

**LA FAVEUR,
rouage du droit ou indice de non-droit**

Compte rendu de la réunion de recherche
du mardi 20 juin 2007 au CERSA

La faveur : aspects de droit international

Etaient présents : *les professeurs Jacques Chevallier, directeur du CERSA, Laure Ortiz, professeur à l'IEP de Toulouse, Gilles Guglielmi (Paris-II), Marie-Christine Kessler, dir. adjointe du CERSA, Géraldine Chavrier de l'université de Lille-II, Madame Olivia Bui-Xan, maître de conférences à l'université d'Evry, Messieurs J.-F. Boudet, maître de conférences à Paris-V, Sébastien Canevet, maître de conférences à l'université de Poitiers, Jean-Claude Pacitto, maître de conférences à Paris-XII, Céline Bigot, docteur de Paris-X, Clément Chauvet, David Lambert, Naïma Sobesky, doctorants à Paris-II*

Etaient excusés : *Les Pr Geneviève Koubi (directeur du CER:FDP), M. Denis Giroux, maître de conférences à Paris-II, Julien Martin, Renaud Bourget.*

I. La séance s'ouvre par une communication de Monsieur David Lambert, doctorant à l'université Paris-II.

La faveur comme mode de résolution d'un conflit de normes (résumé de l'auteur)

La détermination de la loi applicable à un litige international se fait le plus souvent par l'intermédiaire d'une règle de conflit de lois. Celle-ci ne permet pas au tribunal de trancher directement le litige mais seulement de désigner la loi, française ou étrangère, qui le permettra; par opposition à la règle de conflit, de nature procédurale ou indirecte, la règle permettant de trancher le litige sera dite substantielle ou matérielle.

L'utilisation de la notion de faveur pour désigner certains mécanismes juridiques qui résultent de l'application même de la règle de droit peut paraître discutable. Plus que la faveur accordée par la règle de droit, ce qui paraît susceptible d'être étudié, et tout particulièrement en droit privé, est davantage la manière dont le droit régleme la faveur privée, c'est-à-dire la faveur accordée par une personne privée à une autre. Néanmoins, l'emploi du terme faveur est assez courant en droit international privé. La faveur peut en effet être utilisée comme technique de détermination de la loi applicable (I), afin de favoriser certaines catégories de justiciables (II).

1) La faveur comme technique de détermination de la loi applicable

A) Les caractères de la règle de conflit de lois classique

La règle classique de droit international privé associe à des catégories juridiques (p. ex "les immeubles") un élément de rattachement ("le lieu de situation") permettant de désigner la loi applicable. La règle de conflit de lois est donc une règle abstraite, indirecte, et neutre. La plupart des règles de détermination de la loi applicable existant en droit positif français sont formulées de cette manière, bien que ce procédé ne soit pas exclusif.

Ce procédé jouit également d'une sorte de "prestige" aux yeux de la doctrine, qui s'explique par son ancienneté, mais aussi parce qu'il est perçu comme étant le plus rationnel, manifestation du jusnaturalisme latent qui imprègne la doctrine de droit international privé.

Du point de vue de la stricte opportunité, la règle de conflit de lois classique peut passer pour la forme de réglementation la plus propre à remplir les objectifs assignés au droit international privé, qui sont, selon la doctrine, d'assurer la stabilité des situations juridiques privées par delà les frontières. Elle garantit ainsi une grande prévisibilité aux destinataires de la règle, en ce qu'elle permet de déterminer facilement quelle sera la règle substantielle applicable à une situation quelconque.

B) *L'application de la loi la plus favorable*

La technique principale est mise en œuvre par des règles de conflit à caractère substantiel, catégorie générique qui désigne des règles de conflit qui ne sont pas neutres, comme la règle de conflit classique, mais orientées pour obtenir un certain résultat au fond. En somme, la règle de conflit perd son caractère strictement procédural pour devenir une partie de la solution du litige.

Parmi ces règles, figurent tout d'abord les règles de conflit dites alternatives. Par exemple, la Convention de La Haye de 1961 sur la loi applicable en matière de forme du testament. La Convention indique que le testament est valable en la forme s'il est conforme à l'une des lois énumérées dans son article 1er. Il suffit donc que l'une des lois énumérées valide le testament, peu importe laquelle. La doctrine parle ici de faveur pour un résultat donné. Il ne s'agit de faveur que dans la mesure où on la compare avec la neutralité prétendue de la règle de conflit classique. Indirectement néanmoins, la faveur à la validité du testament favorise les héritiers testamentaires au détriment des héritiers désignés par la loi.

Une technique voisine est celle de la règle de conflit à rattachement subsidiaire dont on trouve un exemple particulièrement probant dans les Conventions de La Haye relatives aux obligations alimentaires de 1956 et de 1973. La convention indique que la loi applicable aux obligations alimentaires est la loi de la résidence habituelle du créancier de l'obligation alimentaire; s'il ne peut obtenir gain de cause sur le fondement de celle-ci, on appliquera alors la loi de la nationalité commune du créancier et du débiteur; et si cela ne lui permet toujours pas d'obtenir des aliments, on appliquera alors la loi de l'autorité saisie. L'objectif est ici clairement de favoriser le créancier de l'obligation alimentaire.

