'agir différemment). La question est dès lors de savoir si le fait de s'en remettre aux dispositions impératives de l'article 5 laisse le consommateur dans une situation plus défavorable que celle dans laquelle son droit national serait appliqué d'office et de prime abord. Dans ce cadre, le preneur d'assurance se trouve dans la même position que n'importe quel consommateur partie à un contrat transfrontalier. Ceci sera fréquemment le cas lorsque que les parties choisissent un autre droit que celui du lieu de résidence du preneur d'assurance, à supposer que cela soit possible comme par exemple dans la directive sur l'assurance non-vie.

La question est donc finalement celle de l'application des dispositions impératives adéquates aux contrats d'assurance (et aux contrats de consommation dans leur ensemble), et cette question est indissociable de celle de l'application des dispositions générales relatives à la protection des consommateurs contenues par ailleurs dans le Livre vert. Ce problème, qui constitue purement une question de conflit de droits, n'est pas suffisamment substantiel pour justifier une modification.

En ce qui concerne le problème de clarté, de nombreux droits (y compris le droit communautaire) ne sont pas de par leur nature particulièrement clairs pour les consommateurs, et la complexité en soi n'est pas une raison suffisante (en l'absence d'une confusion générale et d'une mauvaise application du droit) pour incorporer dans un futur instrument communautaire des règles spéciales pour les contrats d'assurance. Une annexe, comme cela est suggéré au point 3.2.2.3.(iii), pourrait éventuellement s'avérer utile.

Troisièmement, nous estimons que le point 3.2.2.1.(c) ne représente pas une difficulté, pour les raisons mentionnées dans le Livre vert.

**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 ?**

Le choix des parties pour l'applicabilité d'une convention internationale ou des principes généraux du droit devrait être possible dès lors qu'ils sont applicables dans le droit de l'Etat membre concerné. Si la convention ou les principes sont codifiés dans le droit interne ou y sont assimilés d'une manière ou d'une autre (ou, bien entendu, s'ils sont partie intégrante du droit même), le choix des parties devrait être permis.

**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 ?**

En principe, une fois que la Convention est adoptée en tant qu'instrument communautaire, la compétence de la Cour de Justice des Communautés Européennes permettra de renforcer la sécurité juridique. La difficulté est que cette sécurité indispensable dépendra du nombre d'affaires renvoyées à la Cour.

Il serait souhaitable de pouvoir parvenir à une certaine clarté et cohérence au niveau des tribunaux nationaux eux-mêmes par le biais de la mise en place de lignes directrices pour certains types d'affaires dans lesquels il serait raisonnable de déduire l'existence d'un choix tacite de la loi applicable.

Le CCBE suggère qu'il puisse être conclu à un choix tacite dans les cas pour lesquels il y a un choix exprès du tribunal compétent ou un choix exprès du droit applicable au contrat ou encore un choix exprès dans les contrats antérieurs de même nature passés entre les mêmes cocontractants (lorsque de toute évidence, il n'y a pas un changement de ligne de conduite) ou enfin l'utilisation d'un contrat

dont la forme implique le fait qu'il soit gouverné par un droit en particulier. Pour ces types d'affaires dans lesquels il n'y a aucun doute quant au choix tacite, il ne devrait pas être nécessaire d'attendre une confirmation de la Cour de justice (ce qui éviterait tous incidents inutiles et dilatoires).

**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 ?**

Il s'agit d'une des difficultés principales de la rédaction actuelle. Il existe de nombreuses preuves de ce que les présomptions de l'article 4 § 5 ont été écartées par suite d'une mauvaise interprétation et application de ce texte. De ce fait, une certaine incertitude plane s'agissant du poids à leur attribuer.

