

## La Communautarisation du droit international privé et processuel

Par

Thomas Pfeiffer

### I. Introduction

1. Celui qui s'intéresse à la communautarisation du droit des conflits de lois a : affaire à quatre thématiques:
2. Premièrement, se pose la question de la compétence sur la création de droit. Dans quelle mesure la Communauté est-elle habilitée en raison du traité CE à édicter des normes juridiques, que ce soit des règlements ou des directives, en matière de droit des conflits de lois.
3. La deuxième thématique concerne également le droit communautaire primaire que l'on trouve dans le traité CE. Se pose en effet la question de savoir jusqu'à quel point les règles directement applicables de celui-ci acquièrent une signification pour le droit des conflits de lois. On peut tout d'abord poser cette question pour l'interdiction de la discrimination en raison de la nationalité; mais elle est également importante pour les quatre libertés fondamentales du traité CE, soit la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux.
4. Un troisième aspect de mon sujet repose sur la question de savoir quels instruments juridiques concernant les règles de conflit y a-t-il dans la CE – ou autrement dit: A quel stade en est aujourd'hui en pratique la communautarisation du droit des règles de conflit par des actes juridiques du droit communautaire dérivé.
5. Quatrièmement, il s'agit d'un problème relatif au contenu conceptuel, c'est-à-dire à la question de savoir si le droit des conflits de lois à l'intérieur de l'Europe doit suivre les mêmes principes que le droit international privé en général. Cette interrogation repose sur le fait que les Etats membres de la Communauté européenne sont liés entre eux par le cadre institutionnel de l'Europe, et en raison de ces relations de coopération étroites, ils doivent s'adresser à d'autres critères si possible de plus grande envergure pour l'application du droit des autres Etats membres qui sont normalement soumis à d'autres critères dans la vie juridique.

### II. Rétrospective: un début difficile

6. Avant d'étudier ces quatre thématiques, il est toutefois nécessaire d'effectuer une rétrospective sur les débuts plutôt difficiles du développement d'un droit des conflits commun dans la Communauté.
7. En 1957, lorsque furent signés les traités de Rome et lorsque la Communauté économique européenne (CEE) fut ainsi créée, on n'a dans l'ensemble accordé qu'une faible attention au droit privé ainsi qu'au droit international privé. Cela n'est pas expressément évoqué dans le traité CEE d'alors. Les questions du droit international privé ne sont abordées qu'indirectement dans l'ancien article 220 du traité CEE. De plus, cette disposition ne contient aucune règle propre en matière de DIP. Au contraire, elle ne fait qu'accorder aux Etats membres une mission de négociation: „en tant que de besoin„, les Etats membres devront engager des négociations en vue d'accorder en faveur de leurs ressortissants entre autres la reconnaissance réciproque de sociétés et la simplification des formalités de la reconnaissance et de l'exécution réciproques des décisions judiciaires.

8. Mais ce même constat se reflète aussi d'autre part dans la jurisprudence de la CJCE, et ce avant tout dans la décision *Walt-Wilhelm* de 1969. Il s'agissait d'un cas portant au fond sur le droit des cartels. Un dirigeant d'une entreprise allemande avait défendu l'idée selon laquelle les critères stricts du droit allemand des cartels devaient être classés comme discrimination indirecte en raison de la nationalité. La Cour de justice ne s'est toutefois pas ralliée à cette opinion. Or d'après l'état du droit communautaire de l'époque, les différences entre les ordres juridiques des Etats membres seraient posées comme condition. Aussi longtemps que la détermination du droit applicable se réalise d'après des critères objectifs, impartiaux, il ne peut y avoir de discrimination fondée sur la nationalité. C'est la raison pour laquelle on peut affirmer que le droit de la CE a tout d'abord été distant à l'égard du DIP et ne l'a pas considéré comme étant significatif pour les objectifs de la Communauté européenne.

9. A peu près à la même époque, à savoir en 1968, arrivèrent toutefois deux conventions qui furent conclues entre les Etats membres sur le fondement de l'ancien article 220 du traité CEE. L'une – qui devait régler la reconnaissance réciproque des sociétés – n'est toujours pas entrée en vigueur et n'entrera pas, selon toute probabilité, en vigueur. L'autre est la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de 1968. Elle constitue un point de départ essentiel pour la communautarisation entre temps sensible du droit des conflits de lois. Ce sera l'objet de notre étude.

