

Vingt-huitième réunion

Anvers, 21-23 septembre 2018

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

- I. [Refonte des règlements sur le divorce](#)
- II. [Examen d'un projet d'instrument européen sur les droits réels](#)
- III. [Actualité du droit de l'Union – Présentation des arrêts *Coman* et *Polbud* de la Cour de justice](#)
- IV. [Actualité du droit de l'Union – Activités de la Commission](#)
- V. [Actualité de la Conférence de La Haye – État d'avancement du projet jugements](#)
- VI. [Actualité de la Cour européenne des droits de l'homme](#)
- VII. [Examen d'opportunité d'une codification de la partie générale du droit international privé](#)
[Annexe 1](#)
[Annexe 2](#)

Lors de sa réunion à Anvers, le Groupe européen de droit international privé a poursuivi ses travaux concernant d'une part, la refonte des règlements Bruxelles II*bis* et Rome III en matière de divorce et de séparation de corps et d'autre part, l'examen du projet d'instrument européen sur les droits réels. Ensuite, des informations ont été présentées sur l'actualité du droit de l'Union – en particulier, sur les arrêts *Coman* et *Polbud* de la Cour de justice –, sur l'actualité de la Conférence de La Haye et sur l'actualité de la Cour européenne des droits de l'homme. Enfin, le Groupe a entendu une communication introductive quant à l'opportunité d'une codification de la partie générale du droit international privé.

Le compte rendu a été réalisé avec la collaboration de Julie Mary, assistante à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCLouvain.

I. REFONTE DES RÈGLEMENTS SUR LE DIVORCE

E. Pataut présente le travail du sous-groupe concernant la refonte des règlements sur le divorce et les problèmes encore ouverts à discussion. Il rappelle que ce projet a été discuté lors des sessions antérieures du Groupe et que le sous-groupe a donc préparé une nouvelle version sur cette base (voy. **Annexe 1**).

L'objectif général est d'obtenir un règlement complet en matière de divorce contenant des règles de conflit de juridictions, de conflit de lois et des règles sur la reconnaissance et

l'exécution des décisions et actes étrangers. Au départ, l'idée était de regrouper les règlements Bruxelles IIbis et Rome III. Par la suite, des tentatives de modification et d'amélioration des règles existantes ont émergé. Jusqu'ici, les discussions se sont concentrées principalement sur les règles de conflit de juridictions. Ces discussions ont été très fructueuses mais des choix restent encore à faire en ce domaine.

Deux points principaux restent à débattre : la question du divorce privé, non encore traitée en profondeur¹, et la question des compétences exorbitantes, ayant fait l'objet de nombreuses discussions mais présentant encore des points incertains. Parmi les autres dispositions, certaines soulèvent des questions spécifiques. Enfin, doivent encore faire l'objet d'une discussion générale la détermination du droit applicable et la reconnaissance des décisions.

1) Divorces privés

La question des divorces privés a pris beaucoup d'ampleur au cours des dernières années, spécialement depuis l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Sahyoun*². Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'un divorce privé, obtenu dans un État tiers, ne relevait pas du champ d'application matériel du règlement Rome III mais bien du droit de chaque État.

Il existe par ailleurs en France une grande interrogation quant à la nature du divorce que les parties peuvent faire rédiger par un avocat et enregistrer ensuite chez un notaire. Le législateur français ne s'est pas interrogé sur cette question. Partant, l'interrogation demeure quant à savoir si ce type de divorce entre, ou non, dans le champ d'application du règlement Rome III.

De manière générale, il est relevé qu'au sein même du sous-groupe, un débat existe au sujet de la définition du divorce privé. Il est donc proposé de retenir la définition donnée par la Cour dans l'affaire *Sahyouni*. Un divorce privé s'entendrait donc comme la dissolution d'un mariage sans intervention d'une juridiction, cette notion étant définie comme suit par le sous-groupe :

¹ La question a été brièvement abordée au cours de la session du Groupe à Hambourg en 2017. Elle s'était posée à la suite notamment de l'introduction de l'affaire *Sahyouni* devant la Cour de justice de l'Union, dont l'arrêt a été rendu après la réunion du Groupe.

² Arrêt du 20 décembre 2017, aff. C-372/16, *Sahyouni*.

Article 2bis : Définitions

Aux fins du présent règlement, la notion de « juridiction » inclut toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de divorce ou de séparation de corps qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle de celle-ci, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent conformément au droit de l'État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions :

- a) puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité ; et
- b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière.

Article 2ter : Divorces non juridictionnels

Les divorces prononcés dans un État tiers sans le concours de nature constitutive d'une juridiction ou d'une autorité publique ne relèvent pas du champ d'application du présent règlement.

Article 35 : Actes authentiques et divorces non juridictionnels rendus dans un État membre

Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi que les accords entre parties dotés de l'autorité de chose jugée ou exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions, [à condition que le divorce ait été obtenu dans un État membre dont les juridictions ou les autorités auraient été compétentes si une demande avait été introduite devant un juge].

Ces deux dispositions font suite à la question de fond qui s'est posée au sujet de ces divorces privés, soit la question de leur traitement dans le cadre du projet de règlement. Une distinction est donc proposée entre les divorces non juridictionnels rendus dans un État membre et ceux rendus dans un État tiers.

En ce qui concerne les divorces rendus dans un État membre, l'article 35 du projet est formulé de manière large, permettant d'inclure les divorces privés. Il est par ailleurs relevé que cet article est inspiré du règlement Bruxelles IIbis, permettant ainsi la circulation de ces divorces aux mêmes conditions que les décisions.

La question reste de savoir s'il ne conviendrait pas d'inclure une condition supplémentaire en vue de la circulation des divorces privés, d'où l'ajout entre crochets conditionnant l'accueil de ce type de divorce au fait qu'il « ait été obtenu dans un État membre dont les juridictions ou les autorités auraient été compétentes si une demande avait été introduite devant un juge ».

Cet ajout trouve sa justification dans le contexte des divorces privés français. En effet, en France, aucune condition particulière n'est exigée dans le cadre de la rédaction du divorce par un avocat et son enregistrement ultérieur par un notaire³. Il a donc été proposé d'inclure une condition de lien entre l'État concerné et le divorce privé en vue de sa circulation ultérieure. L'attention du Groupe est toutefois attirée quant à la difficulté d'une telle condition, dès lors que par nature, aucun juge n'intervient dans ces divorces. Ainsi, le choix du critère à prendre en considération pour établir ce lien entre le divorce privé et l'État n'est pas évident. Le sous-groupe a dès lors opté pour le critère repris dans la disposition, réintroduisant ainsi le contrôle de la compétence indirecte en ce qui concerne les divorces privés.

Concernant les divorces privés rendus sur le territoire d'un État tiers, deux difficultés importantes sont relevées. La première, de nature méthodologique, a trait au fait que les États membres soumettent ces divorces à des règles différentes, suivant un raisonnement soit en termes de conflit de lois, soit en termes de reconnaissance. La seconde difficulté est liée à la position initiale du sous-groupe d'exclure du champ d'application du projet les divorces juridictionnels rendus dans un État tiers. Dès lors, les divorces privés de ces mêmes États devaient également faire l'objet d'une exclusion. Cela a donc donné lieu à la proposition d'article 2^{ter} du projet, lequel revient à exclure ces divorces privés du champ d'application du projet de règlement. Cette solution par défaut aboutit *in fine* à exclure du champ d'application du projet une partie importante de divorces. Certains membres du sous-groupe ont donc suggéré d'introduire ces divorces privés dans le texte. Selon E. Pataut, si cette idée devait être suivie, il conviendrait ensuite d'étendre le texte à la circulation des divorces juridictionnels rendus dans les États tiers.

Au cours de la discussion, diverses remarques terminologiques sont soulevées :

- D'abord, afin d'éviter tout malentendu, il est proposé de remplacer le terme « prononcés » de l'article 2^{ter}, par le terme « obtenus », « intervenus » ou « établis ». Le terme « prononcés » rappellerait en réalité le prononcé d'une décision, alors que dans le cas des divorces privés, aucune autorité n'intervient pour prononcer ce type de divorce.
- Ensuite, il est suggéré de remplacer le terme « divorces » propre à la tradition juridique occidentale par un terme plus générique, tel « dissolution », couvrant plus aisément d'autres institutions dont la traduction dans la langue du pays d'origine ne se réfère pas nécessairement au terme « divorce ». À cet égard, le Code de droit international privé belge (article 57) utilise ce terme — accompagné de l'expression « fondée sur la volonté du mari » — au lieu de « répudiations » pour éviter l'entrée de ce vocable dans le dictionnaire juridique national, tout en couvrant sans ambiguïté le *talak* par exemple.
- Par ailleurs, les termes « sans le concours de nature constitutive d'une juridiction », de l'article 2^{ter} du projet, posent question. Ces termes proviennent de la Cour de justice et par conséquent, ils peuvent être considérés comme représentant une notion européenne commune. Le problème réside dans son extension à une institution de droit islamique, selon laquelle la volonté de dissolution est « constatée »

³ Loi française 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice.

et l'enregistrement ou l'homologation de la dissolution peut ne pas être requis. Il est alors proposé de remplacer les termes « nature constitutive d'une juridiction », par les termes « sans le concours d'une juridiction ou d'une autorité publique ».

- Enfin, les termes « prononcés dans un État membre » posent question. En effet, aux termes de l'article 2^{ter}, tel que proposé, il convient de s'interroger préalablement quant à la localisation du divorce en cause sur le territoire d'un État. Selon certains membres, ce n'est pas toujours évident. Est évoqué l'exemple d'un divorce purement unilatéral (tel un *talak*) qui serait intervenu par sms, ou qui aurait été prononcé à Paris, entre deux Saoudiens. Est-ce un divorce d'un État tiers ou d'un État membre (en imaginant la réception du sms sur le territoire d'un État membre) ? Selon certains, étant donné l'impossibilité de prononcer ce type de divorce dans l'Union, il ne pourra jamais être considéré comme étant un divorce d'un État membre. D'autres émettent l'idée que ce divorce pourrait être considéré comme un divorce d'un État membre, en imaginant qu'il serait reconnu ultérieurement par un État membre. L'idée est alors émise de remplacer les termes problématiques de la disposition par les termes « prononcés selon la loi d'un État tiers » afin de contourner cette difficulté. Certains membres indiquent cependant qu'en mettant l'accent sur le droit applicable, et non sur l'intervention d'une autorité, le champ d'application du projet de règlement serait trop restreint. Il est également suggéré qu'à tout le moins, ces divorces soient traités de manière différenciée des autres formes « classiques » de dissolution du lien conjugal. Enfin, il est avancé que la difficulté soulevée par certains membres serait évitée en incluant la reconnaissance des divorces rendus dans les États tiers dans le champ d'application du projet de règlement.

La discussion fait également apparaître une difficulté de qualification des divorces privés : doivent-ils être considérés comme des décisions ou comme des actes authentiques ? En Allemagne par exemple, la répudiation obéit à un contrôle de la loi applicable alors qu'en Belgique ou en France le raisonnement relève de la reconnaissance d'une décision. La qualification en tant que décision se conçoit lorsque, selon le système d'origine, la dissolution acquiert une force définitive ne pouvant plus être contestée en justice. Par exemple, un divorce privé en droit français (dans un contexte où il n'y aurait pas d'enfants communs) n'aura pas de valeur définitive et pourra être contesté devant un juge sans pour autant qu'il puisse être qualifié de divorce juridictionnel (au sens fonctionnel du terme). La réception de cet acte se fera alors en faisant un détour par les règles de conflit de lois.

La discussion porte également sur la portée du terme « divorce », repris aux articles 2^{ter} et 35. La question est de savoir s'il recouvre à la fois les divorces bilatéraux et unilatéraux. Le débat fait apparaître que le problème des divorces unilatéraux n'est pas tellement leur côté non bilatéral mais plutôt la différence créée entre les sexes, ce qui pose des questions en termes d'ordre public. Il se dégage des discussions qu'une majorité de membres se positionne en faveur d'une distinction claire entre divorces unilatéraux et consensuels, entraînant la nécessité d'adopter deux dispositions distinctes pour la question de leur accueil. Une minorité relève toutefois que cette distinction ne permettra pas de résoudre toutes les questions, notamment celle de savoir si une dissolution de droit musulman impliquant une forme de compensation financière (comme dans l'affaire *Sahyouni* ou dans le cas du *khol*) est ou non une dissolution unilatérale. Par ailleurs, cela impliquerait

inévitablement d'entrer dans des débats relatifs au droit étranger, dès lors qu'un certain nombre de divorces unilatéraux peuvent être obtenus de manière consensuelle.

Il est alors rappelé que le point fondamental est en réalité de savoir s'il faut inclure ou non les divorces rendus dans les États tiers (comme cela avait été proposé par le Groupe dans le cadre de la refonte du règlement Bruxelles I et évoqué par le Livre vert de la Commission⁴). À cet égard, il est relevé que dans le cadre du règlement global d'une matière – comme celui en projet – le fait d'exclure une sous-matière a pour conséquence de contraindre le système du for à comprendre encore un régime subsidiaire de portée marginale. L'adoption de règles uniformes au sein de l'Union permettra un traitement harmonisé des divorces privés provenant d'États tiers (comme les répudiations) non seulement d'un État à l'autre mais aussi au sein d'un même État où existent des divergences d'une administration à l'autre. Un consensus se dégage pour inclure les divorces juridictionnels rendus dans les États tiers, ce qui implique que l'article 2*bis* relatif aux définitions soit modifié et que toute référence aux États membres soit supprimée. Il est alors décidé que, dans le même temps, la définition de « juridiction » soit élargie.

Un consensus est également atteint pour établir une distinction, en matière de divorces privés originaires d'un État membre ou d'un État tiers, entre les divorces consensuels et unilatéraux, ceux-ci étant insérés dans une section spéciale. Selon certains membres, pour les divorces privés, en relation avec l'exemple du divorce français, un lien devrait être exigé entre le divorce et l'État sur le territoire duquel ce divorce aura été obtenu. Soit deux Allemands qui, avertis du fait que leur divorce dans cet État risque d'être long et coûteux, décident de se rendre en France pour obtenir le divorce privé enregistré chez un notaire. Dans ce genre de cas, il ne serait pas raisonnable d'appliquer la méthode de la reconnaissance, du fait qu'elle assurerait une circulation aisée de ce divorce. D'autres membres, tout en ne s'opposant pas à l'exigence d'un lien avec l'État où le divorce a été établi, s'interrogent quant au type de lien pouvant être exigé. Deux options sont présentées : soit on reprend l'exigence de la Cour dans l'affaire *Coman*, c'est-à-dire la localisation – jugée suffisante – de la résidence habituelle du couple dans cet État, soit on applique les règles de conflit de lois du règlement Rome III. Dans le cadre du divorce privé français, ce dernier est consigné chez un notaire et peut être contesté ensuite devant un juge, entraînant par conséquent l'application des règles de conflit de lois dudit règlement. Le lien avec l'État est ainsi établi.

Un consensus se dégage vers un traitement des divorces privés, non pas comme une question de procédure, mais comme une question de conflit de lois. La solution retenue est de prévoir, dans la section propre aux divorces privés, une reconnaissance de ces derniers pour autant qu'ils soient conformes à la loi désignée comme applicable en vertu des règles de conflit de lois du projet. Le risque que les divorces privés français ne soient pas reconnus dans les autres États membres, en raison de l'absence de critère de compétence prévu en droit français, n'est cependant pas totalement écarté. Cela pourra toutefois donner une impulsion au législateur français pour modifier sa loi.

Pour les divorces privés purement unilatéraux (y compris les dissolutions privées non localisables, comme celles par sms), une exigence supplémentaire est requise en vue de

⁴ Doc. COM(2009)175.

leur reconnaissance dans les États membres : leur acceptation par l'autre conjoint. Il est évident que l'ordre public pourra toujours être invoqué dans ces cas précis. Par conséquent, cette catégorie sera amenée à couvrir le type de dissolution ayant fait l'objet de l'arrêt *Sahyouni*. S'y ajoute toutefois une condition qui n'a pas été envisagée par la Cour, soit celle du consentement de l'autre conjoint.

À la suite de ces discussions, il est donc proposé d'introduire, dans le texte du projet de règlement, deux dispositions prévoyant ce qui suit :

« Article 1. La dissolution consensuelle ou sur demande acceptée d'un mariage ne produit effet sur le territoire des États membres que si celle-ci est conforme à la loi applicable désignée en application des articles XXXX et suivants du présent texte.

Article 2. La dissolution du mariage par pure déclaration unilatérale ne produit effet sur le territoire des États membres que si celle-ci est conforme à la loi applicable désignée en application des articles XXX et suivants du présent texte et qu'elle a été acceptée de façon certaine par l'autre conjoint ».