Le fait que l'article 4 § 5 doit s'appliquer à titre exceptionnel, devrait pouvoir ressortir clairement. Nous estimons que la proposition avancée par le Groupement Européen de Droit International Privé et ci-dessous rappelé, devrait être suivie (en substance le même principe que celui adopté dans Rome II):

*« Le droit désigné par les paragraphes 1 et 2 ne devrait pas s'appliquer, et ce à titre exceptionnel, s'il apparaît clairement au vu de la situation dans son ensemble que le contrat n'a pas de rapport significatif avec ce droit et est lié beaucoup plus étroitement avec le droit d'un autre pays. »*

**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 ?**

Une solution homogène et cohérente avec le règlement Bruxelles I (article 22, §1, alinéa 2<sup>1</sup>) serait souhaitable. La proposition du Groupement Européen de Droit International Privé (sur le *ratio* de dispositions qui protègent le consommateur et son droit aux vacances voir les conclusions de l'Avocat général Tizzano dans l'affaire *Leitner*, C-168/00, spéc. par. 43 ; arrêt du 12.3.2002, *Recueil*, p. I-2631), va dans ce sens.

La préoccupation exprimée à la note 54 du Livre vert sur la cohérence de la terminologie juridique utilisée dans Bruxelles I et le futur instrument Rome I, et donc à la protection de la « personne physique » plutôt que du « consommateur », doit être généralisée à tous les cas où une comparaison avec les textes déjà adoptés pourrait révéler des incertitudes ou des différences d'interprétation.

**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 ?**

Bien que nous ne disposions pas de données empiriques quant aux effets des dispositions juridiques actuelles en ce qui concerne le droit applicable dans le domaine de la protection des consommateurs, nous sommes persuadés que l'article 5 de la Convention de Rome (qui a été rédigée à une époque où les techniques de vente à distance étaient peu développées et où le droit en matière de protection des consommateurs était rudimentaire) n'est plus approprié, surtout lorsqu'il s'agit de contrats qui ont été conclus par le biais du commerce électronique : par exemple, le champ d'application de la règle de protection se limite strictement à certaines situations précises qui ne sont pas applicables aux contrats conclus par E-mail ou par Internet. Il doit donc en être conclu que l'objectif de l'article 5 de la Convention de Rome, qui était de préserver un certain équilibre entre les parties, n'est plus atteint.

---

<sup>1</sup> Article 22 : *Sont seuls compétents, sans considération de domicile: 1) en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État membre où l'immeuble est situé.*

*Toutefois, en matière de baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une période maximale de six mois consécutifs, sont également compétents les tribunaux de l'État membre dans lequel le défendeur est domicilié, à condition que le locataire soit une personne physique et que le propriétaire et le locataire soient domiciliés dans le même État membre;*

(...)

Au surplus, depuis la création de la Convention de Rome en 1980, il y a eu un certain nombre de règlements qui ont eu un impact sur le droit applicable au contrat, tels que l'article 12 § 2 de la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, l'article 9 de la directive 94/47/CE concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, l'article 6 § 2 de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Ces dispositions sont différentes les unes par rapport aux autres et diffèrent également de l'article 5 de la Convention. En outre, le concept sous-jacent de ces nouvelles dispositions est complètement différent de l'article 5 de la Convention de Rome.

Si l'on tient compte des récents développements en matière de protection des consommateurs en Europe et en matière technologique depuis la création de la Convention de Rome, une harmonisation des différentes règles existantes en matière de conflit de lois est effectivement indispensable.

**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 ?**

Nous ne pouvons pas fournir d'information sur l'impact de l'article 5 de la Convention de Rome sur les sociétés, entreprises et consommateurs.

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

Nous souhaiterions tout d'abord souligner que l'analyse des problèmes et incohérences de l'article 5 ainsi que la présentation et l'évaluation des propositions par la Commission dans le Livre vert sont excellentes, complètes et équilibrées.