### III. Sur la question de la compétence

10. Consacrons nous tout d'abord à la question de la compétence. En effet, l'article 220 du Traité CE resta longtemps comme la seule règle exprès des compétences de la Communauté en matière de DIP. Puis en 1986 furent créées les compétences du Marché intérieur des articles 94 et 95 du traité CE. La question de leur signification pour le DIP constitue toutefois une interrogation à laquelle il n'a pas été jusqu'ici répondu au fond.

11. C'est pourquoi un autre aspect est bien plus important: en effet, les compétences de la Communauté européenne ont fait l'objet d'une extension considérable en tout cas à usage pratique dans le domaine du DIP et du droit processuel international par le traité d'Amsterdam. Par ce moyen, le domaine de la coopération judiciaire civile a été introduit dans le traité CE et à l'article 65 a été créé un fondement de compétence pour la législation en DIP et en droit processuel international. L'étendue juridique de cet article est toutefois grandement discutée.

12. Cela est tout d'abord lié à l'énoncé équivoque. D'après l'article 65 du traité CE, les mesures communautaires dans le domaine de la coopération judiciaire visent d'abord „l'amélioration et la simplification“, la signification et la notification transfrontalière, la coopération en matière d'obtention de preuve ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions (article 65-a du traité CE). En revanche, le b) de cet article ne parle que de „favoriser la compatibilité“, des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et d'éviter les conflits de compétence. Des difficultés supplémentaires surgissent du fait que l'article 65 du traité CE n'intervient que pour autant que les mesures concernées sont „nécessaire[s] au bon fonctionnement du marché intérieur.,,

13. Cela surprend dans la mesure où la Communauté d'après l'article 95 alinéa 1 CE contient de toute façon déjà des dispositions sur la compétence de création de droit, qui ont pour objet le fonctionnement du Marché intérieur. On peut par exemple en déduire la question de savoir si l'article 65 CE est une disposition spéciale qui exclut une intervention d'après l'article 95 CE, ou si les deux normes de compétence s'appliquent cumulativement. C'est pourquoi cette

question est particulièrement importante, car ces deux dispositions prévoient un processus de création du droit différent.

14. Enfin, la signification de l'article 65 est encore obscurcie, du fait qu'il se trouve dans le Titre IV du traité CE sous l'intitulé „Visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes,„ car cet intitulé soulève le problème de savoir dans quelle mesure le droit des conflits de lois a pour objet la libre circulation des personnes. Tous ces problèmes ne peuvent être ici qu'abordés et non pas approfondis. C'est pourquoi nous devons avant tout retenir que la Commission est apparemment d'avis que l'art. 65 du traité CE lui donne une compétence horizontale dans le domaine du DIP et du droit processuel. Elle en fait un usage fréquent. Nous y reviendront plus loin.

#### **IV. L'interdiction de la discrimination et les libertés fondamentales**

##### **A - L'interdiction de la discrimination**

15. Nous verrons d'abord sous quelles conditions le droit communautaire primaire au sein duquel est ancrée l'interdiction de discrimination d'après la nationalité (c'est à dire dans l'art. 12 du traité CE), influence les règles et la procédure du droit international privé. La question se pose en effet dans la mesure où dans les Etats membres il existe une multitude de règles qui se rattachent à la nationalité.

16. Il faut évidemment prendre en compte que l'art.12 du traité CE n'interdit pas l'application de toutes les règles rattachées à la nationalité, mais intervient uniquement dans le champ d'application du traité CE ; en outre l'art. 12 ouvre des possibilités justifiant la différenciation selon la nationalité.

17. Dans la jurisprudence de la CJCE, des cas de discrimination se rattachant à la nationalité ont été nommément admis lorsqu'un étranger conduisant l'instance a fait l'objet d'une complication aggravante, telle une demande de sûreté particulière concernant les frais de procédure, ou lorsque la nécessité d'une exécution forcée dans un autre Etat membre est devenue prétexte à une saisie conservatoire.