Une remarque terminologique relative à l'article 2 suggère de remplacer le terme « pure » par « simple », en vue de permettre d'y inclure les divorce suédois et belge intervenant après une simple séparation de quelques mois. Quant à la portée exacte de l'article, certains membres se demandent si cette disposition, et son interaction avec les autres dispositions, permet de résoudre adéquatement les cas suivants :

- un *talak* est prononcé en Arabie Saoudite et le mari refait sa vie peu de temps après et revient avec sa nouvelle femme en Europe, 50 ans après la dissolution de sa première union. Ce *talak* pourrait-il être reconnu alors que la première femme n'a jamais accepté cette répudiation ? Ne faudrait-il donc pas inclure dans cette disposition les critères de l'intensité du rattachement et de la gravité de l'effet produit avant d'en exclure la reconnaissance ? À cet égard, il est proposé de remplacer les termes finaux de l'article 2 par les termes « ne fait pas effet si le consentement certain par l'autre conjoint ne permet pas de remédier à la contrariété à l'ordre public ». Ce faisant, la condition du consentement ne jouerait que dans l'hypothèse d'une contrariété à l'ordre public.
- une répudiation de droit marocain est prononcée et est suivie d'une homologation judiciaire. Dès lors qu'il y a une intervention judiciaire, doit-on soumettre la question de la reconnaissance de cette dissolution aux règles relatives aux décisions judiciaires ou à celles de l'article 2 ? Si elle est considérée comme étant une décision étrangère, cela signifie que la condition du consentement à cette dissolution n'est pas exigée. La question se pose dès lors de savoir s'il ne faudrait pas prévoir une condition similaire dans le cadre de l'accueil des décisions étrangères.

La discussion fait également apparaître une interrogation relative au maintien de la catégorie spécifique des actes authentiques (actuellement régie par l'article 35 du texte), en lien avec la question de l'inclusion des notaires dans la définition de « juridiction ». Il est souligné que les définitions de cette notion dans les autres instruments européens n'ont jamais voulu y inclure les notaires et n'ont donc pas voulu les soumettre aux règles de conflit de juridictions. D'où la création de la catégorie spécifique concernant l'accueil des actes authentiques étrangers. Or, dans la proposition actuelle, les notaires sont considérés comme pouvant être

des juridictions, vu la définition large de cette notion dans le texte proposé. Par conséquent, est-ce encore utile de garder des règles différentes pour les actes authentiques ? Une suggestion est de prévoir dans ce cas trois catégories, soit une pour les décisions judiciaires, une pour les actes authentiques avec intervention d'une autorité et une pour les actes purement privés et ce, indépendamment de la question de leur origine (État membre ou État tiers). Reste l'incertitude concernant le divorce privé français. De manière générale, la question de l'inclusion ou non des notaires dans la notion de juridiction n'est pas nouvelle. Cela est d'autant plus complexe que les fonctions des notaires diffèrent (les notaires hongrois étant par exemple considérés comme des juridictions). Autre encore est la question relevée par un membre, de savoir si les règles de compétence du chapitre III sont pertinentes à l'égard de l'intervention d'un notaire choisi par les parties pour établir un acte authentique.

Cette question relative à la réception des actes authentiques reste encore ouverte : faut-il supprimer ou modifier cette catégorie distincte ?

Le point relatif aux conditions de reconnaissance des décisions étrangères reste lui aussi ouvert.

2) Compétences exorbitantes

La question des compétences exorbitantes (articles 7 et 7*bis* du projet) appelle une décision de principe selon E. Pataut.

De manière générale, ces critères de compétence subsidiaires sont sujets à de nombreuses options possibles. Les choix entre les différentes propositions de critères sont plutôt des choix politiques à trancher. S'il existe un consensus quant au fait que le règlement Bruxelles II*bis* n'est pas satisfaisant, il n'en existe aucun quant à la possibilité de prévoir, ou non, des fors subsidiaires ou exorbitants. Le sous-groupe propose donc trois variantes d'un for subsidiaire, ainsi qu'un for de nécessité, comme suit :

Article 7 : Compétence subsidiaire

Option 1

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3 bis, 4 ou 5 et que les époux ont la nationalité d'un État membre ou d'États membres différents, sont compétentes les juridictions de l'État membre dont l'un des époux a la nationalité ou dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile ».

Toutefois le juge saisi se dessaisit lorsque :

- a. Les époux sont convenus de la compétence du tribunal ou des tribunaux d'un État non membre selon les conditions visées par l'article 3 ter ; ou
- b. L'un et l'autre époux résident dans le même État non membre et les juridictions de cet État sont compétentes pour connaître du divorce ou de la séparation de corps en vertu du droit de cet État.

Option 2

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3bis, 4 ou 5, sont compétentes les juridictions de l'État membre [dont les époux ont la nationalité ou dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve leur « domicile »] [dont l'un des époux a la nationalité ou, dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile »].

Option 3

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3 bis, 4 ou 5, sont compétentes les juridictions de l'État membre avec lequel la demande présente un lien étroit, telle la nationalité d'une partie.

Article 7bis : for de nécessité

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3 bis, 4 ou 5, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel statuer sur le divorce ou la séparation de corps si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire présente un lien étroit.

L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'État membre dont relève la juridiction saisie.

Le for de nécessité fait l'objet d'un relatif consensus, dès lors qu'il est devenu une sorte de for commun dans les règlements européens.

En revanche, la discussion reste ouverte au regard des véritables chefs de compétence exorbitants. Les trois options proposées consacrent en réalité trois versions différentes du privilège de nationalité. L'option 3 est la plus large, laissant un plus grand pouvoir d'appréciation au juge. Ces trois options ne jouent par ailleurs que dans l'hypothèse où aucun juge n'est compétent en application des règles générales de compétence.

Le rejet de l'option 3 fait l'objet d'un consensus. Certains membres estiment en effet que cette option est trop vague. Elle est toutefois défendue par une minorité de membres, en ce qu'elle permettrait de répondre à certains problèmes spécifiques. La situation suivante est prise comme illustration de la problématique : une Espagnole, mariée à un Sud-Américain, souhaite divorcer en Espagne, là où elle s'est installée seule suite à la séparation du couple. Le couple vivait en Amérique du Sud, l'homme y résidant encore après le départ de sa femme en Espagne. Aux termes des articles du projet, il n'est pas possible pour la ressortissante espagnole, résidant en Espagne, d'agir devant les juridictions de cet État. En effet, l'article 3 du projet ne prévoit pas la possibilité d'agir devant les juridictions de l'État de la résidence habituelle du demandeur. Or, en écartant l'option 3 et au vu de la formulation actuelle du for de nécessité, la demanderesse ne pourra qu'agir dans un État tiers. Pour éviter cela, et dans l'hypothèse où l'option 3 serait écartée, il est suggéré de retenir à tout le moins l'option 2, dans sa seconde variante.

La discussion se concentre ensuite sur la question de savoir s'il convient de retenir la nationalité d'un ou des époux. La majorité des membres se prononcent en faveur de l'option 1, qui exige que les deux époux soient citoyens de l'Union tout en pouvant avoir des nationalités différentes. Il est notamment relevé que cette option, en permettant de préserver l'effet d'une dérogation à cette compétence par une prorogation volontaire en faveur de juridictions d'un État tiers, est la plus logique en termes de citoyenneté européenne et permet en soi l'accès à la justice dans l'Union pour autant qu'il y ait eu circulation. Par ailleurs, dans un contexte mondial, l'Union doit se comporter comme un État, ce qui est confirmé par ses capacités et valeurs reprises dans les traités et dans la Charte. Il convient donc de distinguer l'intervention de l'Union de celle d'un législateur international adoptant des conventions. Certains membres, tout en acceptant le principe selon lequel l'Union européenne peut à l'occasion « se comporter comme un Etat », font toutefois observer que le fait de retenir la nationalité d'un des époux pour déterminer le tribunal compétent n'est pas raisonnable et conforme à un esprit vraiment internationaliste, peu importe que la règle exorbitante en question émane d'un Etat ou de l'Union. Ils relèvent aussi que cette option ne permettrait pas au juge de vérifier si ce for alternatif est ou non un for raisonnable et dénoncent le fait qu'elle créerait une forme de privilège de citoyenneté européenne, dans le cas où la compétence du juge d'un Etat tiers est parfaitement acceptable (exemple du juge suisse, les deux citoyens européens étant résidents en Suisse). Au cas où un procès en divorce devant le juge d'un Etat tiers n'est pas raisonnablement possible, le for de nécessité permettra de résoudre ce problème ; le for exorbitant n'est en revanche pas nécessaire.

Au cours de la discussion, il est toutefois indiqué que si le choix se porte sur l'option 1, cela ne résout toujours pas la situation détaillée ci-dessus du divorce entre une Espagnole et un Sud-Américain, la première étant revenue s'installer en Espagne et le second étant resté en Amérique du Sud (État de leur dernière résidence habituelle conjugale). Pour ce cas, il est suggéré de prévoir un *forum actoris* (en tant que dernier critère de l'échelle de rattachement en cascade), ce qui permettrait ainsi de sélectionner l'option 1 tout en trouvant une solution à cette situation particulière. La discussion fait apparaître que le critère de compétence – fondé sur la résidence habituelle du demandeur – doit se baser sur une résidence d'une certaine durée et ne doit pas être lié à un privilège de nationalité tel qu'existant dans le règlement Bruxelles II*bis* actuel. L'attention est toutefois attirée par une minorité de membres sur le fait que ce critère additionnel entraîne généralement une création artificielle de la résidence habituelle. Il conviendrait donc d'ajouter une condition de durée, les avis étant partagés entre 6 mois ou un an.

En définitive, il est décidé d'ajouter dans la règle générale le for de résidence d'une année au moins du demandeur et de retenir l'option 1, de l'article 7 du projet mais en supprimant son point b).

Se pose ensuite la question de l'intitulé de cette nouvelle disposition, certains membres suggérant de maintenir le titre « compétence subsidiaire » (comme cela se retrouve dans d'autres instruments européens) alors que d'autres préfèrent les termes « compétence résiduelle ». Un consensus se dégage en faveur de la dernière proposition.

En ce qui concerne le for de nécessité, un consensus existe en faveur de son maintien. Certains membres relèvent toutefois que telle que formulée dans le texte de base, cette disposition est trop vague. De plus, le for de nécessité au sens de ce texte ne vise pas l'hypothèse où un État refuserait sa compétence du fait qu'il ne reconnaît pas le mariage, par exemple entre personnes de même sexe, dont la dissolution est demandée devant ses juridictions. Pour certains, cette objection ne serait pas propre au for de nécessité et elle pourrait être rencontrée par un for de substitution analogue à celui de l'article 9 du règlement 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux. Ce point reste donc ouvert à discussion.

3) Vérification de la recevabilité

Article 10 : Vérification de la recevabilité

1. Lorsque le défendeur qui a sa résidence habituelle dans un État autre que l'État membre où l'action a été intentée ne comparaît pas, la juridiction compétente est tenue de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile afin de pourvoir à sa défense ou que toute diligence a été faite à cette fin.
2. L'article 19 du règlement (CE) n°1393/2007 s'applique en lieu et place des dispositions du paragraphe 1 du présent article si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis d'un État membre à un autre en exécution dudit règlement.
3. Lorsque les dispositions du règlement (CE) n° 1393/2007 ne sont pas applicables, l'article 15 de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale s'applique si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis à l'étranger en exécution de ladite convention.

Cette disposition est issue d'instruments antérieurs et pose de nombreuses questions techniques. Deux options sont proposées : conserver cet article 10, en ce qu'il reste un article standard repris dans de nombreux instruments européens, ou le supprimer, par manque d'utilité en raison de l'existence d'instruments européen et international sur ces questions précises⁵.

⁵ Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), et abrogeant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, *J.O.*, L 324, 10 décembre 2007, p. 79 ; Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

Un consensus se dégage en faveur de la suppression de cet article, principalement en raison de la faible probabilité de son utilité pratique.

4) Conflit de lois : autonomie de la volonté

Article 15 : Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion convention ; ou

b) Option 1. La loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou

Option 2. La loi de l'État avec lequel les époux entretiennent les liens les plus étroits au moment du mariage compte tenu de l'ensemble des circonstances

c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion convention; ou

d) la loi du for, [y compris si celui-ci est rendu compétent par la volonté des parties dans les circonstances visées à l'article 3bis]

2. [Sans préjudice du paragraphe 3,] une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, [mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction].

3. [Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for.]

4. [En cas de pluralité de nationalité, le choix prévu à l'article 1-c peut se porter sur la loi de l'un des États dont l'un des époux possède la nationalité]

La discussion fait apparaître qu'une majorité des membres est en faveur de l'option 1 de l'article 15, § 1, b), en raison de la marge d'appréciation laissée par l'option 2. Selon certains toutefois, l'option 2 permettrait de couvrir des cas problématiques. Par exemple, un ressortissant italien et une ressortissante hongroise, qui se rencontrent en Allemagne, s'y marient, ont un enfant commun avec qui ils ne parlent qu'allemand, se séparent et partent respectivement vivre en Belgique et au Luxembourg. Ils ne peuvent, si l'option 1 est retenue, faire choix du droit allemand à leur divorce.

Une alternative à l'option 2 est proposée. Elle revient à ajouter, à la suite de l'option 1, les termes « loi de l'État d'une résidence commune des époux à tout moment ». Elle élargit certes considérablement l'autonomie de la volonté. Mais l'article 16 permet d'écarter la loi choisie lorsque celle-ci a un effet inéquitable ou déraisonnable pour l'un des époux.

En conclusion, un consensus se dégage en faveur de l'option 1 de l'article 15 du texte proposé, modifié en ces termes : « loi de l'État d'une résidence habituelle commune des

époux au cours du mariage ». Ce faisant, la situation problématique illustrée ci-dessus est couverte par cette option.

5) Conflit de lois : moyens d'ordre public

[Article 19 : Application de la loi du for

Lorsque la loi applicable en vertu des articles 14 ou 17 ne prévoit pas le divorce [ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps,] la loi du for s'applique].

Article 21 : Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

L'article 19 proposé par le sous-groupe se présente comme une forme de clause spéciale d'ordre public. Il permet en effet d'appliquer la loi du for si la loi désignée comme applicable ne permet pas le divorce. C'est une règle très sévère, sujette à discussion. Une des propositions est de la supprimer. Une autre suggestion est de supprimer seulement la référence à l'égalité des sexes. Il est mentionné que dans certains États, la différence entre les sexes n'est pas toujours problématique et est prévue dans les deux sens (par exemple, en droit marocain, la possibilité existe également pour la femme de demander une répudiation). Ainsi, une formulation aussi rigoureuse entraîne un risque de voir la protection prévue par cette disposition se retourner contre les personnes qu'elle est censée protéger.

La discussion fait donc apparaître deux positions : la première, en faveur d'une suppression de la référence à l'égalité des sexes et la seconde, en faveur d'une suppression de l'article 19. La suppression de la seconde partie de la disposition trouve sa justification dans le fait que telle que formulée, elle requiert une analyse *in abstracto* de la loi désignée comme applicable, ce qui pourrait entraîner des résultats absurdes. En effet, certaines législations prévoient des dissolutions de mariage ouvertes aux seules femmes. Dans ces hypothèses, la loi désignée comme applicable devrait être écartée. De plus, il arrive que certaines femmes souhaitent divorcer alors que leur mariage ne peut être dissous que de manière unilatérale par leur époux. Dans ce cas, faut-il écarter l'application du droit de cet État du seul fait qu'il prévoit une inégalité en raison du sexe ? La seconde position, prônant la suppression de l'article 19 du texte, se base sur le risque d'avoir des interprétations *a contrario* de cette disposition.

Un consensus se dégage pour garder une disposition tout en tenant compte de la nécessité de protéger les femmes contre le risque réel de voir appliquer des lois étrangères discriminatoires. Un désaccord subsiste toutefois concernant la solution la mieux à même de répondre à cette nécessité.