Ainsi, la technique de mise en œuvre de la faveur réside fondamentalement dans l'option de législation. La règle de conflit sélectionne un certain nombre de critères de rattachements, et donc de lois potentiellement applicables, au sein de laquelle sera choisie la loi la plus propre à obtenir le résultat souhaité, qui sera donc le plus souvent la loi la plus favorable au demandeur. La personne qui doit exercer l'option ouverte par la règle de conflit n'est d'ailleurs pas toujours déterminée de façon très claire. Ce peut être la partie favorisée mais souvent ce sera le juge.

Une technique quelque peu différente (directive conflictuelle à caractère substantiel, dans la terminologie de M. Soirat) a été adoptée dans la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, à propos du contrat de travail et du contrat de consommation. En principe, la loi applicable à un contrat est la loi qui a été choisie par les parties. A défaut de choix de loi par les parties, la loi applicable est la loi du pays de l'établissement de la partie qui fournit la prestation caractéristique du contrat. Mais la Convention de Rome prévoit des règles dérogatoires pour le consommateur et le salarié.

Elle prévoit un rattachement spécifique pour le consommateur, la loi de sa résidence habituelle, pour le salarié, la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Et elle indique que "le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat 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"; pour le salarié, la disposition est analogue: le choix par les parties ne peut priver le salarié de la protection que lui assurent les dispositions de la loi du lieu d'exécution habituelle. L'interprétation vers laquelle la jurisprudence semble s'orienter consiste à comparer les deux lois: loi choisie et loi de la résidence habituelle ou du lieu d'exécution, et à appliquer la plus favorable (pour le consommateur ou le salarié).

Enfin s'agissant de la manière dont on détermine le caractère plus ou moins favorable d'une loi, le droit positif est également ambigu. Le cas du contrat de travail en fournit une bonne illustration. Un arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation du 12 novembre 2002 énonce un principe contradictoire puisqu'elle indique que la comparaison doit résulter d'une appréciation globale des dispositions des lois ayant le même objet ou se rapportant à la même cause.

2) Les catégories favorisées

A) La faveur au plus faible: la faveur comme protection

a) La protection de la partie faible au contrat: le consommateur, le salarié, l'assuré

Ainsi qu'il a été indiqué, l'interprétation actuelle des articles de la Convention de Rome relatifs au consommateur et au salarié (art 5 et 6) revient à appliquer la loi la plus favorable à ces catégories de contractants, réputées "faibles". Cette interprétation a été critiquée en ce qu'elle transformerait une volonté de protection, c'est-à-dire un remède à un déséquilibre initial, en une faveur pour la partie faible, ce qui reviendrait à créer un nouveau déséquilibre mais cette fois-ci au profit du consommateur ou du salarié. Dans ce domaine, la protection sans faveur peut se concevoir par l'interdiction pure et simple du choix de la loi applicable (droit suisse, futur Règlement communautaire).

b) La protection de l'enfant

L'application de la loi la plus favorable à l'enfant est l'un des exemples les plus anciens d'utilisation du critère de faveur pour résoudre un conflit de normes. La loi applicable à l'établissement de la filiation naturelle est en principe la loi de la nationalité de l'enfant. Dans l'arrêt Verdier rendu par la cour de cassation le 5 décembre 1949, l'enfant, né italien, avait acquis la nationalité française en cours d'instance, et la loi française était plus favorable que la loi italienne. La cour de Cassation énonce que "dans la poursuite de l'établissement de sa filiation, l'enfant peut se prévaloir des dispositions qui lui sont les plus favorables".

Le législateur a poursuivi dans cette voie. Ainsi, l'article 311-16 du code civil offre une option de législation à propos de la légitimation par autorité de justice (loi personnelle du requérant ou loi personnelle de l'enfant). De même à propos de la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité, l'article 311-17 du code civil dispose qu'elle est valable si elle a été faite en conformité soit avec la loi nationale de son auteur, soit avec la loi nationale de l'enfant.

B) *La faveur au national: la faveur comme discrimination*

Les règles avantageant clairement la partie de nationalité française sont rares. Les plus célèbres sont des règles de compétence internationales des tribunaux, les articles 14 et 15 du code civil qui établissent un privilège de juridiction au profit des nationaux français. Mais leur portée a été considérablement réduite par les conventions internationales, le droit communautaire, et, récemment, la jurisprudence.