18. Il faut cependant souligner qu'en ce qui concerne le droit de la procédure internationale, les restrictions de l'interdiction de discrimination ne jouent aucun rôle par rapport à l'application du traité CE. La CJCE a laissé entendre très tôt que la voie de la protection juridique processuelle sous toute ses facettes faisait l'objet de la protection des libertés fondamentales garanties par le traité CE. Sans pouvoir se référer dans tous les cas de la vie courante à la protection juridique processuelle, sans elle, une liberté de circulation des personnes n'est pas envisageable. Par conséquent on peut affirmer que sont interdites les différences se référant à la nationalité dans le cadre de la procédure pour accéder aux tribunaux ; quoi qu'il en soit, un étranger ressortissant d'un Etat membre et vivant régulièrement dans le pays d'accueil ne doit en aucun cas être défavorisé par rapport à un ressortissant du pays d'accueil.

19. La problématique rencontrée dans le droit international privé se présente différemment. On ne s'intéresse pas ici à l'accès à la protection juridique, mais plutôt à la question de savoir si la personne est mieux lotie grâce à un droit se rapportant à sa nationalité ou par l'application d'autres aspects d'un droit objectif différent. Remarquons que le rattachement à la nationalité joue essentiellement un rôle dans le cadre du droit international de la famille et des successions. En revanche en Allemagne, les privilèges qui existaient au bénéfice de ressortissants allemands en matière délictuelle internationale et qui, d'après la doctrine majoritaire, étaient à classer comme discrimination allant à l'encontre du droit communautaire, ont disparu.

20. Pour les domaines restant du droit de la famille et du droit des successions se pose d'abord la question de savoir si les règles de collision tombent dans le

champ d'application de traité CE. Ceci paraît à première vue ne pas être le cas, puisque le droit de la famille et des successions n'est pas un droit à caractère économique. D'un autre côté la jurisprudence de la CJCE montre que des règlements dans ce domaine peuvent aussi tomber dans le champ d'application du traité CE.

21. Dans l'affaire Konstantinidis, la Cour avait à décider d'un cas dans lequel un ressortissant Grec refusait la latinisation alphabétique de son prénom qui devenait ainsi « Christos » au lieu de « Xrestos ». Le jugement lui a donné raison, voyant dans le changement de son prénom une entrave à la libre circulation des personnes. Nous pouvons donc en conclure que des règles s'appliquant dans des cas d'espèces transfrontaliers peuvent entrer dans le champ d'application du traité CE. Aussi longtemps que ces règles sont en accord avec les libertés fondamentales, il faut alors tenir compte du cadre de l'interdiction de discrimination. Une différenciation selon la nationalité est par conséquent interdite. Cela ne signifie pas qu'un rattachement en droit international privé à la nationalité serait inadmissible. Ce rattachement repose sur une équité juridique propre, dont le fond est le respect de l'identité nationale et par là de l'identité culturelle des sujets juridiques interpellés, soulignant ainsi l'importance des arguments relatifs à la sûreté et à la clarté juridique.

22. Un autre domaine dans lequel l'effet de la discrimination du droit international privé fait l'objet de discussions est la responsabilité du fait des produits défectueux. Ici, selon l'argumentation, on peut arriver à une discrimination indirecte d'après la nationalité si le droit international privé donne le choix à la personne lésée entre le droit du lieu de l'action entraînant le dommage et le droit du lieu où le dommage s'est produit. Concernant les producteurs nationaux, le droit applicable reste d'après cette prémisse celui de leur pays, alors qu'un producteur étranger peut être jugé d'après son droit d'origine, peut-être plus sévère. On peut objecter qu'il n'existe pas de marché pour les produits défectueux, et que le droit international des produits défectueux ne peut donc pas faire l'objet d'un marché commun.

23. Cette objection paraît être peu fondée : en effet, en ce qui concerne la responsabilité des produits défectueux, les producteurs sont soumis à de lourdes charges d'assurance. On peut évidemment réduire la portée du débat car en droit des produits défectueux c'est le lieu de la commercialisation qui est retenu comme lieu de l'action dommageable, ainsi il n'existe pas de droit d'option entre le lieu de l'action dommageable et le lieu du dommage. Cette solution est par contre inopérante lorsque ce sont des tiers qui sont victimes (« innocent bystanders »). Leur dommage tient du hasard et on peut donc affirmer que pour le marché ces règles de collision ont peu d'importance.

## **B - Libertés fondamentales**

24. Il en va autrement dans le domaine des libertés fondamentales. Le problème est ici de savoir si les règles de collision sont contraires aux libertés fondamentales prévues par le traité CE.