Une référence spécifique pourrait alors être faite à cette forme de discrimination ou à des critères particuliers à prendre en compte dans l'article 21 relatif à l'exception d'ordre public. L'insertion d'éléments concrets à prendre en considération afin de conclure à l'existence d'une inégalité d'accès au divorce en raison du sexe (ce qui vise spécialement les répudiations) se justifie par un besoin de cohérence. Il convient d'être très clair, notamment vis-à-vis des officiers de l'état civil se chargeant de la transcription des actes, quant au fait que la condamnation ne concerne pas tout le droit étranger mais simplement son application jugée inadéquate. Il conviendrait donc de préciser les circonstances factuelles dans lesquelles cette condamnation devrait intervenir. À cet égard, il est suggéré de faire référence au consentement de la femme. Ainsi, il serait précisé qu'une répudiation ne sera reconnue que si la femme l'a acceptée de manière certaine (ou ne sera pas reconnue si la femme n'a pas consenti). Cet ajout du critère du consentement permettrait, d'une part, de couvrir le *khôl* (dissolution marocaine à l'initiative de la femme), voire même le *talak* qui aurait été accepté par une femme voulant le faire transcrire pour pouvoir ensuite se remarier, et d'autre part, il permettrait d'obtenir une interprétation plus précise des autorités administratives. D'autres membres indiquent qu'il serait plus adéquat d'intégrer une référence à l'inégalité en fonction du sexe dans l'article 19, lequel contient une exigence raisonnable en termes de charge de la preuve. Cette référence de l'article 19 permettrait d'arriver au résultat voulu, alors qu'une référence dans l'article 21 empêcherait de l'atteindre, en raison de l'exigence élevée de concrétisation et de preuve (aux termes de cette disposition, il est en effet fait référence à une application « manifestement incompatible »). D'autres membres s'opposent quant à eux à toute forme de concrétisation de l'ordre public. Il est relevé à cet égard que le risque est d'aboutir à ce que des situations similaires à celles qui seraient couvertes par l'ordre public concrétisé ne le soient pas *in fine* et à l'inverse, que des situations soient déclarées contraires à l'ordre public du seul fait qu'elles répondent au critère fixé dans la disposition alors même qu'elles ne le sont pas en réalité. Par ailleurs, il est relevé que le fait d'avoir une clause d'ordre public sans critère spécifique évite d'avoir des mauvaises interprétations des textes, sans pour autant empêcher les États de donner leurs instructions spécifiques à leurs officiers de l'état civil. Il est également précisé que le fait de prévoir des éléments concrets d'appréciation de l'ordre public, comme proposé par certains membres, revient en réalité à ne les prévoir que pour les dissolutions de droit musulman, laissant de côté les divorces hébraïques par exemple. Il suffirait, selon ces membres, d'indiquer – par exemple dans les considérants – que l'évaluation abstraite de la loi étrangère est actuellement dépassée.

Enfin, il est suggéré de concrétiser l'ordre public en faisant référence aux droits de l'homme. La question se pose ensuite de savoir si cette référence doit être faite dans les considérants du règlement ou dans l'article 21. Selon certains membres, une mention dans les considérants est en réalité devenue une clause de style dans les instruments européens, ayant pour conséquence leur interprétation à la lumière des droits fondamentaux. Il n'est donc pas utile d'en faire à nouveau mention dans l'article 21 du texte. Cela pourrait également entraîner un risque plus élevé d'interprétations divergentes, voire d'interprétation selon laquelle seule cette disposition est à interpréter à la lumière des droits de l'homme à l'exclusion des autres. D'autres membres proposent, soit de laisser le texte comme tel, soit d'ajouter une plus-value spécifique, notamment en termes de précision sur la non-application du droit étranger. Il est par ailleurs mentionné que cette question se posera aussi dans la cadre de la compétence indirecte.

En conclusion, un consensus se dégage pour enlever la seconde partie de l'article 19 du projet et pour introduire, à l'article 21, une référence aux droits fondamentaux en général, permettant d'aller au-delà de la défense de la seule égalité des sexes. Le considérant 58 du règlement successions et l'article 38 du règlement relatif aux régimes matrimoniaux seront pris comme modèles pour l'insertion de cette référence aux droits fondamentaux.

6) Conflit de lois : renvoi

Article 20 : Exclusion du renvoi

Option 1 : Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé.

Option 2 : conserver le renvoi de la loi d'un État tiers vers la loi d'un État membre.

En ce qui concerne le renvoi, deux options sont proposées. La première exclut le renvoi alors que la seconde le permet dans l'hypothèse où la loi d'un État tiers renvoie à celle d'un État membre. L'idée derrière l'option 2 est d'octroyer une forme de faveur au divorce, en permettant de renvoyer au droit d'un État membre, moins restrictif que celui de l'État tiers dont le droit a été désigné comme applicable.

Un désaccord subsiste quant au maintien ou non d'une quelconque forme de renvoi.

Les partisans du renvoi avancent que les États membres apprécieront le fait d'avoir la possibilité d'appliquer leur droit. Ils ajoutent que ce renvoi sera d'ailleurs utile dans le cadre de certains divorces privés d'États tiers. Il est de plus suggéré d'admettre également le renvoi au 1^{er} degré pour des questions de rapidité et de facilité au niveau de la justice.

Les opposants soulèvent la difficulté de mise en œuvre de cette technique. En pensant appliquer le droit étranger, on applique en réalité une règle étrangère (d'une manière d'ailleurs isolée d'autres règles sur le conflit de lois du droit étranger, notamment son exception d'ordre public) en vue de sa propre neutralisation. Dans tous les cas, en n'appliquant pas la loi de l'État tiers désignée pour prononcer le divorce mais le droit d'un État membre auquel il a été renvoyé, la reconnaissance ultérieure de la décision dans l'État tiers concerné pourra encore poser problème. Il est également relevé que le renvoi n'est, dans le cadre de ce projet, guère approprié eu égard à la possibilité offerte aux parties de choisir la loi applicable à leur divorce. De fait, la majorité des règlements prévoyant une forme d'autonomie de la volonté l'excluent, à l'exception du règlement relatif aux successions (pour des raisons pratiques liées à l'intervention d'autorités du lieu de situation des biens). Il est aussi rappelé que les règles de conflit de lois partent du postulat que le juge parviendra à dépasser l'application de son propre droit.

Une alternative est évoquée au renvoi, inspirée de l'exemple des Pays-Bas. Il s'agirait de privilégier l'application de la loi du for mais sans recours à la technique du renvoi, tout en préservant l'autonomie de la volonté. La majorité des membres relève qu'en ce faisant, c'est le projet d'origine, relatif à la loi applicable, qui est remis en cause et non pas le seul renvoi.

Il est décidé de maintenir l'option 2 tout en la mentionnant entre crochets pour marquer une hésitation sur ce point.

7) Reconnaissance des décisions étrangères

Article 27 : Motifs de non-reconnaissance des décisions de divorce ou de séparation de corps

Une décision rendue en matière de divorce, ou de séparation de corps n'est pas reconnue :

- a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;
- b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;
- c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ; ou
- d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis.

E. Pataut attire l'attention sur le contexte du divorce entre personnes de même sexe. En effet, à la suite des discussions précédentes relatives à la refonte des règlements en matière de divorce, le Groupe a inclus la dissolution de ces mariages dans le champ d'application du projet de règlement (session de 2015). Il a également supprimé l'article 13 du règlement Rome III, la « clause maltaise » étant devenue sans objet depuis l'adoption du divorce en droit maltais. En 2017, il a indiqué que les divorces entre personnes de même sexe devaient encore faire l'objet de règles spécifiques. La question restant à débattre est celle de la reconnaissance de ces divorces et du jeu de l'ordre public. En d'autres termes, l'interrogation demeure de savoir si un État, ne permettant pas le mariage entre personnes de même sexe, peut s'opposer à la reconnaissance du divorce.

Pour certains, l'article 27 pourrait comporter une phrase indiquant que le motif de contrariété à l'ordre public ne peut être invoqué en vue d'empêcher la reconnaissance d'un divorce entre personnes de même sexe.

Un consensus se dégage en faveur de l'absence de tout ajout à ce sujet. L'argument principal étant qu'en réalité, les implications pratiques sont minimales. Par ailleurs, suite à l'arrêt *Coman*, les États seront probablement contraints de reconnaître les mariages entre personnes de même sexe et ne pourront donc s'opposer ensuite à la reconnaissance de leur dissolution potentielle du seul fait que deux personnes de même sexe soient concernées.

8) État des travaux au terme de la réunion

Le Groupe constate un consensus sur les principaux éléments d'un texte provisoire, tout en appelant le sous-groupe à en effectuer une relecture après consultation électronique des membres au terme de la présente réunion, afin d'identifier les points nécessitant éventuellement une nouvelle discussion lors la prochaine réunion du Groupe en 2019.

A la suite de cette consultation, le sous-groupe a préparé une nouvelle version provisoire consolidant les résultats de la présente réunion et identifiant entre crochets des points encore ouverts à discussion.

La version provisoire établie par le sous-groupe suite à cette relecture se présente comme suit :

Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière de divorce.

Version provisoire au terme de la réunion d'Anvers (21-23 septembre 2018) telle qu'amendée en suivi de cette réunion par le sous-groupe pour être soumise à une réunion ultérieure⁶ (rapporteur : E. Pataut)

CHAPITRE I. CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier. Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps, quel que soit le sexe des époux.
2. Le présent règlement ne s'applique pas aux questions suivantes :
 - a) la capacité juridique des personnes physiques ;
 - b) l'existence, la validité, la reconnaissance ou l'annulation d'un mariage ;
 - c) la dissolution d'un partenariat ;
 - d) le nom des époux ;
 - e) les effets patrimoniaux du mariage ;
 - f) la responsabilité parentale ;
 - g) les obligations alimentaires ;
 - h) les trusts et les successions.
3. Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application du règlement lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée seulement à titre préalable, notamment à titre de défense ou de demande reconventionnelle.

Article 2. Relation avec les règlements (CE) no 4/2009, 650/2012 et 2016/1103

Le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des règlements (CE) no 4/2009, 650 /2012 et 2016/1103

Article 3. Définitions

1. Aux fins du présent règlement, la notion de «juridiction» inclut toute autorité judiciaire, ainsi que toute

⁶ Les termes entre crochets marquent des points d'attention du sous-groupe. Par ailleurs, celui-ci a pris note de la proposition de la présidence du Conseil en vue d'une refonte du règlement Bruxelles IIbis (doc. Conseil 14784/18, dossier 2016/0190 CNS, 30 novembre 2018), qui assimile aux décisions judiciaires les actes authentiques et les « accords enregistrés » en matière de divorce (art. 55bis et 55), tout en indiquant que « le règlement ne devrait pas autoriser la libre circulation de simples accords privés » (§ 20 de l'orientation générale). Cette approche s'écarte de celle de l'art. 42 du présent document.

autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de divorce ou de séparation de corps qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle de celle-ci, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent conformément au droit de l'État dans lequel ils exercent leurs fonctions :

- a) puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité ; et
- b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière.

2. Aux fins du présent règlement, la notion de « divorce non juridictionnel » inclut tous les divorces obtenus sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1.

CHAPITRE II – RÈGLES DE COMPÉTENCE

Article 4. Compétence générale

Sont compétentes pour statuer sur une demande relative au divorce ou à la séparation de corps des époux, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve, à la date de la saisine :

1. En cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux.
2. Dans les autres cas,
 - a) la résidence habituelle des époux ; ou à défaut
 - b) la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore ; ou à défaut
 - c) la résidence habituelle du défendeur ; ou, à défaut
 - d) la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande.

Article 5. Prorogation volontaire de compétence

1. Les époux peuvent convenir que le tribunal de la résidence habituelle de l'un d'eux, ou de la nationalité de l'un d'eux, sera exclusivement compétent pour connaître de leur divorce. Un tel choix peut avoir lieu à tout moment.

2. La convention est formulée par écrit, datée et signée par les parties. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

3. La juridiction saisie écarte la convention si son application entraînerait des conséquences manifestement inévitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

Article 6. Dérogation volontaire à la compétence

1. Le juge d'un État membre saisi d'une demande relevant de sa compétence en vertu du présent règlement et pour laquelle les parties sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État non membre pour en connaître à titre exclusif par une convention répondant aux conditions fixées par l'article 5 ne peut connaître du différend tant que le juge désigné n'a pas décliné sa compétence.

Il sursoit à statuer tant que le juge désigné n'a pas été saisi ou, après avoir été saisi, n'a pas décliné sa compétence. Il se dessaisit lorsque le juge désigné a rendu une décision qui peut être reconnue en vertu du droit de l'État du juge saisi.

Toutefois, il peut connaître du différend s'il apparaît que :

- a) Le juge désigné ne statuera pas dans un délai raisonnable ; ou
- b) Le juge désigné rendra une décision qui ne pourra pas être reconnue selon le droit de l'État du juge saisi ; ou

- c) La convention produirait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

2. Le choix par les parties d'un tribunal d'un État non membre est sans effet lorsque tous les autres éléments du litige sont localisés au moment de ce choix dans un seul État membre.

Article 7. Demande reconventionnelle

La juridiction devant laquelle la procédure est pendante en vertu de l'article 4 ou de l'article 5 est également compétente pour examiner une demande reconventionnelle, dans la mesure où celle-ci entre dans le champ d'application du présent règlement.

Article 8. Conversion de la séparation de corps en divorce

Sans préjudice de l'article 4 ou de l'article 5, la juridiction de l'État membre qui a rendu une décision sur la séparation de corps est également compétente pour convertir cette décision en divorce, si la loi de cet État membre le prévoit.

[Article 9. Compétence résiduelle

1. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5, 6 et 7 et que les époux ont la nationalité d'un même État membre ou d'États membres différents, sont compétentes les juridictions de l'État membre dont l'un des époux a la nationalité [ou dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile »] à la date de la saisine.

2. Toutefois le juge saisi se dessaisit lorsque les époux sont convenus de la compétence du tribunal ou des tribunaux d'un État non membre selon les conditions visées par l'article 6.]

Article 10. For de nécessité

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5, 6 et 7, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel, statuer sur le divorce ou la séparation de corps si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire présente un lien étroit.

[L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'État membre dont relève la juridiction saisie.]

Article 11. Transfert de compétence

À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel les époux ont un lien particulier est mieux placée pour connaître du fond en tout ou partie :

- a) surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément aux articles 4 à 10 ; ou
- b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément aux articles 4 à 8.

Article 12. Saisine d'une juridiction

Une juridiction est réputée saisie, y compris lorsqu'un préliminaire de conciliation ou de médiation est obligatoire :

- a) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur ; ou
- b) si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par la première autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.

Article 13. Vérification de la compétence

La juridiction d'un État membre saisie d'une demande pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre État membre est compétente en vertu du présent

règlement se déclare d'office incompétente.

Article 14. Litispendance et actions dépendantes

[1. Lorsque des demandes en divorce ou en séparation de corps sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci.

Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.]

3. Lorsque des demandes en divorce ou en séparation de corps sont formées entre les mêmes parties devant une juridiction d'un État membre et une juridiction d'un État tiers, la juridiction de l'État membre saisie en second lieu sursoit d'office à statuer si l'on s'attend à ce que la juridiction de l'État tiers rende dans un délai raisonnable une décision susceptible d'être reconnue dans cet État membre et si la juridiction de l'État membre concernée estime que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.

Article 15. Mesures provisoires et conservatoires

1. En cas d'urgence, les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un État membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État, prévues par la loi de cet État membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond.

2. Les mesures prises en exécution du paragraphe 1 cessent d'avoir effet lorsque la juridiction de l'État membre compétente en vertu du présent règlement pour connaître du fond a pris les mesures qu'elle estime appropriées.

CHAPITRE III. RÈGLES UNIFORMES SUR LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE ET À LA SÉPARATION DE CORPS

Article 16. Application universelle

La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre.

Article 17. Loi applicable à défaut de choix par les parties

À défaut de choix conformément à l'article 18, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :

- a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction; ou à défaut,
- b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou à défaut,
- c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction sauf si les époux ont plus d'une nationalité commune ; ou à défaut,
- d) dont la juridiction est saisie.

Article 18. Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

- a) la loi de l'État d'une résidence habituelle commune des époux au cours du mariage ; ou
- b) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux ; ou
- c) la loi du for, y compris si celui-ci est rendu compétent par la volonté des parties dans les circonstances visées à l'article 5.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction.

3. Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au

cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for.

4. En cas de pluralité de nationalités, le choix prévu au paragraphe 1-b peut se porter sur la loi de l'un des États dont l'un des époux possède la nationalité.

Article 19. Consentement et validité matérielle

1. L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si la convention ou la clause était valable.

2. Toutefois, pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1.

3. À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

Article 20. Validité formelle

1. La convention visée à l'article 18, paragraphes 1 et 2, est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

2. Toutefois, si la loi de l'État membre dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par la loi de l'un de ces pays.

4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

Article 21. Conversion de la séparation de corps en divorce

1. En cas de conversion d'une séparation de corps en divorce, la loi applicable au divorce est la loi qui a été appliquée à la séparation de corps, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 18.

2. Toutefois, si la loi qui a été appliquée à la séparation de corps ne prévoit pas de conversion de la séparation de corps en divorce, l'article 8 s'applique, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 17.

Article 22. Application de la loi du for

Lorsque la loi applicable en vertu des articles 17 ou 18 ne prévoit pas le divorce la loi du for s'applique.