Nous sommes par ailleurs en faveur de l'option (iv) :

- Généralisation des articles 3 et 4 de la Convention de Rome (libre choix du droit applicable; en l'absence de choix, droit du pays d'établissement du professionnel); ceci comprendrait bien évidemment l'application des dispositions impératives de la loi du pays de résidence du consommateur.
- Afin d'éviter que de par cette règle le consommateur soit privé des standards minimums européens de protection des consommateurs, les dispositions impératives du droit du pays où le consommateur a sa résidence habituelle s'appliqueraient dans les domaines pour lesquels il n'y a pas d'harmonisation au niveau européen (y compris le cas où un Etat membre de l'UE n'aurait pas encore transposé la directive de l'UE dans son droit national ou lorsque le droit d'un Etat non-membre de l'UE n'ayant pas le même niveau de protection des consommateurs viendrait à s'appliquer).
- Par ailleurs, les dispositions impératives du droit du pays où le consommateur a sa résidence habituelle devraient s'appliquer uniquement lorsque le fournisseur est intervenu délibérément dans le pays du consommateur («*purported use*»).

Les avantages d'une telle solution seraient les suivants :

- En général, cette solution n'impose pas l'identification des dispositions impératives présentes dans le droit du lieu de résidence habituelle du consommateur.
- Cela réduit le recours au « dépeçage » puisque dans la mesure où le droit applicable en vertu de la règle générale correspond aux standards minimums européens de protection des consommateurs, seul ce droit s'applique.
- Les consommateurs sont suffisamment protégés étant donné que dans les pays de l'Union européenne, dans de nombreux domaines, on est déjà parvenu à un degré élevé de législation harmonisée en matière de protection des consommateurs ; si ce standard n'est pas atteint par le droit applicable en vertu de la règle générale, le consommateur est protégé par les dispositions impératives du droit national de la consommation.
- Le traitement des affaires sur le marché international serait plus aisé pour les entreprises étant donné qu'en général, le droit du pays du fournisseur s'applique.

Conseil des Barreaux de l'Union européenne – Council of the Bars and Law Societies of the European Union

*association internationale sans but lucratif*

Rue de Trèves 45 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.org – www.ccbe.org

SEPTEMBRE 2003

- Cette solution s'appliquerait sans discrimination à tous les contrats quel que soit le lieu de conclusion du contrat et quelle que soit la technique utilisée (TV payante, Internet, téléphone, etc.).
- Cette solution exercerait également une influence positive sur l'évolution de l'harmonisation des règles de protection des consommateurs au niveau européen; étant donné que différents droits en matière de protection des consommateurs dans les Etats membres de l'UE doivent être considérés comme des obstacles au commerce, cette solution encouragerait en définitive la libre circulation des biens et des services.

En ce qui concerne les « *consommateurs mobiles* » (définis par la Commission comme étant les consommateurs se rendant dans un autre pays pour y effectuer un achat ou avoir recours à un service), nous pensons qu'ils n'ont en fait pas besoin de mesures de protection particulières: les consommateurs mobiles doivent savoir que les droits nationaux vont s'appliquer. Pour les contrats avec les consommateurs mobiles, la règle générale (combinaison des articles 3 et 4 de la Convention) devrait alors s'appliquer.

**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 ?**

Nous n'avons pas de données quant à l'impact des différentes solutions proposées sur les entreprises en général, petites et moyennes, ou sur les consommateurs. Comme mentionné supra, nous sommes cependant convaincus que la solution (iv) permettra d'encourager la libre circulation des biens et des services au sein de l'UE.

**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 ?**

1/ Il faut rappeler que les termes « loi de police », « loi impérative », « dispositions impératives », « dispositions d'application immédiate » sont parfois considérés par la doctrine comme des concepts similaires voire identiques.

Les « dispositions impératives » au sens de l'article 3 de la Convention sont celles auxquelles la loi d'un pays ne permet pas de déroger par contrat.

Dans la Convention de Rome, l'expression « disposition impérative » couvre une réalité multiple.

Si le but poursuivi par l'élaboration d'un règlement est d'assurer la sécurité juridique et la simplification des dispositions réglementaires dans le respect de la liberté contractuelle, l'adoption d'une définition unique apparaît souhaitable.

La disposition impérative a pour objectif la protection d'un intérêt particulier jugé essentiel alors que la disposition d'ordre public a pour objectif la protection d'un intérêt essentiel de l'Etat.