Comme point de départ nous avons choisi la décision de la CJCE dans l'affaire GB-Inno-BM :

25. Une société de distribution Belge avait distribué au Luxembourg des prospectus sur lesquels apparaissaient, pour tenir lieu de comparaison, les nouveaux et les anciens prix barrés. Cette pratique est qualifiée comme entorse au droit de la concurrence luxembourgeois. La CJCE y a vu une entrave dans la libre circulation des biens et a décidé qu'on ne pouvait opposer au distributeur Belge le droit de la concurrence luxembourgeois.

26. La signification de ces cas d'espèces pour le droit international privé repose sur le fait que le résultat qu'a obtenu la CJCE peut l'être de différentes façons. D'un côté il est envisageable d'écarter l'application du droit de la concurrence

luxembourgeois à partir des règles de collision. D'un autre côté – et ceci est conforme à l'argumentation de la Cour dans ces cas d'espèces - l'entrave à la liberté découle d'une norme qui est en conformité avec le droit luxembourgeois. En l'occurrence, celle-ci reste inappliquée au niveau de la conformité juridique.

27. On assiste à une généralisation dans la doctrine. L'argument prévalant est que des entraves concrètes aux libertés fondamentales ne peuvent jamais être le fait de normes du droit international privé mais seulement à partir de la conformité juridique. Ceci me paraît un peu court eu égard au point de vue du départ. La finalité des règles du droit international est d'assurer et de promouvoir la facilité et la sûreté du commerce juridique. C'est exactement ces intérêts-là, au sein du marché commun, qui sont protégés par les libertés fondamentales. Si dans les formulations des règles de collision trop peu d'égard est pris par rapport à ces intérêts de circulation juridique, on en vient alors à manquer aux libertés fondamentales - tout du moins théoriquement -.

Dans la pratique le fait que les règles du droit international privé respecte de manière suffisante ces libertés fondamentales, exclut en règle générale un manque aux libertés fondamentales par les règles du droit international privé.

28. L'exactitude de cette analyse s'illustre éventuellement par la décision de la CJCE dans l'affaire Alsthom Atlantique.

29. Dans cette affaire la question était de savoir si les art. 1641 et 1643 du Code civil français n'entravaient pas de façon irrégulière la libre circulation des biens de consommation à l'égard des vendeurs français. D'après ces articles, un vendeur voit sa responsabilité engagée s'il exerce une activité commerciale, comme vous le savez d'ailleurs mieux que moi, pour des vices cachés, sans pouvoir limiter la responsabilité si le vendeur n'appartient pas à la branche. Les producteurs français y voyaient une entrave à leur liberté d'exportation. La CJCE ne suit pas cette argumentation. Cette position paraissait peu étonnante, puisqu'en effet il s'agissait dans le cas d'espèce du commerce d'exportation et que les règles nationales d'exportation n'entravent la liberté de circulation des biens que si un pays membre la limite. En cela la Cour manquait d'éléments. Pour le droit international privé par contre, l'aspect suivant de l'argumentation est important. C'est pourquoi la Cour stipule qu'une entrave à la liberté de circulation des marchandises ne peut être retenue parce que les parties auraient pu écarter l'application du droit français dans le choix de la loi applicable. Cette décision est de grande importance en ce qui concerne la sécurisation de la liberté de choix du droit applicable au sein du domaine juridique communautaire. On peut en effet conclure que la liberté du choix applicable peut être entendue comme une fonction de réserve contre les entraves éventuelles aux libertés fondamentales par l'application du droit substantiel. On est ainsi obligé de constater que l'existence de principe de liberté de choix dans le droit contractuel est garantie par le droit communautaire.

30. Un autre aspect intéressant se trouve dans le droit des sociétés. Afin de pouvoir bien envisager cette problématique, il faut savoir qu'il existe deux points de vue en droit international privé des sociétés. D'après la théorie du siège, le droit applicable au siège social est celui de l'endroit réel où se trouve le siège social. En revanche, la théorie de la constitution part du principe qu'une fois une société valablement créée, elle conserve sa personne juridique et reste soumise au droit du pays de création, même si cette société s'installe dans un autre Etat. Dans une telle hypothèse et à la différence de la théorie du siège, la théorie de la constitution exige de prendre en compte le droit de l'Etat dans lequel a été créée la société, en recherchant si ce droit permet un transfert transfrontalier du siège social, et si les conditions juridiques pour la création de nouvelles entreprises doivent être remplies. Pratiquement, cela veut dire qu'un transfert transfrontalier du siège ne peut être effectif que par la liquidation de la société dans l'Etat dans lequel elle a été créée.