Article 23. Exclusion du renvoi

1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé.

[2. Toutefois, lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers et que les règles de droit international privé en vigueur dans celui-ci renvoient à la loi d'un État membre, cette dernière loi s'applique.]

Article 24. Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application a un effet manifestement incompatible avec l'ordre public du for, notamment lorsqu'elle aurait un effet contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination.

Article 25. États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois territoriaux

Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou son propre ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement :

- a) toute référence à la loi de cet État est interprétée, aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement, comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée ;
- b) toute référence à la résidence habituelle dans cet État est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale
- c) toute référence à la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles applicables, l'unité territoriale choisie par les parties, ou en l'absence de choix, l'unité territoriale avec laquelle l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits.

Article 26. États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois interpersonnels

Pour un État qui a deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes et ayant trait aux questions régies par le présent règlement, toute référence à la loi d'un tel État est interprétée comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État. En l'absence de telles règles, le système de droit ou l'ensemble de règles avec lequel l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits s'applique.

Article 27. Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes

Un État membre dans lequel différents systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent aux questions régies par le présent règlement n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces systèmes de droit ou ensembles de règles.

CHAPITRE IV. RECONNAISSANCE

Section 1. Décisions rendues dans un État membre

Article 28. Reconnaissance d'une décision rendue dans un État membre

1. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.
2. En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un autre État membre en matière de divorce ou de séparation de corps qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre.
3. Toute partie intéressée peut demander que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

La compétence territoriale de la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque État membre à la Commission est déterminée par la loi de l'État membre dans lequel la demande de reconnaissance ou de non-reconnaissance est présentée.

4. Si la reconnaissance d'une décision est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci peut statuer en la matière.

Article 29. Motifs de non-reconnaissance d'une décision rendue dans un État membre

Une décision rendue en matière de divorce ou de séparation de corps n'est pas reconnue :

- a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;
- b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;
- c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ; ou
- d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis.

Article 30. Interdiction du contrôle de la compétence de la juridiction d'origine

Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'État membre d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article 29, point a), ne peut être appliqué aux règles de compétence visées aux articles 3 à 8.

Article 31. Disparités entre les lois applicables

La reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permet pas le divorce ou la séparation de corps sur la base de faits identiques.

Article 32. Interdiction de la révision au fond

En aucun cas, une décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 33. Sursis à statuer

1. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue dans un autre État membre peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire.

2. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue en Irlande ou au Royaume-Uni et dont l'exécution est suspendue dans l'État membre d'origine du fait de l'exercice d'un recours peut surseoir à statuer.

Article 34. Documents

1. La partie qui invoque ou conteste la reconnaissance d'une décision doit produire :

- a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ; et
- b) le certificat visé à l'article 36.

2. En outre, s'il s'agit d'une décision par défaut, la partie qui invoque la reconnaissance ou sollicite la délivrance d'une déclaration constatant sa force exécutoire doit produire :

- a) l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante ; ou
- b) tout document indiquant que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque.

Article 35. Absence de documents

1. À défaut de production des documents mentionnés à l'article 34, paragraphe 1, point b), ou paragraphe 2, la juridiction peut impartir un délai pour les produire ou accepter des documents équivalents ou, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser.

2. Il est produit une traduction des documents si la juridiction l'exige. La traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États membres.

Article 36. Certificat concernant les décisions en matière matrimoniale

La juridiction ou l'autorité compétente de l'État membre d'origine délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant un formulaire modèle.

Section 2. Décisions rendues dans un État non membre

Article 37. Reconnaissance des décisions rendues dans un État non membre

1. Les décisions rendues dans un État non membre sont reconnues dans les États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un État non membre en matière de divorce ou de séparation de corps qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État non membre.

3. Toute partie intéressée peut demander que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

La compétence territoriale de la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque État membre à la Commission est déterminée par la loi de l'État membre dans lequel la demande de reconnaissance ou de non-reconnaissance est présentée.

4. Si la reconnaissance d'une décision est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci peut statuer en la matière.

Article 38. Motifs de non-reconnaissance d'une décision rendue dans un État non membre

1. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État non membre n'est pas reconnue :

- a) si la juridiction de l'État d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'État d'origine et le litige, sauf si la partie qui s'oppose à la reconnaissance a accepté la compétence de la juridiction de l'État d'origine ;
- b) si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public substantiel ou procédural de l'État membre requis ou de l'Union européenne, en particulier :
 - i. si cette décision résulte d'un manquement aux principes qui régissent le droit au procès équitable ou résulte d'une fraude commise dans la procédure, ou
 - ii. si elle aurait un effet contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination.
- c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;
- d) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ;
- e) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis ; ou
- f) si elle est encore susceptible de recours ordinaire dans l'État d'origine.

2. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État non membre peut ne pas être reconnue si la demande a été introduite dans l'État d'origine après l'introduction devant le tribunal d'un État membre d'une demande en divorce ou en séparation de corps entre les mêmes parties.

Article 39. Interdiction de la révision au fond

En aucun cas la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 40. Documents

1. La partie qui invoque la reconnaissance d'une décision rendue dans un État non membre doit produire :

- a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité
- b) s'il s'agit d'une décision rendue par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document attestant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ; et
- c) tout document nécessaire pour établir que la décision n'est pas susceptible de recours ordinaire dans l'État d'origine, qu'elle a été signifiée ou notifiée à la partie contre laquelle elle a été prononcée et qu'elle est exécutoire dans cet État.

2. Il est produit une traduction certifiée des documents si la juridiction ou l'autorité compétente l'exige, d'office ou à la demande d'une partie.

CHAPITRE V. ACTES REÇUS PAR UNE JURIDICTION ET DIVORCES NON JURIDICTIONNELS

Article 41. Reconnaissance des actes authentiques et accords sur le divorce

Les actes authentiques et les accords sur le divorce reçus par une juridiction étrangère au sens de l'article 3§1 sont reconnus dans les mêmes conditions que les décisions.

Article 42. Divorces consensuels – Loi applicable

La dissolution consensuelle ou sur demande acceptée d'un mariage obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1 ne produit effet sur le territoire des États membres que si elle est conforme à la loi

applicable désignée en application du chapitre III.

Article 43. Divorces unilatéraux – Loi applicable

La dissolution du mariage fondée sur la seule déclaration unilatérale obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1 ne produit effet sur le territoire des États membres que si elle est conforme à la loi applicable désignée en application du chapitre III et qu'elle a été acceptée de façon certaine par l'autre conjoint [ou que, malgré le défaut d'acceptation par l'autre conjoint, sa reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public et notamment à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne].

II. EXAMEN D'UN PROJET D'INSTRUMENT EUROPÉEN SUR LES DROITS RÉELS

F. Garcimartin rappelle que c'est lors de la réunion de Hambourg (2017) qu'une discussion a eu lieu au sein du Groupe quant à l'opportunité d'adopter un instrument de droit européen en matière de droits réels. Il avait alors été décidé qu'un sous-groupe travaillerait à l'établissement d'un premier inventaire des orientations possibles. La présentation se focalise sur le champ d'application (en ce compris la liste des exclusions) et sur les règles uniformes proposées (voy. **Annexe 2**).

1) Champ d'application

3. L'instrument futur déterminera le droit applicable aux droits réels, soit aux droits détenus sur un bien et qui sont opposables aux tiers (*erga omnes*). Les tiers incluent tout demandeur concurrent d'un même bien, notamment tous créanciers détenteurs d'une sûreté, créanciers en vertu d'une décision de justice, cessionnaires ultérieurs ou administrateurs judiciaires.

4. L'instrument s'appliquera autant aux biens corporels [qu'incorporels, en ce compris les droits de propriété intellectuelle].

5. L'instrument aura un champ d'application universel.

6. Matières exclues :

- la capacité ;
- les obligations contractuelles ;
- les délits ;
- le droit des sociétés ;
- l'insolvabilité ;
- le transfert de biens et les responsabilités *uti universi*.

La discussion fait apparaître un débat quant à l'exclusion ou non des biens incorporels, spécifiquement les droits de propriété intellectuelle.

Certains membres se prononcent en faveur d'une exclusion des droits de propriété intellectuelle du projet, et de manière plus générale, de tous les biens incorporels. Divers arguments sont avancés en faveur de cette exclusion. Il est notamment relevé que les règles de conflit de lois divergent de manière considérable en cette matière, entraînant la non-application d'un grand nombre de règles générales du droit des biens. Par ailleurs, le fait d'inclure les droits de propriété intellectuelle compliquerait grandement la finalisation de l'instrument. De plus, les droits de propriété intellectuelle font l'objet de règles uniformes au sein de l'Union et sont donc gouvernés par des solutions particulières. Il est donc suggéré de ne pas les inclure pour le moment et d'en discuter ultérieurement, lorsque les discussions au sujet de ces droits avanceront au niveau de l'Union.

D'autres membres se prononcent en faveur de l'inclusion des droits incorporels, et plus spécifiquement des droits de propriété intellectuelle. En effet, la complexité de la question n'empêche pas d'en discuter au sein de ce Groupe. La matière est généralement laissée de côté dans le cadre d'études générales. Même s'il existe certaines conventions internationales sur le sujet, certains points – comme la titularité de droits d'auteur – ne sont toutefois pas abordés. Il conviendrait donc de procéder à une réflexion générale sur le sujet. De plus, le patrimoine de nombreuses entreprises est composé majoritairement de biens incorporels et le monde se dématérialise de plus en plus, ce qui devrait inciter à couvrir le traitement des biens incorporels. Par ailleurs, les travaux du CLIP (*Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property*, relevant de l'Institut Max Planck) et de l'*American Law Institute* pourraient notamment servir de base de réflexion.

La discussion fait apparaître une volonté de traiter des droits de propriété intellectuelle mais dans un document séparé et en tout cas, en sous-groupe. Une volonté se dégage pour postposer la discussion quant à l'exclusion ou non des droits de propriété intellectuelle du champ d'application du projet.

Un autre point ouvert à discussion concerne l'exclusion ou non des trusts du champ d'application. Ces derniers ne sont pas expressément listés dans les exclusions du projet d'instrument, dès lors que la création d'un trust a des conséquences en termes de propriété. Pourtant, la création d'un trust — et elle seule — doit être exclue du champ d'application matériel. En cas d'exclusion générale du trust de l'instrument, ses conséquences en termes de droits de propriété risquent également d'être exclues, ce qui ne serait pas logique. Ainsi, si les trusts devaient être exclus, l'exclusion devra être claire, au vu des conséquences en termes de droits de propriété. Le point reste ouvert à discussion.

Il est, au surplus, suggéré d'inclure des règles relatives à la compétence judiciaire, directe et indirecte, en travaillant sur cette question de manière globale.

L'application universelle de l'instrument ne fait, quant à elle, pas débat.

2) Règles uniformes

La proposition d'instrument se base sur l'article 2, § 9, du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité⁷ pour établir la liste des règles de conflit de lois. Le but est d'avoir une certaine cohérence entre les différents instruments.

Encore faudra-t-il tenir compte également d'autres instruments existants, relatifs à certains biens, telle la directive 2014/60 sur la restitution des biens culturels.

8. Pour les biens corporels : les droits réels sur des biens corporels sont régis par la loi de l'État sur le territoire duquel le bien est localisé au moment opportun. Une définition du « moment opportun » devrait être ajoutée, par exemple le moment de la création avec opposabilité aux tiers du droit réel concerné.

Pour les biens corporels, la règle classique de la localisation du bien est retenue.

Au cours de la discussion, il est suggéré d'ajouter – dans le cadre de la définition du moment opportun – deux mots à la suite de « création », à savoir les termes : « transformation et modification ».

9. Pour les biens corporels en transit ou à exporter : une règle spécifique devrait être ajoutée pour ces biens, laquelle permettrait aux parties de créer un droit réel en vertu de la loi de l'État de destination.

La discussion fait apparaître une interrogation dans le cas des biens négociés en transit (tel le connaissance maritime). L'exemple est donné d'un bien exporté du Canada vers la Russie, à l'égard duquel un tiers invoque un droit réel. Se pose en effet la question de l'application de la loi de l'État de destination (ici, la loi russe), alors qu'en général, le contrat de transit fait l'objet de négociations quant au lieu de destination. Une solution pourrait être d'appliquer la loi de situation tant que le bien n'a pas fait l'objet d'enregistrement dans l'État de destination. Il ressort de la discussion que ce problème devra être abordé dans le cadre spécifique des instruments négociables.

10. Pour les biens enregistrés : les droits réels sur les biens corporels dont la propriété, la possession ou l'admissibilité doivent être inscrits dans un registre public, sont régis par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. Cela inclut les droits de propriété intellectuelle enregistrés.

Cette disposition, qui est une exception à la règle de la localisation du bien, est d'une grande importance pour les moyens de transport, par exemple pour les avions et navires devant toujours être enregistrés dans un État. En vertu de cette règle, le droit de l'État d'enregistrement s'applique à ces biens, permettant ainsi une plus grande sécurité juridique par rapport à celle découlant de l'application de la loi de l'État de la présence physique des biens.

⁷ Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.*, L 141, 5 juin 2015, p. 19.

Il est par ailleurs suggéré d'y inclure le privilège maritime, pour autant qu'il porte sur un navire faisant l'objet d'un enregistrement dans un État.

11. Pour les brevets européens : les droits réels sur des brevets européens sont régis par la loi de l'État pour lequel le brevet européen est délivré.

12. Pour les droits de propriété intellectuelle européen avec effets unitaires : les droits réels sur ces droits sont régis par la loi de l'État membre désigné en application de l'article 19 du règlement sur les marques européennes⁸.

En ce qui concerne la question des droits de propriété intellectuelle, il est relevé que la règle est trompeuse et qu'il est préférable de ne pas parler en termes de règles de conflit de lois.

Il est alors suggéré de réfléchir à l'adoption d'une règle de rattachement non universelle en cette matière (car il n'est pas requis d'avoir des règles universelles malgré la tradition actuelle en ce sens), ou à deux jeux de règles de rattachement, dont l'une jouerait dans le cadre de situations rattachées à l'Union et l'autre, complémentaire, aux situations hors Union ou rattachées à un seul État. La règle qui s'appliquerait aux situations dans l'Union trouverait sa justification dans le marché intérieur, qui permet de supposer l'existence d'une forme de protection européenne, par exemple d'une marque nationale qui serait enregistrée pour la première fois dans un État et qui devrait être reconnue dans les autres États. La question se pose toutefois de savoir si ce jeu de règles de rattachement est nécessaire en matière de marques, dès lors qu'une personne souhaitant une protection de sa marque dans l'Union pourra l'obtenir en faisant simplement une demande de marque européenne. Cela semble *a priori* plus utile dans des domaines moins réglementés, comme les droits d'auteur.

La discussion fait apparaître que la règle du projet relative aux droits de propriété intellectuelle avec effets unitaires ne vise pas uniquement les marques. Il est précisé à cet égard qu'il y a lieu de procéder à une distinction entre les droits de propriété intellectuelle européens et nationaux, les derniers étant protégés dans les États concernés et relevant donc du droit de ces États. À l'inverse, les droits intellectuels de nature européenne font l'objet d'une harmonisation mais pas au niveau des droits réels, sauf en ce qui concerne les marques. D'où la proposition dans le projet d'instrument relatif aux droits réels de reprendre l'article 19 du règlement relatif aux marques, sans pour autant en limiter l'application aux seules marques.

⁸ Règlement (UE) n° 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne, J.O., L 154, 16 juin 2017, p. 1. L'article 19, intitulé « Assimilation de la marque de l'Union européenne à la marque nationale », prévoit ce qui suit :

« 1. Sauf disposition contraire des articles 20 à 28, la marque de l'Union européenne en tant qu'objet de propriété est considérée en sa totalité et pour l'ensemble du territoire de l'Union comme une marque nationale enregistrée dans l'État membre dans lequel, selon le registre :

a) le titulaire a son siège ou son domicile à la date considérée;

b) si le point a) n'est pas applicable, le titulaire a un établissement à la date considérée.

2. Dans les cas non prévus au paragraphe 1, l'État membre visé audit paragraphe est celui dans lequel l'Office a son siège.

3. Si plusieurs personnes sont inscrites au registre en tant que cotitulaires, le paragraphe 1 est applicable au premier inscrit ; à défaut, il s'applique dans l'ordre de leur inscription aux cotitulaires suivants. Lorsque le paragraphe 1 ne s'applique à aucun des cotitulaires, le paragraphe 2 est applicable ».