La loi de police pourrait effectivement être définie comme le propose à juste titre la Commission à partir de la jurisprudence Arblade 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.* »

2/ Comme il est souhaitable que la Convention de Rome soit remplacée par un Règlement comme ce fut le cas d'ailleurs pour la Convention de Bruxelles I, les conflits éventuels soit à propos de la qualification d'une norme (est-elle ou non impérative / d'ordre public ?), soit à propos de son application (est-elle ou non conforme à une disposition impérative de droit européen / d'ordre public ?) pourraient être tranchés par la Cour de Justice dans le cadre de l'article 234 du Traité CE. Une certaine sécurité juridique serait ainsi assurée.

3/ Certains font la distinction entre les dispositions légales d'application immédiate que le juge peut appliquer avant même d'aborder le problème du règlement de conflit de lois et les lois de police, ou impératives, qui seront prises en considération par le juge qui statuera sur le conflit de lois. (Cette

Conseil des Barreaux de l'Union européenne – Council of the Bars and Law Societies of the European Union

*association internationale sans but lucratif*

Rue de Trèves 45 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.org – www.ccbe.org

SEPTEMBRE 2003

distinction est effectuée dans le Livre vert de la Commission qui suggère que l'article 5 désigne expressément une loi objectivement applicable et l'article 7 les lois de police).

Il semble essentiel que l'article 7 ait une vocation générale à s'appliquer dans tous les cas, y compris pour ceux qui sont visés par les lois de police spéciales dont les conditions d'application font défaut ; cette solution rejoint celle qui est proposée par la Commission.

Par exemple, un consommateur souhaiterait bénéficier de la protection offerte par l'article 5 mais une des conditions à l'application de l'article 5 fait défaut ; le consommateur devrait pouvoir bénéficier de l'article 7 qui est « le droit commun ».

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

Cette matière est caractérisée par un manque important de cohérence entre les différents textes communautaires.

Des précisions indispensables devraient être apportées à l'article 6 en ce qui concerne la définition de la notion de détachement temporaire tout en veillant à leur cohérence par rapport aux différents textes existants.

En effet, le détachement du travailleur est simplement effleuré par la Convention de Rome alors qu'il est détaillé dans la directive 1996/71/CE du 16 décembre 1996 et défini dans le règlement 1408/71/CE en matière de sécurité sociale.

La Convention de Rome laisse l'appréciation du caractère temporaire au juge national.

La définition du détachement temporaire est actuellement différente selon la matière : droit de la sécurité sociale et droit du travail. Le règlement 1408/71/CE1 entend par temporaire un détachement de 12 mois, prorogeable de 12 mois ou un détachement en vue de l'accomplissement d'une mission particulière, d'un travail nettement défini. La directive quant à elle ne donne aucune indication de durée mais considère qu'il n'y a plus de détachement dès lors qu'un nouveau contrat de travail est conclu avec l'entreprise d'accueil.

De ce fait, nous suggérons à la Commission de retenir une définition large de la notion de détachement temporaire prenant en compte les différentes définitions présentes dans les textes communautaires existants. L'intention des parties serait ainsi retenue comme principal critère de l'appréciation du caractère temporaire du détachement temporaire et à défaut, ou si l'intention des parties est incompatible avec les dispositions impératives du pays dans lequel s'exerce le travail, plusieurs exemples tirés des textes existants pourraient être énumérés comme autant de critères d'appréciation: le détachement tel qu'il est entendu dans le règlement 1408/71/CE (12 mois renouvelable) et dans la directive 96/71/CE et le détachement qui pourrait être considéré comme tel du fait des circonstances particulières de l'espèce (détachement en vue de l'accomplissement d'une mission ou d'un travail identifiable). Il conviendrait également d'inclure la possibilité de conclure un nouveau contrat de travail avec un employeur du même groupe sans pour autant remettre en cause le caractère temporaire du détachement. (Proposition de solution iii § 3.2.9.3.)

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

Il nous semble que l'article 6 ne devrait pas être modifié dans le cadre de l'adoption d'un instrument « Rome I ».