31. Dans l'affaire Daily-Mail, la CJCE avait admis que l'exigence de liquidation dans le cas d'un transfert transfrontalier ne contrevenait pas au droit communautaire, ce qui voudrait dire que la théorie du siège est en accord avec le droit communautaire et qu'elle n'est pas une entrave à la liberté d'établissement. Des doutes quant à l'autorité de cette jurisprudence ont été admis il n'y a pas si longtemps dans l'arrêt Centros de la CJCE. Là, il fut admis qu'une demande d'enregistrement dans le registre du commerce danois d'un établissement secondaire, par une société anglaise dont le siège et l'administration ne se trouvaient pas en Angleterre, mais de fait au Danemark, était légitime.

32. Centros concernait la liberté d'établissement secondaires, et par là la liberté de création de succursales. Pour celles-ci, la Cour a admis qu'une société valablement constituée dans un Etat membre, sans égard à son véritable siège, ne pouvait être empêchée de créer d'autres succursales dans d'autres Etats membres. Il est discuté si cela se laisse appliquer à la liberté d'établissement primaire, c'est-à-dire au transfert de siège transfrontalier. Une procédure de renvoi concernant cette question de droit est pendante devant la CJCE. Le suspens reste entier quant à l'issue.

#### **V. Uniformisation du droit des conflits de lois par certains instruments par la Communauté européenne**

33. Si l'on regarde les activités juridiques de la CE, c'est d'abord la création de droit dans la forme de convention qui jouait un rôle prédominant.

34. Tout d'abord la convention de Bruxelles. Celle-ci est entrée en vigueur en 1973, et peut-être vue sous différents aspects comme un très grand succès. Ainsi la convention dépasse sur plusieurs points l'article 220 du traité dont nous avons déjà parlé. Alors que celui-ci ne parle que de la simplification des formalités dans la reconnaissance réciproque des décisions judiciaires la convention elle comprend aussi bien des règles concernant la reconnaissance réciproque que l'exécution de jugements, et en plus des règles directement applicables sur la compétence internationale des tribunaux et sur le respect de la litispendance d'une procédure, qui a pour objet le même litige dans d'autres Etats membres. En outre, la CJCE a rapidement réagi avec ses décisions préjudicielles de créer des règles d'interprétation générales reconnues pour cette convention, et d'assurer ainsi une application uniforme et praticable dans les Etats membres. Un de ses aspects est particulièrement remarquable. De nombreux règlements de la Convention de Bruxelles contiennent des éléments constitutifs qui se retrouvent dans les procédures nationales en matière civile et commerciale. Un exemple est pour le domaine d'application de la convention la notion principale de la matière civile dans son article 1, alinéa 1. Ici, l'utilisation de telles notions comprises comme des renvois respectivement à la lex fori ou à la lex causæ aurait été une voie très sûre et très simple pour la CJCE. Au contraire, la jurisprudence de la Cour vérifie s'il n'y a pas la possibilité d'une interprétation communautaire autonome de ces éléments, et leur donne dans le doute la priorité. Ainsi pour la majorité de ces éléments s'est développée une compréhension communautaire autonome, qui assure une application uniforme de la convention concernant par exemple les éléments en matière civile, et d'assurer ainsi considérablement son succès.

35. Objectivement, une acceptation générale du système de la convention de Bruxelles se vérifie par le fait que lors de chaque élargissement de la communauté, la convention a pu être étendue aux Etats adhérents. Il faut également souligner la réussite d'une convention parallèle au contenu quasi identique avec les Etats de l'AELE en 1988, la convention de Lugano, et que finalement la convention de Bruxelles dans une version en partie remaniée est en vigueur depuis le 1er mars en tant que règlement communautaire