13. Pour les droits d'auteur et les droits voisins : les droits réels sur les droits d'auteur et les droits voisins sont régis par la loi de l'État [sur le territoire duquel le titulaire de ces droits a sa résidence habituelle ou son siège statutaire, voy. l'article 2, § 9, du règlement relatif aux procédures d'insolvabilité] [pour lequel la protection est réclamée, voy. l'article 8, § 1, du règlement Rome II] [en vertu de laquelle le droit a été constitué].

Cette disposition vise les droits d'auteur et voisins qui ne font pas l'objet d'un enregistrement. Cette matière est très complexe. Il est notamment proposé d'appliquer la loi de l'État de la résidence habituelle, ou du siège statutaire, du titulaire du droit. À cet égard, au cours de la discussion, il est suggéré de distinguer deux aspects particuliers des droits d'auteur d'un point de vue économique (à savoir, le travail de commande et les créations collectives) et de prévoir de ce fait des règles distinctes.

Par ailleurs, la question de la territorialité des droits d'auteur est soulevée, spécifiquement dans le contexte d'Internet. Même s'il devait apparaître que les droits d'auteur sont par nature territoriaux, la question ne serait toutefois pas résolue pour le contenu en ligne — qui pourrait se prêter au critère du lieu de l'équipement permettant l'accès au contenu. Cette question est également en lien avec les prérogatives du titulaire de ces droits. Par ailleurs, un désaccord existe quant au fait que la Convention de Rome du 26 octobre 1961 sur la protection des artistes interprètes ou exécutants réglerait ces questions. La réponse n'est actuellement pas certaine. Quant à la solution d'un conflit entre auteurs concurrents se prétendant titulaires de droits, une solution pourrait être cherchée dans un rattachement de type distributif, accordant à chacun une protection territorialement limitée.

Enfin, la question de l'autonomie de la volonté est soulevée. Il semble que cela ne pose pas de problème dans le cadre d'un contrat entre un éditeur et un auteur. Par contre, certains États disposent de lois impératives en la matière qui pourront intervenir en tant que lois de police. Dans le cadre d'un litige entre cocontractants, la loi du contrat trouvera à s'appliquer mais il restera à s'interroger quant à l'application des lois de police éventuelles d'un autre État. En d'autres termes, se posera la question de l'articulation entre une règle de droit d'auteur dans ce contexte et une règle de rattachement contractuelle.

En conclusion, les discussions devront se poursuivre sur des questions spéciales laissées en suspens, tout en accordant la priorité aux biens corporels, y compris les titres portant sur de tels biens.

III. ACTUALITÉ DU DROIT DE L'UNION

A. La reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe – Remarques sous l'arrêt *Coman* de la Cour de justice de l'Union européenne

Ch. Kohler présente l'arrêt *Coman*⁹ sous un angle intéressant les conflictualistes, soit la question de la reconnaissance et spécifiquement, de la méthode de la reconnaissance.

La Cour de justice y contraint la Roumanie – sur la base de l'article 21, §1 TFUE – à octroyer un titre de séjour au conjoint américain d'un citoyen roumain de même sexe, lequel avait fait usage de sa liberté de circulation avant de revenir s'installer dans son pays d'origine. Le mariage avait été conclu en Belgique, lors d'un séjour effectif où le couple y avait mené une vie de famille. Comme en matière de nom patronymique, la Cour exige la reconnaissance du mariage nonobstant les règles de conflit et de droit matériel de l'État membre concerné.

1) Rappel des faits et des termes de la question préjudicielle

M. Coman, ressortissant roumain et américain, a rencontré à New-York M. Hamilton, ressortissant américain. Après quelques années de cohabitation dans cette ville, M. Coman est parti s'installer à Bruxelles pour travailler au Parlement européen alors que M. Hamilton est resté vivre à New-York. Ils se sont ensuite mariés à Bruxelles. Les deux époux, voulant vivre ensemble en Roumanie, ont demandé aux autorités roumaines de leur communiquer les informations relatives à l'octroi d'un droit de séjour pour M. Hamilton au titre du regroupement familial. Les autorités roumaines ont rendu un avis négatif, décrétant que M. Hamilton ne pouvait bénéficier d'un droit de séjour de plus de trois mois, dès lors que le mariage entre personnes de même sexe ne pouvait pas être reconnu en Roumanie. M. Hamilton n'a donc pas pu être reconnu comme membre de la famille de M. Coman, du fait de l'absence de reconnaissance de son statut juridique de conjoint en Roumanie.

Un recours a été introduit devant un tribunal de première instance en Roumanie, en vue notamment de faire constater l'existence d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans le cadre de l'exercice du droit à la libre circulation dans l'Union. Au cours de la procédure, les demandeurs ont soulevé une exception d'inconstitutionnalité de l'article 277, paragraphes 2 et 4, du Code civil roumain¹⁰. Ils estiment « que l'absence de reconnaissance, aux fins de l'exercice du droit de séjour, des mariages entre personnes de même sexe conclus à l'étranger constitue une violation des dispositions de la Constitution roumaine qui protègent le droit à la vie intime, à la vie de famille et à la vie privée ainsi que des dispositions relatives au principe d'égalité » (point 14). La Cour constitutionnelle, saisie par le tribunal de première instance relève que l'affaire portée devant elle portait sur la reconnaissance d'un mariage légalement conclu à l'étranger entre un citoyen de l'Union et son conjoint de même sexe, ressortissant d'un État tiers, au regard du droit à la vie de famille et du droit à la libre circulation.

Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle pose les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice :

⁹ Arrêt du 5 juin 2018, aff. C-673/16, *Coman*.

¹⁰ L'article 277, paragraphes 2 et 4, du code civil roumain se lit comme suit :

« 2. Les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger par des citoyens roumains ou par des étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie. [...] »

4. Les dispositions légales relatives à la libre circulation sur le territoire roumain des citoyens des États membres de l'Union européenne et de l'Espace économique européen sont d'application ».

« 1) La notion de “conjoint” au sens de l’article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38, lu à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, s’applique-t-elle à un ressortissant d’un État non membre de l’Union européenne, de même sexe que le citoyen de l’Union européenne avec lequel il est légalement marié, conformément à la loi d’un État membre autre que l’État d’accueil ?

2) En cas de réponse affirmative, l’article 3, paragraphe 1, et l’article 7, paragraphe [2], de la directive 2004/38, lus à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, exigent-ils que l’État membre d’accueil accorde le droit de séjour sur son territoire pour une durée de plus de trois mois au conjoint de même sexe d’un citoyen de l’Union européenne ?

3) En cas de réponse négative à la première question, un ressortissant d’un État non membre de l’Union européenne, de même sexe que le citoyen de l’Union européenne avec lequel il est légalement marié, conformément à la loi d’un État membre autre que l’État d’accueil, peut-il être qualifié d’“autre membre de la famille” au sens de l’article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38 ou de “partenaire avec lequel le citoyen de l’Union a une relation durable, dûment attestée”, au sens de l’article 3, paragraphe 2, sous b), de ladite directive, avec l’obligation qui en découle, pour l’État membre d’accueil, de favoriser l’entrée et le séjour de l’intéressé, même si cet État ne reconnaît pas les mariages entre personnes de même sexe et ne prévoit aucun mode alternatif de reconnaissance juridique, tel que le partenariat enregistré ?

4) En cas de réponse affirmative à la troisième question, l’article 3, paragraphe 2, et l’article 7, paragraphe 2, de la directive 2004/38, lus à la lumière des articles 7, 9, 21 et 45 de la Charte, exigent-ils que l’État membre d’accueil accorde le droit de séjour sur son territoire pour une durée de plus de trois mois au conjoint de même sexe d’un citoyen de l’Union européenne ? » (point 17).

2) Raisonnement de la Cour

La Cour rappelle que « la directive 2004/38 [...] régit uniquement les conditions d’entrée et de séjour d’un citoyen de l’Union dans les États membres autres que celui dont il a la nationalité et qu’elle ne permet pas de fonder un droit de séjour dérivé en faveur des ressortissants d’un État tiers, membres de la famille d’un citoyen de l’Union, dans l’État membre dont celui-ci possède la nationalité » (point 20). Elle se penche ensuite sur l’interprétation de l’article 21 TFUE, dès lors que dans certains cas, un ressortissant d’un État tiers – membre de la famille d’un citoyen européen – peut se voir octroyer un droit de séjour dérivé sur cette base. À cet égard, la Cour a eu l’occasion de juger que « lorsque, à l’occasion d’un séjour effectif du citoyen de l’Union dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, en vertu et dans le respect des conditions prévues par la directive 2004/38, une vie de famille s’est développée ou consolidée dans cet État membre, l’effet utile des droits que le citoyen de l’Union concerné tire de l’article 21, paragraphe 1, TFUE exige que la vie de famille que ce citoyen a menée dans ledit État membre puisse être poursuivie lors de son retour dans l’État membre dont il possède la nationalité, par l’octroi d’un droit de séjour dérivé au membre de la famille concerné, ressortissant d’un État tiers » (point 24).

Enfin, la Cour précise que les conditions d’octroi de ce droit de séjour dérivé ne peuvent pas être plus strictes que celles prévues par la directive 2004/38. Elle se penche alors sur l’interprétation du terme « conjoint », et spécifiquement sur la question de savoir si ce terme

visé le ressortissant d'un État tiers de même sexe que le citoyen de l'Union. Elle part du postulat selon lequel M. Coman a, lors d'un séjour effectif en Belgique, développé ou consolidé à cette occasion une vie de famille avec M. Hamilton.

3) Principe fixé par cet arrêt

La Cour n'entre pas dans une discussion très approfondie. Elle indique simplement que le mariage des parties, conclu régulièrement en Belgique et d'après la loi de cet État, doit être considéré comme valable. D'autant que les parties ont séjourné de manière effective et prolongée dans cet État, sur le territoire duquel une vie de famille s'est développée. Ainsi, aux termes du raisonnement de la Cour, une situation valablement constituée dans un État membre et qui présente des liens raisonnables et suffisants avec cet État fait l'objet d'une reconnaissance de principe.

De l'avis du rapporteur, sans que cet arrêt n'établisse une règle de principe, il permet toutefois de tirer un enseignement en matière d'état des personnes : la confirmation du régime de la reconnaissance. L'arrêt rappelle en effet les deux conditions requises pour qu'une situation puisse bénéficier du régime de la reconnaissance, soit en l'espèce l'exigence que le mariage ait été conclu en conformité avec le droit désigné comme applicable en vertu des règles de conflit de lois de l'État membre de célébration et l'exigence d'un lien suffisant avec cet État. En d'autres termes, le mariage doit avoir été valablement conclu dans l'État membre sur le territoire duquel le citoyen s'est rendu et a séjourné de manière effective, après avoir fait usage de sa liberté de circulation. En l'espèce, la condition du lien suffisant avec l'État – et donc du séjour effectif – n'a pas posé problème, la Cour ayant pris pour acquis le fait que la vie de famille avait été développée ou consolidée lors d'un séjour effectif en Belgique.

Cet arrêt peut être rapproché de l'arrêt *Freitag*¹¹ de la Cour de justice en matière de nom. Cette affaire concernait l'interprétation de l'article 21 TFUE dans le cadre d'un refus de reconnaissance et de transcription, dans un État membre, du nom légalement obtenu par un ressortissant de cet État membre dans un autre État membre dont il possède également la nationalité. En l'espèce, les autorités allemandes avaient refusé le changement de nom obtenu en Roumanie, du fait que le requérant ne l'avait pas obtenu dans le cadre d'un séjour habituel dans cet État (à l'époque de la procédure de changement de nom, le requérant résidait habituellement en Allemagne). La Cour a jugé que la condition fixée en droit allemand était susceptible de constituer une entrave à l'exercice du droit consacré à l'article 21 TFUE. Pour la Cour, le lien avec l'État dans lequel la situation s'est créée repose en l'espèce sur la nationalité du requérant.

En résumé, l'arrêt *Coman* ne soulève pas tellement d'interrogations en ce qui concerne le régime de la reconnaissance et les deux conditions posées par les arrêts antérieurs. Il en va par contre différemment quant à ses effets.

4) Effets de cet arrêt

Dans cet arrêt, la Cour reste particulièrement attentive à limiter la reconnaissance du mariage au seul contexte migratoire. Elle répète à plusieurs reprises que la reconnaissance du mariage en Roumanie est exigée « aux seules fins » de l'octroi d'un séjour dérivé du

¹¹ Arrêt du 8 juin 2017, aff. C-541/15, *Freitag*.

ressortissant américain en sa qualité de membre de la famille du citoyen de l'Union (par exemple, voy. les points 40 et 45).

En d'autres termes, la Cour ne mentionne nulle part les effets civils en Roumanie du mariage conclu en Belgique. Dans ses arrêts antérieurs en matière de nom, la Cour n'avait pas adopté une telle limitation des effets de la reconnaissance. À titre d'exemple, l'arrêt *Grunkin et Paul*¹² exige que le nom acquis au Danemark soit reconnu comme nom patronymique par les autorités allemandes, sans qu'elle n'en limite les effets.

Le rapporteur s'interroge quant au pourquoi d'une telle limitation. Selon lui, cette limitation des effets de la reconnaissance permet à la Cour de rejeter (de manière assez catégorique) la défense de la Roumanie, selon laquelle la restriction à la libre circulation qui résulte du refus de reconnaissance de ce mariage entre personnes de même sexe était justifié par des raisons liées à l'ordre public et au caractère fondamental de l'institution du mariage¹³. En effet, en limitant l'obligation de reconnaître le mariage aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers, la Cour indique qu'il n'est de ce fait pas porté « atteinte à l'institution du mariage dans [cet État membre], laquelle est définie par le droit national » (point 45). Cet État membre reste alors libre de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. En conclusion, « une telle obligation de reconnaissance aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'État membre concerné » (point 46).

La question se pose ensuite de savoir pourquoi la Cour empêche les États de faire valoir leurs convictions en matière de mariage. Cette question se pose d'autant plus que selon le rapporteur, la position de la Cour sur ce point diffère d'autres matières, comme celle du nom. En effet, dans le cadre du refus de reconnaissance de titres de noblesse comme éléments du nom, la Cour avait admis que la violation de l'ordre public constitutionnel de l'État concerné permettait de justifier l'entrave à la liberté de circulation¹⁴. Ainsi, il est étonnant de constater que la Cour ait pu admettre cette défense en matière de nom mais qu'elle ait pu l'écartier en matière de mariage entre personnes de même sexe. La Cour s'explique en rappelant qu'une mesure nationale, constitutive d'une entrave, ne peut être justifiée que si elle est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte, *in casu* l'article 7 de la Charte à rapprocher de l'article 8 de la CEDH (points 47 à 50). Partant, à la différence des affaires en matière de non-reconnaissance des titres de noblesse, la justification avancée par le gouvernement roumain dans l'affaire *Coman* était peu compatible avec les droits fondamentaux et spécifiquement, le droit au respect de la vie privée et familiale garanti tant par la Charte que par la CEDH.

Selon le rapporteur, lorsque la Cour indique que l'octroi d'un titre de séjour à un conjoint de même sexe d'un citoyen roumain ne concerne pas l'identité nationale et ne remet pas en question l'ordre public, elle jette simplement de la poudre aux yeux. L'octroi de ce titre de séjour concerne en réalité l'ordre juridique interne roumain car même si la Roumanie n'est

¹² Arrêt du 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*.

¹³ L'argument de la Roumanie trouve son origine du fait du caractère sensible de cette question, ce type de mariage heurtant les convictions et les valeurs telles que reconnues et comprises en Roumanie. Cet État a été soutenu par plusieurs autres gouvernements, lesquels ont insisté sur le caractère fondamental de l'institution du mariage devant s'entendre comme l'union entre une femme et un homme. Le gouvernement letton a d'ailleurs rappelé que le mariage fait partie intégrante de l'identité nationale au sens du traité UE et que la reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe heurte l'ordre public et l'identité nationale tels qu'entendus par cet État (point 42).

¹⁴ Arrêt du 22 décembre 2010, aff. C-208/09, *Wittgenstein*.

pas contrainte d'introduire dans son droit national l'institution du mariage entre personnes de même sexe, mais de délivrer un titre de séjour, les conséquences juridiques vont au-delà de ce titre de séjour. L'obligation de reconnaissance de ce mariage impacte en réalité l'ordre juridique roumain et touche à ses préoccupations intimes, dès lors que cette obligation contribue à l'érosion de l'institution traditionnelle du mariage en Roumanie et qu'elle donne l'impulsion aux forces qui luttent contre le maintien du statut *quo* et qui militent en faveur de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe.

Un membre se demande si la solution de l'arrêt *Coman* aurait été différente si le mariage avait été célébré à New-York et qu'il avait ensuite été reconnu en Belgique. *A priori*, il n'y aurait pas de raison de s'opposer à la reconnaissance en Roumanie de ce mariage reconnu en Belgique. Il est toutefois mentionné que l'exception d'ordre public pourrait sans doute être mobilisée plus facilement pour s'y opposer.