Le système de règle de conflit de lois doit pouvoir être adaptable aux situations imprévues eu égard à l'évolution des techniques et à la situation particulière de l'exécution du contrat.

Nous pensons qu'il est impossible d'envisager toutes les situations particulières (télétravail, gens de mer...) dans un règlement qui doit avant tout être un outil maniable et efficace.

Si à l'avenir des directives sont adoptées sur des sujets particuliers, le texte des ces directives devrait, selon nous, se conformer aux règlements existants ou mentionner explicitement qu'il déroge à ces règlements.

**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 ?**

1/ L'adoption d'un Règlement intégrant la Convention de Rome semble incompatible avec l'émission de réserves de certains Etats membres : ou les Etats adhèrent au Règlement ou ils n'y adhèrent pas.

Dans ce contexte, la question de la « survie » de l'article 7§1 se pose avec d'autant plus d'acuité.

2/ Application des lois de police étrangère (art.7§1)

Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine sur ce sujet que l'article 7§1 est une règle complexe rarement d'application. Elle suppose que le juge saisi doive se prononcer sur le caractère de « loi de police étrangère » d'où la tentation probable de vouloir « contourner l'obstacle » par l'application de la loi de police nationale ou de la loi désignée par les parties.

La rédaction du texte actuel qui permet au juge de tenir compte de la loi de police étrangère n'a aucune utilité si ce n'est celle d'effectuer une référence polie à la règle de police étrangère.

3/ La loi de police étrangère devrait avoir le même statut qu'une loi de police nationale.

Si une définition unique de la notion de disposition impérative/loi de police était adoptée, la loi de police étrangère, n'étant qu'une application du principe en vigueur dans un autre Etat que celui où le conflit de lois se pose, il pourrait être utile de définir des critères d'application prioritaire. Dans ce cas, les dispositions d'ordre public européen doivent prévaloir. En l'absence de telles dispositions et s'il existe un conflit entre les dispositions impératives de deux ou plusieurs Etats, le juge devra examiner, par exemple s'il s'agit d'une loi de protection, quelle est la protection la plus étendue parmi ces lois (loi de police étrangère ou nationale) et appliquer en priorité la loi qui assure la protection la plus étendue.

Dans ces hypothèses, la disposition impérative primera la volonté des parties.

Cette question doit être posée dans le cadre de la question de la hiérarchie des normes et de la primauté du droit européen.

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

Loi applicable à la forme du contrat (article 9)

Nous soutenons la position selon laquelle il conviendrait de moderniser la règle de conflit en matière de forme des contrats notamment s'agissant des contrats à distance et des contrats conclus par E-mail.

Nous marquons notre accord sur la proposition de la Commission qui prévoit l'application subsidiaire de la loi de la résidence habituelle de l'auteur de la déclaration de volonté lorsqu'il n'est pas possible de déterminer le lieu de l'intention contractuelle. S'il est suffisant de prévoir que la déclaration de volonté sera valide si elle est conforme aux règles de l'une des trois lois en cause, il est en revanche fort peu probable que les contrats seront nuls simplement du fait du non respect d'obligations de forme: la proposition de la Commission favorise dès lors la validité en la forme des contrats et donc la sécurité juridique. Il n'est pas raisonnable de permettre à l'auteur d'une intention contractuelle de soutenir la nullité du contrat du fait du non respect des règles de forme contenues dans la loi du lieu de conclusion du contrat alors qu'en vertu de la loi même de la résidence habituelle de l'auteur, aucune obligation en matière de forme du contrat n'existe. En conclusion, nous proposons qu'il soit ajouté aux dispositions actuelles l'application de la loi de la résidence habituelle de l'auteur de la déclaration de volonté, et pas seulement dans les cas où il n'est pas possible de déterminer le lieu de l'intention contractuelle.

Toutefois, nous souhaiterions mentionner qu'il faudrait être attentif à la forme des conventions d'arbitrage ; les discussions en cours au sujet des conventions d'arbitrage ne devraient pas être affectées par la révision de la Convention de Rome.