36. En sus de la convention de Bruxelles, un deuxième pas important a été franchi dans l'uniformisation du droit des conflits de lois avec la création de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Comme la convention de Bruxelles, la convention de Rome est un traité de droit public entre les Etats membres de la Communauté européenne. De manière institutionnelle, la différence capitale entre les deux conventions réside dans le fait que la compétence d'interprétation de la CJCE pour la convention de Rome était certes prévue, mais n'est toujours pas ratifiée. Toutefois, la convention de Rome a constitué le prolongement naturel de la convention de Bruxelles. Egalement lors de l'application des règles de compétence uniforme de la convention de Bruxelles, se pose le problème de leur effectivité qui peut être mise à défaut par le phénomène du forum shopping, ou bien tout particulièrement par la recherche du demandeur, de la compétence juridictionnelle qui lui est la plus favorable. La tentation possible du forum shopping réside dans la tentation d'influencer la décision à travers diverses normes substantielles. Pour éviter le forum shopping, il convient entre autres d'uniformiser le droit des conflits de lois afin que dans chaque cas, la loi applicable reste indépendante de la loi du for. Il n'est pas surprenant que d'après les aspects du marché intérieur, le droit des contrats soit prioritaire.

37. D'après son contenu, la convention européenne sur les obligations contractuelles est particulièrement en accord avec les exigences du marché intérieur. La règle de principe du rattachement est d'après son article 3 le choix de la loi applicable. La libre détermination du droit applicable est à la disposition du marché et/ou des parties. Aussi longtemps qu'il n'y a aucun choix de la loi applicable, c'est le principe du lien étroit qui s'applique. Celui-ci est généralement situé dans le pays dans lequel est établie la partie qui fournit la prestation caractéristique. Ainsi celle-ci se trouve en règle générale dans la situation de fournir aux mêmes conditions contractuelles sa prestation dans tous les Etats membres. De cette manière, le droit international privé vient compléter par le renvoi au droit national du prestataire la dynamique de marché dont il est l'instigateur. L'aspect de protection au profit des consommateurs et des salariés n'a toutefois pas manqué d'être retenu, mais a été mis en accord selon les considérations classiques concernant le conflit de lois avec le concept esquissé.

38. L'uniformisation ainsi atteinte dans le droit international des contrats au niveau européen a été limité paradoxalement depuis dix ans par la CE elle-même. Les directives de droit privé visant à l'harmonisation dans le marché commun se concentrent originellement sur une simple uniformisation des droits substantiels. Ce n'est que très tardivement que l'on s'est rendu compte qu'une harmonisation du droit des conflits de lois était nécessaire - ou peut-être même en premier lieu - pour atteindre un marché commun. C'est avec la directive sur les clauses abusives de 1993 en matière de protection des consommateurs que la Commission - notamment, mais pas seulement - en est venu à adopter des directives accompagnées de dispositions de DIP. Pour le droit des directives, il est en effet frappant selon l'article 249 CE, qu'il prescrit uniquement les résultats à atteindre et laisse en principe aux Etats membres le choix des moyens à engager. Ceci à pour conséquence pratique que les transpositions de ces dispositions du DIP du droit des directives se fait différemment selon les Etats membres. Il faut alors prendre en compte le fait que les règles de DIP contenues dans les directives et les dispositions de transposition de ces mêmes règles dans les droits des Etats membres ont priorité sur les règles de conflit de lois de la Convention de Rome selon son article 20. De cette façon on arrive au résultat paradoxal qu'à travers des actes d'uniformisation dans la Communauté, l'unité existante du droit international des contrats au niveau européen est en partie supprimée. L'une des missions principales du droit des conflits de lois dans la Communauté est de rétablir l'unité perdue du DIP.

39. En dehors des règles apparentes de DIP dans les directives, la question se pose de savoir s'il existe des directives dans lesquelles on peut rencontrer des règles de DIP non écrites. Ceci est le cas lorsqu'un décret ou une directive fixe des normes impératives pour des faits transfrontaliers dans le marché intérieur. La question se pose donc de savoir si dans des faits relevant uniquement du marché commun, on peut déroger à ces principes impératifs du droit du marché commun par le choix de droit applicable. Si nous restions aux dispositions de la convention de Rome concernant les obligations contractuelles, une telle dérogation serait possible. La CJCE a il y a peu déduit des règles non écrites dans la directive concernant les agents commerciaux qui vont à l'encontre du principe dégagé ci-dessus. Ceci pourra être transposé à d'autres directives qui comprennent des règles impératives du marché commun. La directive sur le démarchage à domicile constitue un exemple. On pourra donc dire que dans les faits relevant du marché commun, celle-ci ne pourra être écartée au profit du choix d'un droit d'un pays tiers.