Un autre membre établit un parallèle avec les mariages polygamiques, dont seuls certains effets sont reconnus (par exemple, en Allemagne, la possibilité existe de reconnaître des effets alimentaires à ces unions). Il suggère de donner une interprétation similaire à l'arrêt *Coman*.

5) Avenir de l'arrêt

L'avenir de cet arrêt est, selon le rapporteur, le point le plus intéressant. Il pose en quelque sorte la question de savoir dans quelle direction la jurisprudence va pouvoir se développer.

Pour lui, les effets de la reconnaissance du mariage ne vont pas se limiter au droit de séjour du conjoint de même sexe. On peut en effet imaginer d'autres effets comme des effets de droit public, de droit social, etc. Par exemple, si une allocation, ou toute autre prestation sociale, suppose que le titulaire soit marié, un mariage entre personnes de même sexe va devoir être reconnu au même titre qu'un mariage entre un homme et une femme. Il ne sera donc probablement pas possible de nier cette qualité de conjoint, d'autant que le droit dont l'octroi est demandé relève du droit de l'Union. L'arrêt *Coman* aborde d'ailleurs la question lorsqu'il est précisé que l'obligation de reconnaître de tels mariages est limitée « aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union » (point 45).

L'étape suivante peut conduire à la reconnaissance des effets civils d'un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un autre État membre. Selon le rapporteur, nous n'y sommes pas encore même si certains effets civils pourraient devoir être reconnus. Par exemple, un conjoint, du fait de son mariage conclu à l'étranger, acquiert le nom de son conjoint et demande à ce qu'il soit inscrit dans les registres roumains. Sur quelle base les autorités roumaines pourraient-elles s'opposer aux effets de ce mariage ?

Il est fait remarquer que la Cour donne en réalité elle-même la clé d'accès à une reconnaissance des effets civils de ce type d'union, laquelle serait le droit des citoyens de l'Union « de mener une vie familiale normale tant dans l'État membre d'accueil que dans l'État membre dont ils possèdent la nationalité, lors du retour dans cet État membre, en y bénéficiant de la présence, à leurs côtés, des membres de leur famille » (point 32). Ce concept de « vie familiale normale » peut englober un certain nombre de choses, en ce compris des effets civils liés à la reconnaissance d'un mariage conclu dans un autre État. D'autant que pour la Cour, il suffit – à la suite de l'arrêt *Coman* – que le citoyen de l'Union ait développé ou consolidé une vie de famille dans l'État membre où le mariage a été conclu pour se prévaloir de ce droit.

Il est également possible que l'obligation de reconnaissance s'étende à d'autres variantes du mariage qui, pour d'autres raisons que celles de l'affaire présentée, sont considérées par certains États comme des mariages non valables. Un exemple est donné en matière de mariage avec une personne âgée de moins de 16 ans. Un tel mariage, conclu légalement dans un État membre avec une fille âgée de 15 ans, risque de devoir être reconnu en Allemagne et ce, en dépit de la nouvelle règle de conflit de lois selon laquelle un mariage valablement conclu à l'étranger avec une personne de moins de 16 ans est invalide. En effet, si le mariage a été vécu dans l'État membre de sa célébration, le couple aura le droit « de mener une vie familiale normale » en Allemagne.

Enfin, il est possible – selon le rapporteur – que d'autres éléments du statut personnel fassent l'objet d'une reconnaissance obligatoire, comme par exemple une adoption.

En bref, il n'est pas exclu que la méthode de la reconnaissance soit étendue à l'intégralité du droit des personnes et de la famille, qui ne serait pas couvert par des règles de conflit unifiées. Cela risque toutefois de mener à l'érosion des règles de conflit et des règles matérielles, ce qui aurait pour conséquence l'apparition d'une pluralité de systèmes conflictuels au sein d'un même État membre.

En conclusion, l'arrêt *Coman* pourrait donner des impulsions utiles pour que le législateur de l'Union envisage l'unification des règles de conflit dans les secteurs concernés, combinées ou non avec une codification des règles en matière de reconnaissance.

B. Le transfert du siège social d'une société à l'intérieur de l'Union – Remarques sous l'arrêt *Polbud* de la Cour de justice de l'Union européenne

J. Meeusen présente l'arrêt *Polbud*¹⁵, posant la question d'un changement de direction en droit international privé européen des sociétés.

1) Rappel des faits et des termes de la question préjudicielle

Polbud est une société à responsabilité limitée constituée en vertu du droit polonais et établie en Pologne. Par décision extraordinaire de son assemblée générale, la société Polbud a décidé de transférer son siège social au Luxembourg. Il n'était alors pas question, à l'époque, de transférer le lieu de la direction des affaires de Polbud, ni le lieu de l'exercice effectif de son activité économique. Par ailleurs, la société ne comptait ni mettre fin à sa personnalité juridique, ni former une nouvelle personnalité juridique.

Le siège social de Polbud a été transféré au Luxembourg, en vue de soumettre cette société au droit luxembourgeois. La société Polbud est alors devenue Consoil Geotechnik et a été enregistrée en tant que société à responsabilité limitée au Luxembourg. À la suite du transfert de son siège social au Luxembourg, la société Polbud a déposé une demande de radiation du registre de commerce polonais devant le tribunal d'enregistrement. Cette demande lui a été refusée pour non-conformité aux exigences de droit polonais en matière de liquidation préalable d'une société dont le siège statutaire est transféré dans un autre État membre.

¹⁵ Arrêt du 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*.

Un recours a été introduit devant les juridictions polonaises. Le litige a été porté jusqu'en cassation et c'est à cette occasion que les questions préjudicielles suivantes ont été posées à la Cour de justice :

« 1) Les articles 49 et 54 TFUE font-ils obstacle à ce que l'État membre de constitution d'une société commerciale (ayant le statut de société à responsabilité limitée) applique les dispositions de son droit national subordonnant la radiation de la société du registre du commerce à sa dissolution, au terme de la procédure de liquidation, lorsque cette société a procédé à sa reconstitution dans un autre État membre en vertu d'une résolution des associés relative au maintien de sa personnalité juridique acquise dans l'État membre de constitution ?

En cas de réponse négative :

2) Les articles 49 et 54 TFUE peuvent-ils être interprétés en ce sens que l'obligation imposée par les dispositions du droit national de diligenter la procédure de liquidation de la société – comportant l'achèvement des affaires courantes, le recouvrement des créances, l'exécution des engagements et la réalisation des actifs de la société, le désintéressement de ses créanciers ou la constitution de sûretés en leur faveur, la présentation de ses comptes financiers résultant de ces opérations, ainsi que la désignation du dépositaire des livres et des documents –, qui précède la dissolution de la société intervenant au moment de sa radiation du registre du commerce, est une mesure appropriée, nécessaire et proportionnée au regard de la sauvegarde de l'intérêt général digne de protection que constitue la préservation des intérêts des créanciers, des actionnaires minoritaires et des salariés de la société migrante ?

3) Les articles 49 et 54 TFUE doivent-ils être interprétés en ce sens que les restrictions à la liberté d'établissement couvrent la situation d'une société qui – aux fins de sa transformation en une société relevant d'un autre État membre – y transfère son siège statutaire, sans déplacer le siège principal de l'entreprise, qui demeure établi dans l'État membre de sa constitution ? » (point 18).

Si la question principale – soit, la question de savoir si une société constituée selon le droit d'un État membre peut transférer son siège statutaire dans un autre État membre – peut, à première vue, paraître relativement simple, elle touche en réalité à de nombreux autres points.

2) Raisonnement de la Cour

Les questions posées à la Cour reviennent à s'interroger quant à la conformité à la liberté d'établissement du refus des autorités polonaises de radier la société Polbud de leur registre de commerce.

2.1. Liberté d'établissement des sociétés

Aux termes de sa troisième question (analysée en premier lieu par la Cour), la juridiction de renvoi interroge la Cour quant à l'application des articles 49 et 54 TFUE à la question du transfert du siège statutaire d'une société d'un État membre à un autre et ce, sans transfert de son siège réel. En d'autres termes, il est demandé à la Cour si la liberté d'établissement est applicable dans l'hypothèse du transfert du seul siège statutaire d'une société.

La Cour se réfère aux articles 49 et 54 TFUE, et spécifiquement à la lettre du texte de l'article 49 TFUE pour conclure ce qui suit :

- la liberté d'établissement des sociétés peut être invoquée par toute société constituée en conformité avec la législation d'un État membre et qui a son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement dans l'Union (point 32) ;
- cette liberté couvre notamment le droit pour une société de fixer son siège dans un autre État membre, pour autant que les conditions définies par la législation de l'État d'établissement aient été remplies (point 33).

Partant, une société comme Polbud – société de droit polonais – peut tirer un droit, découlant de la liberté d'établissement, lui permettant de se transformer en société de droit luxembourgeois. Elle lui suffit de satisfaire aux conditions de constitution définies par la législation luxembourgeoise et en particulier, au critère retenu par le droit luxembourgeois aux fins de rattachement d'une société à son ordre juridique national (point 35).

Ensuite, la Cour précise que cette conclusion n'est pas remise en cause par l'absence d'intention de conduire des activités économiques effectives sur le territoire de l'État membre d'accueil¹⁶. Ainsi, pour la Cour, « la circonstance qu'il ait été décidé de transférer vers le Luxembourg le seul siège statutaire de Polbud, sans que ce transfert concerne le siège réel de cette société, ne saurait, en soi, avoir pour conséquence qu'un tel transfert ne relève pas du champ d'application des articles 49 et 54 TFUE » (point 41). Il n'est d'ailleurs pas en soi abusif, pour la Cour, qu'une société établisse son siège statutaire ou social dans un autre État membre dans le but de bénéficier d'une législation plus avantageuse (point 40).

Enfin, la Cour rejette toute idée d'immunité dans le chef de l'État d'origine qui serait tirée de la liberté d'établissement. Elle indique en effet « que, en l'état actuel du droit de l'Union, chaque État membre a la faculté de définir le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon sa législation nationale. Dans l'hypothèse où une société relevant du droit d'un État membre se transforme en une société de droit d'un autre État membre en remplissant les conditions imposées par la législation de ce dernier aux fins d'exister dans son ordre juridique, ladite faculté, loin d'impliquer une quelconque immunité de la législation de l'État membre d'origine en matière de constitution ou de dissolution de sociétés au regard des règles relatives à la liberté d'établissement, ne saurait justifier que cet État membre, notamment, en imposant, pour une telle transformation transfrontalière, des conditions plus restrictives que celles qui gouvernent la transformation d'une société au sein dudit État membre, empêche ou dissuade la société concernée de procéder à cette transformation transfrontalière [...] » (point 43).

2.2. Restriction à la liberté d'établissement et justification

La Cour se penche ensuite sur les deux premières questions posées par la juridiction polonaise. Ces questions reviennent à s'interroger quant à l'existence ou non d'une restriction à la liberté d'établissement et quant à sa justification.

Pour la Cour, le fait pour un État membre de subordonner le transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu de son droit vers le territoire d'un autre État membre au respect de ses propres conditions (notamment la liquidation préalable de la société), constitue une restriction à la liberté d'établissement (point 51).

¹⁶ Cet argument avait été soulevé par le gouvernement autrichien et revenait à prôner la non-application de la liberté d'établissement à une société qui transférerait son seul siège statutaire.

Selon une jurisprudence constante, cette restriction peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'elle vise à garantir la réalisation de l'objectif en cause et qu'elle soit proportionnée (point 52). En l'espèce, la Cour est d'avis que la réglementation polonaise est disproportionnée (points 59 et 64), dès lors qu'elle prévoit, « de manière générale, une obligation de liquidation, sans qu'il soit tenu compte du risque réel d'atteinte portée aux intérêts des créanciers, des associés minoritaires et des salariés et sans qu'il soit possible d'opter pour des mesures moins restrictives susceptibles de sauvegarder ces intérêts » (point 58).

3) Particularités de l'arrêt

Le rapporteur relève trois particularités en lien avec cet arrêt.

La première a trait à une question d'ordre procédural ayant un impact sur le fond. La société Polbud avait demandé à pouvoir obtenir une réouverture de la procédure orale, dès lors qu'au moment du dépôt de sa requête, son intention était de transférer à la fois son siège statutaire et son siège réel. Or, selon Polbud, cela ne ressort pas de la demande préjudicielle. La Cour rejette cette demande pour se concentrer uniquement sur la question du transfert du seul siège statutaire, à l'exclusion du siège réel. De l'avis du rapporteur, la Cour voulait visiblement se prononcer sur cette question particulière.

La deuxième particularité, relevée par le rapporteur, concerne la transformation de la société Polbud en société luxembourgeoise. Or en droit luxembourgeois, la théorie du siège réel est suivie. La question se pose alors de savoir comment la société Polbud, dont le siège réel se trouve en Pologne, a pu devenir une société de droit luxembourgeois sans localiser son siège réel au Luxembourg selon le critère retenu par cet État pour rattacher une société à son ordre juridique national. Néanmoins, il est possible qu'elle se soit fait enregistrer devant un notaire public, qui n'aura pas été informé des intentions de cette société.

La dernière particularité mentionnée a trait à l'opposition flagrante entre l'opinion de l'avocat général Kokott et la décision de la Cour. L'avocat général est d'avis « qu'une opération par laquelle une société constituée conformément au droit d'un État membre transfère son siège statutaire dans un autre État membre aux fins de sa transformation en une société relevant de cet autre État membre relève de la liberté d'établissement au titre des articles 49 et 54 TFUE, pour autant qu'il existe ou que soit envisagée une implantation réelle de cette société dans l'autre État membre aux fins de l'exercice d'une activité économique effective » (point 43 de ses conclusions générales). Pour le rapporteur, l'opinion de l'avocat général est à la fois convaincante et fine. La Cour va toutefois s'en écarter.

4) Critiques de l'arrêt *Polbud*

Cet arrêt est le premier cas concernant le transfert du seul siège statutaire.

En matière de liberté d'établissement des sociétés et de transfert de siège, la Cour a eu l'occasion de se prononcer dès 1988, dans l'affaire *Daily Mail*¹⁷ relative à une sortie de siège réel du Royaume-Uni. Cet arrêt avait mis l'accent sur la position de l'État d'incorporation (l'État d'origine), précisant que « contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire,

¹⁷ Arrêt du 27 septembre 1988, aff. C-81/87, *Daily Mail*.

d'un ordre juridique national. Elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement » (point 19)¹⁸.

Plus récemment, la Cour a apporté des nuances à ces propos dans des affaires relatives à l'applicabilité de la liberté d'établissement. Dans l'affaire *Cartesio*¹⁹, la Cour ne s'est pas opposée à l'interdiction, par l'État d'origine d'une société, du transfert du siège réel de cette dernière dans un autre État membre. L'arrêt a toutefois été remarqué par son *obiter dictum* suivant : « un tel cas de transfert du siège d'une société constituée selon le droit d'un État membre dans un autre État membre sans changement du droit dont elle relève doit être distingué de celui relatif au déplacement d'une société relevant d'un État membre vers un autre État membre avec changement du droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace » (point 111). Par ces termes, la Cour consacra donc l'absence d'immunité dans le chef de l'État d'origine en ce qui concerne les transformations transfrontalières. Par la suite, dans son arrêt *VALE*²⁰, la Cour a tiré de la liberté d'établissement le droit pour une société de procéder à une transformation transfrontalière (en l'espèce, il s'agissait du transfert des sièges réel et statutaire d'une société). Elle a par ailleurs conclu à l'application successive du droit des deux États concernés.

Dans l'arrêt *Polbud*, la Cour a donc repris sa ligne de conduite des arrêts *Cartesio* (l'*obiter dictum*) et *VALE* en faveur d'une mobilité des sociétés, confirmant l'absence d'immunité de l'État d'origine si l'État d'accueil accepte la transformation. Mais cette orientation repose sur une interprétation littérale des articles 49 et 54 TFUE, combinée à une interprétation vague de la notion « d'établissement ».

Le rapporteur émet quatre critiques à l'encontre de l'arrêt.

- 1) Tout d'abord, la Cour donne une interprétation inconsistante des articles 49 et 54 TFUE. D'un côté, elle indique – par une interprétation littérale des articles 49 et 54 TFUE – que la liberté d'établissement englobe le droit pour une société de procéder à sa constitution et à sa gestion dans les conditions définies par la législation de l'État membre d'établissement (point 33). D'un autre côté, elle donne une interprétation vague de l'article 54 TFUE, lorsqu'elle indique qu'« en l'absence d'uniformisation en droit de l'Union, la définition du lien de rattachement déterminant le droit national applicable à une société relève, conformément à l'article 54 TFUE, de la compétence de chaque État membre, ledit article ayant mis sur le même pied le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien d'un tel rattachement » (point 34). Le rapporteur rappelle que cette disposition ne fait que définir le champ d'application personnel du droit d'établissement des sociétés, comme d'ailleurs cela avait été rappelé dans son arrêt *Sodemare*²¹. En d'autres termes, les critères listés à l'article 54 TFUE ne sont mentionnés qu'en tant que critères de délimitation du champ d'application de la liberté d'établissement des sociétés.
- 2) Ensuite, la Cour donne une interprétation inconsistante de la notion « d'établissement ».