S'agissant de règles de conflit de lois on peut citer deux exemples, tous deux assez particuliers. Le premier concerne le droit des successions internationales. Une loi du 14 juillet 1819, toujours en vigueur, institue au profit des Français un droit de prélèvement. Son article 2 dispose: "Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales" La jurisprudence a donné une portée extensive à cette loi. Lorsqu'une loi étrangère est désignée par notre règle de conflit, si elle attribue à l'héritier français des droits moindres que ceux qu'il obtiendrait en application de la loi française, même si cette loi n'est pas discriminatoire, le Français pourra prélever la valeur de la différence sur les biens situés en France.

Enfin, il existe en matière de statut personnel, c'est-à-dire de divorce et de filiation, une jurisprudence qui autorise les Français à se prévaloir de facultés prévues par la loi française, mais non par la loi étrangère désignée applicable au litige. Ainsi, un enfant Français ne pourra être privé du droit d'établir sa filiation naturelle et un époux français domicilié en France ne pourra être privé de la faculté de divorcer alors même que la loi applicable est normalement la loi française.

II. Les commentaires s'engagent sur les nombreuses pistes tracées par cette communication.

Sébastien Canevet souhaite aborder le domaine des nouvelles technologies. Constate-t-on dans cette matière une augmentation du contentieux international ? D. Lambert répond que, si l'on a connu une « démocratisation » du droit international privé ces 20 dernières années (multiplication des litiges en droit de la famille par ex.), il est clair que pour les petits litiges commerciaux, on constate un véritable oubli de la dimension internationale. Les rares litiges concernant l'Internet relèvent plus du droit de la contrefaçon que du droit de la consommation. De plus l'effectivité de la solution à ces litiges dépend du lieu d'exécution. De surcroît, plus le critère de compétence est illégitime, moins la décision est reconnue à l'étranger.

M.-C. Kessler se demande s'il existe des principes plus favorables que ceux du droit international privé globalement appliqué. Par exemple, y a-t-il des faveurs faites aux enfants ? D. Lambert estime qu'il existe en effet des catégories de personnes sont favorisées quelle que soit la nationalité : les salariés, les consommateurs, les assurés. La faveur est cependant encadrée et dépend étroitement des textes (ainsi en est-il d'un arrêt connu sur la multipropriété). La doctrine n'y est guère favorable.

C. Bigot se demande s'il s'agit de faveur ou de simplification des règles applicables aux litiges. D. Lambert penche pour une notion de faveur « supplétive » qui renforcerait la validité de l'ordre juridique.

III. La séance se poursuit par une communication de Madame Céline Bigot, docteur de l'université Paris-X.

La clause de la nation la plus favorisée (résumé de l'auteur)

Définition de la clause de la Nation la plus favorisée dans les accords de l'OMC ; l'article 1er du GATT énonce que : « 1. Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations (...) ».

Au regard de cette définition, il semble apparaître que la clause de la Nation la plus favorisée, contrairement à ce que son nom pourrait laisser penser, vise à restreindre toute mesure de faveur afin de tendre à l'égalité dans les relations commerciales entre les Etats. Cependant, peut-il y avoir égalité entre des Etats qui ne sont pas égaux ?

La clause de la Nation la plus favorisée ne peut constituer une mesure « anti-faveur » que si elle est accompagnée de certaines mesures d'encadrement.

1) La clause de la Nation la plus favorisée : clause « anti-faveur » ou faveur déguisée ?

- A) *A priori, une mesure « anti-faveur »*
- B) *En réalité, une mesure de faveur déguisée*

2) Les encadrements pour que la clause de la Nation la plus favorisée constitue mais une mesure avantageuse

- A) *Au sein des unions douanières*
- B) *En faveur des PVD et PMA : le système généralisé de préférences (SGP)*

IV. Un bref débat parachève cette riche communication.

N. Sobesky s'interroge sur la catégorie qui pourrait regrouper les faveurs organisées par un groupe d'Etat contre un ou deux Etats. On peut penser à l'exemple des rapports avec la Chine en matière d'exportation de textile. D. Lambert estime que le but de l'OMC est le développement économique commun et la libre concurrence, pas de favoriser les uns au détriment des autres. G. Guglielmi ajoute que dans cette affaire, les chinois ont accepté très rapidement une autolimitation car elle est dans leur intérêt à long terme.

M.-C. Kessler évoque l'exception culturelle et la mesure dans laquelle on peut l'insérer dans le terrain privilégié de la clause de la nation la plus favorisée. Elle se demande aussi si ce système n'est pas régi par les intérêts financiers et commerciaux plutôt que par les politiques des Etats. Favoriser certains pays, cela se manifeste surtout par favoriser certains produits.

G. Guglielmi évoque la dimension historique de la question, notamment les rapports entre l'Union européenne et les anciennes colonies de ses membres.

La séance se conclut sur un rendez-vous fixé pour la rentrée prochaine. La « deuxième phase » du séminaire sur la faveur consistera en effet à réunir encore quelques séances peu nombreuses sur des aspects de contenu qui manqueraient aux participants pour élaborer leur réflexion, à réaliser une synthèse des définitions et du vocabulaire commun et à organiser les modalités d'un travail collectif : colloque et/ou ouvrage collectif.