40. La création de droit a atteint un nouvel élan par les trois CE en matière de DIP par l'article 65 déjà évoqué. A cet effet, il faut particulièrement mettre l'accent sur le fait que les mesures du traité selon l'article 65 n'ont pas utilisé les directives, mais les règlements. A cet effet, il y a déjà divers règlements dans le domaine de la procédure civile internationale. Cela concerne:

le règlement n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité du 29 mai 2000,

le règlement n° 1347/2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs ("Bruxelles II") du 29 mai 2000,

le règlement n° 1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale du 29 mai 2000,

le règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22. décembre 2000 ("Bruxelles I") et

le règlement n° 1206/2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention de la preuve en matière civile ou commerciale du 28 Mai 2001.

41. Présenter le contenu de ces règlements dans le détail dépasse le cadre de cette conférence. Vous avez de plus déjà entendu un certain nombre de choses dans les autres interventions. Ce qu'il faut mettre en évidence est assurément un autre aspect: les règlements présents ne sont qu'un pas en direction d'un but, qui selon l'idée de la Commission pour une large part continue, à savoir la création d'un espace juridique européen uniforme avec un titre exécutoire européen uniforme. Ce qui est souhaité à long terme, c'est qu'à l'intérieur de l'Europe il soit possible, sans aucune condition de reconnaissance et sans réserve d'ordre public, en raison d'un titre obtenu dans un Etat membre de pouvoir poursuivre directement l'exécution dans tous les autres Etats membres. Il me semble toutefois douteux que le temps pour la réalisation de tels objectifs ambitieux face à l'état actuel de l'uniformisation du droit et à la lumière de l'élargissement maintenant imminent soit déjà arrivé. Aussi longtemps qu'un minimum processuel ne permet pas une garantie d'ordre constitutionnel à minima des citoyens dans la Communauté européenne, cela va à mon point de vue dans le sens de laisser aux Etats membres un reste de souveraineté nationale dans les rapports juridiques internationaux sous la forme d'une réserve d'ordre public.

42. En outre, le DIP matériel est concerné. On peut s'attendre à ce que la Communauté souhaite aussi ici intervenir par des règlements. Depuis mai



dernier, il y a un projet de débat sur un règlement sur le droit international privé des relations juridiques extra-contractuelles, qui est depuis longtemps discuté sous le mot-clé de „Rome II,„. Parmi les caractéristiques essentielles de ce projet de règlement figure le fait qu'en droit international délictuel, le rattachement s'effectue au droit du lieu où le dommage s'est produit, alors que le lieu où le délit a été commis (*lex loci delicti*) doit être a priori négligeable.

43. Il est aussi question d'une extension sur un domaine ne concernant pas seulement le droit économique. A ce sujet, vous avez entendu la conférence du Professeur Jayme (Melle Witteborg) sur le règlement „Rome II,„

## **VI. Les différentes fonctions du droit des conflits de lois à l'intérieur et à l'extérieur du marché commun**

44. Si l'on observe l'évolution enthousiaste de la communautarisation du droit des règles de conflit dans les dernières années, l'impression s'impose que le temps manque pour une discussion approfondie de la fonction du droit des conflits de lois dans le Marché intérieur et des principes servant à la réalisation de cette fonction. La nécessité d'une telle discussion résulte de ce que les répercussions du principe de marché intérieur sur le droit des conflits de lois sont confuses. Deux sortes de question sont au premier plan, à savoir celle sur la relation de l'harmonisation du droit des conflits de lois et de l'harmonisation du droit substantiel dans le Marché commun, et d'un autre côté la question de savoir jusqu'à quel point le développement permanent du Marché commun pour un espace juridique européen uniforme a des conséquences sur l'aménagement du droit international privé et processuel.