¹⁸ La version anglaise indique que les sociétés sont des « creatures of national law ».

¹⁹ Arrêt du 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*.

²⁰ Arrêt du 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *VALE Epitesi*.

²¹ Arrêt du 17 juin 1997, aff. C-70/95, *Sodemare*.

De manière constante, jusqu'à l'arrêt *Polbud*, la Cour a interprété cette notion comme étant un véritable facteur d'intégration économique dans l'État d'accueil. La Cour se référait en général à deux définitions qu'elle avait données dans le cadre d'arrêts antérieurs. Par exemple, l'arrêt *Factortame*²² définit la notion « d'établissement » comme « l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre État membre pour une durée indéterminée » (point 20). De même selon l'arrêt *Gebhard*²³, la notion s'entend comme « impliquant la possibilité pour un ressortissant [européen] de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de [l'Union] » (point 25). Par ailleurs, l'arrêt *Cadbury Schweppes*²⁴ rappelle que la liberté d'établissement « implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans cet État pour une durée indéterminée [...]. Elle suppose par conséquent une implantation réelle de la société concernée dans l'État membre d'accueil et l'exercice d'une activité économique effective dans celui-ci » (point 54). L'arrêt *VALE* précité avait encore confirmé cette définition (point 34).

Au vu de ce qui précède, l'arrêt *Polbud*, donne donc une définition contraire de la notion « d'établissement ». En effet, la société *Polbud* n'a pas l'intention de s'intégrer économiquement sur le territoire luxembourgeois. L'opération consiste en une simple opération sur papier, visant à transférer son siège statutaire. Malgré cela, la Cour l'inclut dans la liberté d'établissement dont disposent les sociétés.

3) L'arrêt adopte une vision déformée du marché intérieur.

Aux termes de l'article 26, § 2 TFUE, « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ». L'accent est donc véritablement mis sur l'intégration économique. Cela est d'ailleurs confirmé par l'interprétation standard de la notion « d'établissement ». Le marché intérieur, en référence aux termes du Traité, n'est pas un but en soi mais bien un moyen d'atteindre les objectifs de l'Union.

Or, dans l'arrêt *Polbud*, la Cour offre véritablement une liberté de choisir la *lex societatis*, indépendamment de véritables activités économiques. Elle ouvre donc la porte au « *law shopping* » et en l'espèce, au choix du droit luxembourgeois (comme droit plus avantageux pour la société). En ce faisant, elle stimule véritablement la concurrence normative. Le rapporteur indique que cette concurrence n'est en soi pas mauvaise. Il est fait référence à l'exemple de l'effet Delaware en droit américain des sociétés et au « *race to the top/bottom* »²⁵. Cependant, il n'est pas possible de raisonner en termes similaires dans le cadre du marché intérieur. Ce dernier devrait en effet contribuer à élargir les objectifs de l'Union à travers une véritable intégration économique et procéder à une balance entre la libéralisation et les autres intérêts généraux.

²² Arrêt du 25 juillet 1991, aff. C-221/89, *Factortame*.

²³ Arrêt du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, *Gebhard*.

²⁴ Arrêt du 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

²⁵ Voy. à ce sujet, W. L. CARY, « Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware », *The Yale Law Journal Company*, 1974, vol. 83, n° 4, pp. 663-705.

- 4) Enfin, la Cour reconnaît formellement l'autonomie des États membres dans la détermination du rattachement des sociétés et admet, de ce fait, la théorie du siège réel, tout en portant politiquement un coup de grâce à cette théorie.

Pour rappel, il existe une diversité d'approches au sein des États membres au niveau du choix de la *lex societatis*. En ce qui concerne spécifiquement les théories du siège statutaire (ou de l'incorporation) et du siège réel, elles correspondent toutes deux à deux approches valables en droit international privé. Toutefois, la théorie de l'incorporation reste actuellement la théorie la plus en vogue et la plus respectueuse de la mobilité des sociétés ainsi que de l'autonomie de la volonté.

Dans l'arrêt *Polbud*, la Cour confirme la légalité de la théorie du siège réel lorsqu'elle indique – au détour de son interprétation de l'article 54 TFUE – que « en l'absence d'uniformisation en droit de l'Union, la définition du lien de rattachement déterminant le droit national applicable à une société relève, conformément à l'article 54 TFUE, de la compétence de chaque État membre, ledit article ayant mis sur le même pied le siège statutaire, l'administration centrale et le principal établissement d'une société en tant que lien d'un tel rattachement » (point 34). Donc d'un point de vue théorique, selon le rapporteur, rien ne change avec cette décision puisque les deux théories restent valables en droit de l'Union et peuvent être utilisées comme facteur de rattachement. Par contre, en pratique, il relève que la Cour a en réalité porté un coup de grâce au niveau de la survie politique de la théorie du siège réel dans un contexte de concurrence normative. Le rapporteur cite l'exemple de la Belgique qui, antérieurement, ne voulait pas aborder la mise à l'écart de la théorie du siège réel et qui aujourd'hui, dans le cadre de la réforme du droit des sociétés, semble opter pour l'adoption de la théorie libérale du siège statutaire. Il indique également qu'au Luxembourg, une demande d'abandon de la théorie du siège réel émerge dans le milieu académique.

In fine, selon le rapporteur, la Cour a suivi la théorie de l'incorporation, tout en remettant en cause les versions les plus strictes de cette théorie.

En conclusion, pour le rapporteur, l'arrêt reste discutable, surtout en regard des interrogations relatives au sens du marché intérieur. L'arrêt attise le débat sur la nature et sur les limites de l'intégration économique opérée par le marché intérieur.

Il met également en garde quant au fait que la théorie du siège réel – dont la viabilité politique est remise en question – répond en réalité à des inquiétudes légitimes. Par exemple, en écartant la théorie du siège réel, la lutte contre les sociétés « boîtes aux lettres » est laissée à la seule appréciation des États membres, de sorte que ceux-ci pourraient toujours s'opposer à ce que de telles sociétés s'implantent sur leur territoire mais sans pouvoir s'opposer à une implantation sur le territoire d'un autre État membre. Pour le rapporteur, c'est un peu anachronique, notamment dans le cadre actuel de *LuxLeaks* et à l'ère du Brexit, où la question se posera de savoir ce qu'il adviendra de nombreuses sociétés qui s'étaient constituées selon le droit anglais après l'arrêt *Centros* et pourraient envisager de se réimplanter dans l'Union après le Brexit.

Par ailleurs, l'arrêt *Polbud* peut également être vu comme une pression faite par la Cour sur la Commission afin de voir adopter des règles en la matière. Actuellement, les résultats sont limités, en particulier avec la proposition de directive relative aux transformations transfrontalières, aux fusions et aux scissions transfrontalières²⁶. Il n'y a en effet, à l'heure actuelle, pas de proposition en vue d'une uniformisation de la *lex societatis*. La Cour ne peut donc qu'interpréter les règles, rendant nécessaire leur harmonisation en cette matière.

5) Commentaires et discussion

En complément de l'exposé de J. Meeusen, M. Fallon présente trois éléments de l'arrêt *Polbud* intéressant la technique des conflits de lois, qui pourraient atténuer l'enseignement de l'arrêt *Centros*, à propos de la référence de la Cour à la règle de rattachement de l'État d'accueil, de l'évocation de la fraude à la loi et de la possibilité d'application de lois de police de l'État d'origine.

- 1) D'abord, l'arrêt pourrait contenir ce qui ressemblerait à une règle de conflit de systèmes (comme d'ailleurs aussi l'arrêt *Coman* précité). Cette règle peut se déduire de l'affirmation selon laquelle une transformation transfrontalière est valable pour autant qu'elle soit conforme au droit de l'État d'accueil, en ce compris au critère de rattachement retenu par cet État pour ses propres sociétés nationales (points 33 et 35).

Ce faisant, la Cour fait référence à un élément de droit international privé du droit Luxembourgeois ; elle ne fait donc pas référence au droit matériel mais bien à une règle de rattachement. On pourrait se trouver en présence, soit d'une règle de renvoi, soit d'une règle de conflit de systèmes en lien avec la méthode de la reconnaissance.

Il est difficile d'avoir une interprétation certaine, la Cour ne faisant en fait référence qu'à une règle unilatérale lorsqu'elle se réfère au critère retenu par le Luxembourg pour rattacher une société à son propre système juridique. Cette ambiguïté baigne en réalité le droit international privé des sociétés depuis plus d'un siècle, caractérisé par une confusion entre nationalité et rattachement du fait que la personnalité morale est une création du législateur souverain. Pourtant, en va-t-il différemment pour d'autres rapports juridiques ? Et la nationalité ne joue-t-elle pas un rôle dissociable du rattachement, par exemple pour déterminer les bénéficiaires d'un traité, tel un traité d'investissement, ou précisément le droit d'établissement comme le fait l'article 54 TFUE ?

- 2) Ensuite, la relation entre l'arrêt *Polbud* et l'arrêt *Centros*²⁷ s'avère ambivalente.

À première vue, l'arrêt *Polbud* confirme l'arrêt *Centros*, qu'il cite à de nombreuses reprises (points 38, 39, 40 et 61). La Cour semble s'y référer pour atténuer sa position excessive quant à l'interprétation de la notion de liberté d'établissement, contraire à sa jurisprudence antérieure. Il y a une sorte d'effet miroir de l'arrêt *Centros* dans l'arrêt *Polbud*, lorsque la Cour indique que vis-à-vis du for, la liberté d'établissement n'implique pas qu'il y ait une vérification de l'exercice d'une

²⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018) 241 final.

²⁷ Arrêt du 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros*.

activité effective. En effet, la Cour décide, dans l'arrêt *Centros*, que la liberté d'établissement s'oppose « à ce qu'un État membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'État où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes ». La Cour, dans la présente affaire, affirme procéder par analogie tout en utilisant *Centros* dans une situation inverse d'une société qui maintient ses activités dans l'État d'origine et qui transfère son siège statutaire dans l'État d'accueil.

À côté de cette confirmation de sa jurisprudence *Centros*, la Cour procède à son rejet partiel en ce qui concerne l'argument d'abus de droit de l'Union. Dans l'arrêt *Centros* (et également dans l'arrêt *Inspire Art*²⁸), l'argument d'abus de droit de l'Union est entendu dans un sens similaire à la notion de fraude à la loi du droit des conflits de lois, y étant apprécié *in concreto*. D'un côté, l'arrêt *Polbud* confirme que le transfert de siège statutaire n'est en soi pas abusif. D'un autre côté, il précise que la question de l'applicabilité des articles 49 et 54 TFUE — insensible à l'argument de fraude — se distingue de la question de l'examen des mesures anti-fraude qu'un État peut adopter (point 39). Il est ainsi rappelé à l'État qu'il peut adopter une mesure anti-fraude mais que, si elle est envisagée lorsque le seul élément d'extranéité est le siège statutaire de la société alors que la recherche de la loi la plus avantageuse n'est pas en soi constitutive d'abus, le seul transfert de ce siège ne suffit pas à exclure l'applicabilité des articles 49 et 54 TFUE (point 41). Ainsi, l'abus de droit de l'Union apparaît bien comme une limite possible à l'exercice de la liberté d'établissement, limite relevant du régime de cette liberté plutôt que de son applicabilité. De fait, l'argument de l'abus de droit est invocable comme justification d'une entrave mais, en termes de proportionnalité, il ne peut revenir à poser une présomption générale de fraude mais doit reposer à une appréciation *in concreto* des circonstances de l'espèce²⁹.

- 3) Enfin, la jurisprudence *Centros* pourrait être affaiblie par une forme de consécration implicite de la notion de loi de police par l'arrêt *Polbud*. En effet, dans le cadre de l'analyse de la justification de l'entrave découlant du droit polonais, la Cour admet que l'État d'origine puisse imposer ses règles impératives à une société créée sur son territoire et qui exercerait encore « ses activités » sur ce même territoire, alors même que l'incorporation dans l'État d'accueil a été effectuée valablement (point 55). Sans que la Cour utilise le terme de « loi de police », il semblerait que de facto, elle utilise cette notion.

La discussion évoque la portée pratique de l'arrêt et sa relation avec l'arrêt *Daily Mail*, dont elle semble s'écarter. D'un point de vue technique aussi, la Cour paraît accentuer une

²⁸ Arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art*.

²⁹ L'analogie peut être faite avec l'arrêt *Vinyts Italia* du 8 juin 2017, aff. C-54/16, qui amène à vérifier en l'espèce la condition subjective de la volonté de contourner une règle impérative, en l'occurrence dans le cas d'un contrat purement interne ayant fait choix d'un droit étranger (anglais) au risque d'affecter la portée de la loi nationale (italienne), applicable à une procédure d'insolvabilité.

qualification contractuelle du rapport de société au détriment d'une approche patrimoniale qui aurait égard à la localisation de biens et d'activités entrepreneuriales.

Il est également relevé que cet arrêt, rendu à propos d'un cas extrême de transfert sans délocalisation d'activités, peut avoir des conséquences absurdes pour les États qui suivent la théorie de l'incorporation, tantôt au regard de la condition de liquidation préalable, fermement interdite par la jurisprudence de la Cour, tantôt du fait qu'un mouvement en faveur du critère d'incorporation pourrait susciter un effet de retour auprès du législateur européen appelant à un compromis avec l'exigence de la localisation d'éléments d'actifs.

Par ailleurs, la référence à la notion de fraude peut être vue en relation avec le principe général de l'abus de droit de l'Union. À cet égard, l'arrêt pourrait être mis en lien avec la matière des investissements. Le bénéfice des traités dépend de la nationalité des entreprises, pratiquement confondue avec le critère de rattachement. Or cette matière peut se prêter à des abus, par la localisation de succursales aux fins de bénéficier d'une convention d'investissements.

IV. ACTUALITÉ DU DROIT DE L'UNION – ACTIVITÉS DE LA COMMISSION

A. Stein présente l'état des travaux de la Commission. Il distingue les travaux en cours et futurs. Une priorité apparaît pour l'adoption des propositions législatives en cours avant la fin de son mandat plutôt que l'établissement de nouveaux projets.

1) Travaux en cours

La Commission travaille principalement à l'accélération de l'adoption de quatre propositions existantes.

- 1) La proposition relative à l'opposabilité des cessions de créances³⁰, adoptée en mars 2018. Le but de cette proposition de règlement est de combler les lacunes du règlement Rome I. La structure du futur instrument est toutefois un copier-coller de celle du règlement Rome I.

L'article 4, au cœur de la proposition, mérite d'être relevé en ce qu'il a trait à la désignation de la loi applicable en la matière.

L'article 4, § 1 utilise comme critère général la résidence habituelle du cédant. À cette règle générale, deux exceptions sont prévues : la première en matière d'espèces portées au crédit d'un compte (article 4, § 2, a)) et la seconde, en matière d'instruments financiers (article 4, § 2, b)). Pour ces deux exceptions, la loi applicable correspond à la loi de la créance cédée. L'article 4, § 3 prévoit, quant à lui, une possibilité de choix du droit applicable à la créance cédée.

Cette proposition actuelle est le résultat de discussions très complexes (notamment quant à l'abandon par les États du principe voulant que la cession de créance soit soumise à la loi de l'État de la résidence habituelle du cessionnaire). Actuellement, le

³⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances, COM(2018) 96 final.

texte est en deuxième lecture. Il est cependant peu probable qu'il soit adopté avant la fin de la législature.

- 2) La proposition relative à la modernisation de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne³¹, déposée le 31 mai 2018. Le cadre de la proposition est la digitalisation du processus de signification et de notification des actes au sein de l'Union, afin de pallier à l'absence de réglementations favorisant une communication électronique des documents. La proposition se positionne notamment en faveur d'une obligation pour les juridictions de communiquer les documents par voie électronique dans une situation transfrontière (notamment, voy. l'article 3*bis* de la proposition). Elle propose également une digitalisation de l'obtention des preuves (article 4 de la proposition). Il est également prévu que la notification ou signification puisse se faire par voie électronique pour des personnes domiciliées dans un autre État membre (article 15*bis* de la proposition). La proposition prévoit également une disposition spécifique relative au transfert de documents par voie postale. Ce moyen de communication est utilisé très largement mais présente un taux élevé d'échecs. La proposition prévoit alors des informations spécifiques à fournir dans le cadre d'un transfert par voie postale (article 14 de la proposition).