**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 ?**

Il conviendrait selon nous de spécifier cette règle et à ce titre, chacune des options proposées dans le Livre vert a ses mérites. Le problème se pose en réalité dans les systèmes juridiques qui n'assurent pas une efficacité totale au mécanisme de la cession de créance.

Le problème pourrait être envisagé comme suit : le cessionnaire d'une créance prend des risques quant à l'efficacité de la cession de créance à l'encontre du débiteur cédé en application de la règle établie à l'article 12 § 2. En d'autres termes, il est théoriquement possible qu'en vertu de la loi applicable à la dette originaire, il ne puisse faire valoir la dette (sur la base du fait que par exemple, en vertu de cette loi, la dette ne peut pas être cédée). Le cessionnaire peut en quelque sorte gérer ce risque en refusant par exemple la cession de créance soumise à la loi qui l'interdit ou encore en demandant une prime de risque.

D'un autre côté, le tiers qui sollicite paiement de sa créance est en danger lorsque le droit de la dette originaire permet la cession et de ce fait, permet d'opposer à l'encontre de la créance du tiers, la cession de créance. Le tiers pourra éviter cette situation que lorsqu'il y aura certitude que le droit applicable n'exclut pas sa créance. Dans ce contexte, la seule sécurité dont il pourrait disposer, serait que (i) le droit applicable soit celui du pays de résidence/établissement du cédant et (ii) que le droit de ce pays reconnaisse sa créance. De cette manière, l'option proposée par la Commission au point 3.2.13.3. (iii) favorise la minimisation du risque pour les tiers.

Dans le cadre des systèmes de droit accordant la priorité aux créances des tiers, une telle règle aurait pour effet d'augmenter le risque du cessionnaire de la dette. Il en résulte que si cette règle s'appliquait, le processus d'affacturation de dettes serait plus compliqué et plus onéreux et les opérateurs commerciaux soumis à la règle ne seraient pas en mesure de choisir le droit applicable dans un sens permettant d'éviter l'application de la règle donnant priorité aux créances de tiers (en d'autres termes, la possibilité de « forum shopping » qui est implicite aux options (i) et (ii) du Livre vert, leur serait refusée).

Dès lors, deux solutions qui s'opposent l'une à l'autre, subsistent :

- ou les tiers créanciers font leur affaire du risque de ne pas pouvoir réclamer les créances cédées à l'encontre du débiteur en tenant compte du droit applicable qui est celui du lieu d'établissement du débiteur ;
- ou ces mêmes tiers se voient reconnaître la possibilité de pouvoir faciliter le processus d'affacturation en choisissant le droit qui reconnaît l'efficacité de la cession de la dette.

Nous estimons que la deuxième solution est cohérente au regard de la philosophie et de l'approche de la Convention, c'est-à-dire liberté de choix des parties sous réserve de l'application des dispositions impératives ; sur ce fondement, la troisième option devrait être écartée.

Puisque les motifs sous-jacents de l'option (iii) n'apparaissent pas clairement, seules demeurent les options (i) et (ii). Comme mentionné supra, le cessionnaire de la dette prend un risque quant à l'efficacité de la cession à l'encontre du débiteur cédé. Il ne semble pas déraisonnable dès lors de laisser subsister ce risque également pour les tiers et ce dans la mesure où ils peuvent le gérer en prenant en considération ou en anticipant le droit applicable à la créance originaire.

Il en résulte que l'option (ii) est l'option pour laquelle nous optons. Comme cela est mentionné dans le Livre vert, elle a en outre l'avantage de prévenir l'éventualité d'un conflit interne de lois au sein du contrat lui-même.

**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 ?**

La Convention est suffisamment claire et nous pensons pas nécessaire d'y apporter des changements. Le CCBE estime qu'il serait nécessaire de disposer de règles de conflit pour des paiements subrogatoires effectués sans obligation et que cela devrait être la loi de la dette originaire.

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

Il conviendrait de spécifier la loi applicable à la compensation légale et il devrait s'agir de la loi relative aux créances originaires (option suggérée au paragraphe 3.2.15.3. (ii) du Livre vert).