45. Pour s'approcher de la problématique citée en premier, on doit tout d'abord réaliser que l'uniformisation du droit des conflits de lois est indispensable pour l'établissement d'un marché intérieur. Un marché ne peut se constituer que si les droits subjectifs à l'intérieur de celui-ci sont négociables sans réserve aucune. Cela suppose que ces droits subjectifs ne s'appliquent exclusivement qu'à l'intérieur du territoire de ce marché. Une telle validité exclusive n'aura lieu normalement que lorsqu'entre les tribunaux de tous les Etats membres il n'existe vraiment aucune différence en ce qui concerne la question de savoir que des faits qui se sont passés dans un lieu déterminé entre des personnes déterminées sont soumis à un (même) ordre juridique déterminé. Seulement lorsque c'est le cas, les droits subjectifs créés suite à ces faits s'appliquent en effet partout dans le marché commun, et ainsi avec l'exclusivité requise. En revanche, le postulat de l'exclusivité n'impose pas que pour des faits qui se sont déroulés en différents lieux, le même droit soit applicable. On peut donc en conclure que si l'uniformisation du DIP ne constitue pas une condition impérative, il en va autrement pour le droit substantiel pour l'établissement d'un marché intérieur.

46. Si l'on prend en plus en considération que de l'avis général l'uniformisation du droit des conflits de lois comparée à celle du droit substantiel comme la forme la plus douce et vis-à-vis des Etats membres la plus précautionneuse de l'harmonisation du droit, alors le principe de subsidiarité irait également dans le sens d'une primauté théorique de l'uniformisation du droit des conflits de lois devant l'uniformisation du droit substantiel.

47. Néanmoins, on doit naturellement observer que la Communauté poursuit dans une large mesure l'uniformisation du droit substantiel.

48. Lorsque ce constat n'est pas l'expression d'une gigantesque erreur des organes de création de droit, il doit y avoir alors une raison interne. On pourra voir cette raison en premier lieu dans les moyens d'information et de transaction mis en œuvre résultant des différences juridiques entre les Etats membres. Pour la délimitation entre le domaine dans lequel l'uniformisation du droit des conflits de lois suffit et celui qui nécessite l'uniformisation du droit substantiel,

ce qui importe, c'est donc en premier lieu l'importance différente du problème de l'information et de la connaissance dans différents domaines du droit.

49. L'autre problème fondamental avec la communautarisation du DIP repose sur la question de savoir si à l'intérieur du marché intérieur l'on peut encore parler de questions spécifiquement „internationales,, ou bien si les rapports juridiques à l'intérieur de la communauté ne soulèvent en quelque sorte que des problèmes interlocaux. Autrement dit, on peut se demander si à l'intérieur du marché commun, d'autres principes sont déterminants pour l'appréciation des intérêts de l'application du droit que dans la relation aux Etats tiers.

50. Au bout du compte, on devra approuver cette question. Le DIP n'est pas un droit technique, mais il protège certains intérêts. De plus, d'après une analyse essentielle de Gerhard Kegel, on peut différencier les intérêts des parties, de la circulation et les intérêts de l'ordre. Si l'on examine ces intérêts sous la perspective du marché intérieur, un rang particulier est alors accordé avant tout aux intérêts de la circulation. Un commerce juridique transfrontalier sûr et d'application aisée sert les intérêts du marché commun. C'est pourquoi on peut affirmer que les intérêts de circulation du marché commun ont un rang supérieur à ceux concernant la relation avec les Etats tiers. Ce n'est qu'ainsi qu'on peut expliquer que la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt Centros a accordé un rang plus élevé à la liberté d'établissement secondaire d'une société créée valablement dans un Etat membre qu'au DIP des Etats membres.

51. Mais le principe inscrit du pays de provenance dans la directive sur le commerce électronique pourraient peut-être aller trop loin. Certes, la simple primauté édictée ici du droit de l'auteur de l'offre simplifie les rapports juridiques transfrontaliers. Apparemment, cette relégation au second plan des intérêts des rapports juridiques du pays visé conduit à des résultats inégaux. En dehors de ça, beaucoup de questions se posent au sujet de cette directive. D'un côté elle déclare qu'elle ne règle pas le DIP, ce qui met en lumière apparemment d'énormes doutes quant à la connaissance des auteurs en matière des conflits de lois, et à leur sens de la communautarisation du DIP.

## **Conclusion**

52. Je suis ainsi arrivé à la fin de ma conférence. Mes réflexions furent en de nombreux points, bon gré mal gré, brèves. Mais une chose doit être claire: comme dans peu d'autres domaines, c'est en droit international privé que les tensions entre le but de l'unification du droit et l'aspiration au maintien des particularités des Etats membres deviennent perceptibles. On ne peut répondre, en conclusion, à la question de savoir quelle forme devrait avoir le DIP en Europe aussi longtemps que l'on ne saura pas quelle forme l'Europe aura dans l'ensemble.