Cette proposition doit encore être discutée avec les États membres et il y a donc peu de chance qu'elle aboutisse avant la fin du mandat.

- 3) La proposition de refonte du règlement Bruxelles II*bis* : les négociations sont toujours en cours. Elles diffèrent de celles ayant donné lieu à la proposition de la Commission de 2016³². De nouvelles problématiques ont fait surface, comme le placement de l'enfant, l'abolition de l'*exequatur*, le divorce privé et la question des liens avec Bruxelles *Ibis*.

Les négociations sont en voie de finalisation et pourraient aboutir rapidement.

- 4) L'harmonisation des procédures d'insolvabilité : la proposition vise la procédure de redressement judiciaire avant ouverture d'une procédure d'insolvabilité³³. Un accord politique pourrait être obtenu pour la fin de l'année.

2) Travaux futurs

En raison de la fin du mandat de la Commission en mai 2019, il n'y aura pas de nouvelles propositions. Il pourrait toutefois y avoir un exercice d'évaluation, par exemple en ce qui concerne l'instrument relatif aux créances incontestées en parallèle avec la révision du règlement Bruxelles *Ibis*.

³¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (« signification ou notification des actes »), COM/2018/379 final.

³² COM(2016) 411 final.

³³ Proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, COM(2016)723, COD 2016/0359.

La question du Brexit sera évidemment au cœur des réflexions de la nouvelle Commission et spécialement, les problèmes liés à la phase de transition avec le Royaume-Uni et le type de relation voulue ensuite avec cet État. Dans le cas de l'adoption d'un accord de retrait avec le Royaume-Uni, les questions de droit international privé se poseront, notamment en ce qui concerne la reconnaissance des jugements. Par contre, l'absence d'accord négocié avec le Royaume-Uni créerait de sérieux problèmes en termes de règles de droit international privé. Malgré les réflexions en cours en vue d'un accord de retrait, une position de l'Union fait défaut, par exemple quant à l'avenir de la Convention de Lugano.

Certains membres s'interrogent par ailleurs quant à une modification de la Convention de Lugano de 2007 afin qu'elle colle au règlement Bruxelles *Ibis*. La Suisse ne semble pas prête à accepter une quelconque modification de cet instrument, qui supposerait l'accord de toutes les parties. D'autres se demandent s'il est possible que la Convention de Lugano de 1988 refasse surface dans les relations avec le Royaume-Uni, ainsi que les Conventions de Rome et de Bruxelles. Il ressort des discussions que le retour des anciennes conventions n'est pas une solution envisageable, notamment en raison de problèmes de contenus autant que de difficultés d'ordre technique.

Ensuite, la Commission poursuivra ses travaux relatifs aux incapables majeurs. La question reste de savoir quelle base légale choisir, notamment du fait de la possibilité d'adopter des mesures conservatoires. En d'autres termes, cette matière doit-elle être considérée comme faisant partie du droit de la famille ?

Enfin, la Commission continuera à réfléchir à des projets sur la reconnaissance des statuts personnels. Ces projets touchent cependant à des sujets très sensibles. La question se pose notamment de savoir s'il serait envisageable de formaliser une règle de reconnaissance générale, sans prendre en considération les matières spécifiques. Cette interrogation résulte des arrêts en matière de nom et de mariage qui convergent vers un concept commun de méthode de reconnaissance. La réalisation d'un instrument de portée générale et horizontale sur un ensemble de situations politiquement aussi sensibles paraît cependant problématique.

Au cours de la discussion, il est demandé si en matière de loi applicable aux sociétés, un projet devrait voir le jour en cette matière. Au vu des discussions politiquement sensibles et du risque de mettre à mal le « company package », seul le projet de 2018 est maintenu³⁴.

V. ACTUALITÉ DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE – ÉTAT D'AVANCEMENT DU PROJET JUGEMENTS

A. Stein présente brièvement l'état d'avancement du projet jugements de la Conférence de La Haye. Une commission spéciale s'est réunie en novembre 2017, ce qui a eu pour conséquence de s'interroger quant à la nécessité de prévoir une autre commission spéciale dans le futur. Un compromis a été trouvé : la réunion d'une nouvelle commission spéciale, pour autant qu'il s'agisse de la dernière commission avant la conférence diplomatique. Cette commission n'a cependant pas abouti à grand-chose, hormis la question des matières

³⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 25 avril 2018 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, COM(2018) 241 final.

exclues. Cependant, la problématique des droits de propriété intellectuelle reste sujet à controverse. Cela étant, la conférence diplomatique devrait se réunir en juin 2019.

La discussion évoque le problème des relations bilatérales de certains États membres avec des États tiers en matière de reconnaissance des jugements, spécialement en relation avec l'exigence du respect des droits fondamentaux là où ne prévaut pas le principe de la reconnaissance mutuelle. La question est d'autant plus importante que le projet de convention prévoit des règles de compétence indirecte, basées sur la confiance entre États, où fait défaut actuellement une clause propre aux droits fondamentaux. Quoi qu'il en soit, une entrée en vigueur de la Convention est probable. Et les longues négociations en cours n'ont pas empêché les États membres de conclure des accords bilatéraux tout en prenant des précautions, par la voie d'accords d'élection de for ou de clauses compromissaires, pour prévenir le risque de corruption ou d'interventionnisme public... Ainsi, l'adoption d'une clause spéciale sur les droits fondamentaux risquerait de freiner certaines ratifications. Du reste, un tel risque peut être contré par d'autres outils classiques, tel le motif de l'ordre public.

Certains membres ne manquent pas de relever que l'Union peut habiliter les États membres à conclure des traités bilatéraux avec des États tiers dont la politique ne correspond pas à la politique générale de l'Union, comme elle l'a déjà fait en matière civile. Pour autant, cette pratique ne constitue pas un précédent, une telle habilitation étant de nature exceptionnelle.

VI. ACTUALITÉ DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

P. Kinsch présente trois arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé, rendus pendant la période sous examen.

1) Coopération en matière d'enlèvement international d'enfants : affaire *Royer c. Hongrie* du 6 mars 2018, n° 9114/16

Cette affaire concerne un litige en matière d'enlèvement d'enfant. Les faits ne sont pas particulièrement originaux. L'intérêt réside en réalité dans un *obiter dictum*, par lequel la Cour se prononce clairement sur le conflit entre le droit à la vie familiale (article 8 CEDH) et les obligations des États contractants, également des États membres de l'Union, au regard du règlement Bruxelles IIbis.

Le requérant, M. Royer, est un ressortissant français habitant en France. Le couple qu'il formait avec une ressortissante hongroise se sépare. Cette dernière quitte la France avec l'enfant commun (âgé de quelques mois) et s'installe en Hongrie. Le requérant agit en France en vue de voir ordonner le retour de l'enfant et obtient gain de cause. Le requérant demande ensuite aux juridictions hongroises d'exécuter les décisions françaises de retour, en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et du règlement Bruxelles IIbis. Les juridictions hongroises refusent d'exécuter les décisions françaises sur la base de l'article 13, b), de la Convention de La Haye (risque de préjudice psychologique grave pour l'enfant) et de l'article 11, § 4, du règlement Bruxelles IIbis (absence de mesures adéquates en vue d'organiser la protection de l'enfant après son retour). L'affaire est alors portée devant la Cour. Il est intéressant de relever que dans ce litige, le requérant n'a pas fait usage de l'article 11, § 8, du règlement Bruxelles IIbis.

L'affaire est particulièrement intéressante en ce qui concerne l'*obiter dictum* aux termes duquel : « In addition, in relations between EU member States the rules on child abduction contained in the Brussels IIbis Regulation supplement those already laid down in the Hague Convention. Both instruments are based on the philosophy that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount. Under the Brussels IIbis Regulation, which builds on the Hague Convention and is based on the principle of mutual trust between EU member States, the competency to assess whether non-return would be in the child's best interest is distributed as follows: the State to which the child has been wrongfully removed can oppose his or her return in justified cases. However, under Article 11 § 8 of the Brussels IIbis Regulation, the State in which the child had its habitual residence prior to the wrongful removal can override a decision refusing to order that child's return, pursuant to Article 13 of the Hague Convention. If such a decision is accompanied by a certificate of enforceability, pursuant to Article 42 of the Regulation, the requested State has to enforce it. Under Article 47 of the Regulation, the law of the State of enforcement applies to any enforcement proceedings (see *M.A. v. Austria*, no. 4097/13, §§ 112 and 114, 15 January 2015). As the Court has previously held, it must verify that the principle of mutual recognition is not applied automatically and mechanically (see, *Avotiņš v. Latvia* [GC], no. 17502/07, § 116, ECHR 2016) » (§50).

Cet *obiter dictum* va à l'encontre de l'avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union³⁵. En effet, la Cour commence par rappeler l'importance des instruments internationaux en matière d'enlèvement d'enfants, avant d'y apporter une réserve en ce qui concerne le principe de confiance mutuelle entre États membres, lequel ne doit pas – selon la Cour – être appliqué de manière automatique et mécanique. Cette indication n'était pas pertinente dans le cas d'espèce mais visiblement, la Cour tenait à se prononcer sur la question. Selon le rapporteur, cette position vise à interdire une application mécanique et automatique du principe de confiance mutuelle prônée par la jurisprudence de la Cour sur le règlement Bruxelles IIbis et par l'avis 2/13. Le principe de confiance mutuelle est certes accepté mais avec une réserve. Cette position peut être rapprochée de celle des récentes affaires relatives au mandat d'arrêt européen, dans lesquelles la Cour décide qu'en cas de violation flagrante des droits de l'homme, les États ont l'obligation de refuser l'exécution du mandat d'arrêt européen pris en violation de ces droits.

De l'avis du rapporteur, le fait que la position de la Cour dans l'affaire *Avotiņš*³⁶, réservant le cas d'une « insuffisance manifeste de protection », s'impose à présent à propos du règlement Bruxelles IIbis n'est pas surprenant, la CEDH ne faisant aucune distinction au regard des règlements Bruxelles I et IIbis.

À la suite de l'affaire commentée, il reste à la Cour de justice à l'Union de se prononcer en regard de sa notion de « méconnaissance *systemique* » d'un droit fondamental. Elle n'a pas encore été saisie d'un cas de déni de justice flagrant dans un cas *individuel* et de la question de savoir si les États membres restent libres ou non d'exécuter les décisions dans cette hypothèse. Il se peut qu'elle ne souhaite pas franchir cette étape supplémentaire, ce qui aurait pourtant l'avantage de résoudre la tension entre les obligations internationales des États membres au regard de la CEDH et leurs obligations au regard du droit de l'Union.

³⁵ Avis du 18 décembre 2014, Avis 2/13, *Adhésion de l'Union à la CEDH*.

³⁶ Arrêt de la Grande chambre du 23 mai 2016, aff. n° 17502/07, *Avotiņš c. Lettonie*.

Aujourd'hui, en matière de confiance mutuelle, la position (de compromis) de la Cour EDH est connue, celle de la Cour de justice ne l'est en revanche pas encore.

La discussion fait apparaître qu'à la suite de cet arrêt, le principe de confiance mutuelle sera probablement assoupli, pouvant affecter la matière civile et familiale. En effet, au-delà de la matière pénale (et du mandat d'arrêt), il est possible que dans le futur, l'assouplissement du principe ait lieu dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères. Il est relevé à cet égard que la Cour ne s'est pas encore prononcée sur la question d'une violation isolée des droits de l'homme, mais seulement sur la condition de défaillance systémique dans le cadre du fonctionnement du règlement Dublin II. Dans ce contexte, la Cour ne s'est prononcée jusqu'à présent qu'en faveur d'un examen concret de l'état de santé du réfugié et d'une évaluation du risque d'aggravation en cas de renvoi vers un autre État membre. Elle y affirme une primauté des droits des individus sur l'obligation d'exécuter les dispositions du droit de l'Union.

Il est relevé que dans le domaine civil, il n'existe à ce jour d'autre position de la Cour quant au droit individuel au procès équitable qu'en relation avec la mise en œuvre de la clause générale d'ordre public dans les instruments en matière de reconnaissance et d'exécution, permettant de sanctionner ce genre de violation, alors qu'elle est absente dans les instruments en matière d'asile. La question de la violation du droit individuel au procès équitable pourrait toutefois se poser devant la Cour dans le cadre de décisions étrangères ne faisant pas l'objet d'un contrôle, notamment dans le cadre de l'article 41 du règlement Bruxelles II bis relatif au droit de visite et plus généralement, dans le cadre de la suppression de l'*exequatur* et du statut privilégié de certaines décisions. Ainsi, dans ces hypothèses, l'absence du jeu de la clause d'ordre public mène à la question de savoir s'il existe un autre moyen pour sanctionner des violations concrètes des droits de l'homme. À cet égard, il est relevé que, comme dans les affaires en matière de mandat d'arrêt, la condition de défaillance systémique de l'État — telle la Pologne visée par un recours en manquement pour violation des règles de l'État de droit —, pour autant qu'elle se concrétise dans un cas spécifique, pourrait être utilisée afin de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers.

2) Absence de compétence universelle et for de nécessité en matière de torture : arrêt de la Grande chambre dans l'affaire *Naït-Liman c. Suisse* du 15 mars 2018, n° 51357/07

Cette affaire avait déjà été présentée lors de la réunion de 2016, à propos d'un premier arrêt de chambre rendu le 21 juin 2016. La réponse de la Grande chambre est identique à celle de la chambre. De l'avis du rapporteur, par cet arrêt, il est à présent acquis qu'il n'existe au regard de la CEDH aucun droit à une compétence civile universelle en matière d'actes de torture ou à un for de nécessité dans pareilles circonstances.

Les faits de l'affaire sont les suivants. M. Naït-Liman, ressortissant tunisien à l'époque des faits, allègue avoir subi des actes de torture en Tunisie. Il résidait alors en Italie et avait été enlevé à son domicile pour être emmené en Tunisie. Le requérant s'est ensuite rendu en Suisse, y a obtenu l'asile et ensuite la nationalité suisse. Il décide de saisir les juridictions suisses d'une demande en dommages et intérêts dirigée contre la Tunisie et contre le Ministre tunisien de l'époque. Les juridictions suisses refusent de se déclarer compétentes du fait de l'absence de compétence universelle pour faits de torture et de l'absence de liens

suffisants permettant de faire jouer le for de nécessité (prévu à l'article 3 de la loi sur le droit international privé suisse³⁷). Le requérant agit donc devant la Cour pour faire constater la violation de son droit à un accès effectif à la justice au sens de l'article 6 CEDH.

La Grande chambre – suivant en cela la position de la chambre – indique que le requérant a subi une limitation de son droit d'accès à un tribunal. Ce droit n'est toutefois pas absolu et se prête donc à des limitations qui, pour être acceptées, doivent poursuivre un but légitime et se trouver dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but visé (§§114 et 117). Selon la Grande chambre, il existe plusieurs buts légitimes poursuivis par la limitation en cause, « qui tous se rattachent aux principes de la bonne administration de la justice et du maintien de l'effectivité des décisions judiciaires internes » (§122). Elle relève notamment les problèmes de rassemblement et d'appréciation des preuves si les juridictions suisses s'étaient déclarées compétentes pour connaître des faits perpétrés en Tunisie en 1992 (§123), les problèmes en termes d'exécution effective d'un arrêt qui aurait donné suite à la demande du requérant (§124) ainsi que des difficultés diplomatiques en termes d'acceptation d'une compétence telle que demandée par le requérant (§127). La Grande chambre ajoute qu'il est également légitime, dans le chef d'un État, de vouloir dissuader un *forum shopping* dans un contexte de ressources limitées allouées à la justice (§125), d'autant qu'admettre ce genre de plaintes risquerait d'attirer des demandes similaires et de ce fait, entraîner une surcharge des tribunaux nationaux (§126). La Cour conclut au but légitime de la limitation du droit d'accès du requérant au tribunal (§128). Elle s'interroge ensuite quant à la proportionnalité de cette limitation. Dans ce cadre-là, la Cour met l'accent sur l'existence d'une marge d'appréciation des États, dont l'étendue dépend en réalité du « droit international pertinent en l'espèce » (§173). Dans l'examen de cette proportionnalité, la Cour procède à l'analyse de la compétence civile universelle en matière d'actes de torture et du for de nécessité.

En ce qui concerne la compétence universelle civile, la Cour arrive à la conclusion que dans son état actuel, le droit international n'oblige pas la Suisse à prévoir une compétence universelle civile pour les actes de torture (§§182-198). En effet, selon elle, il n'existe pas, à l'heure actuelle, une pratique des États pouvant être à la base d'une obligation coutumière dans ce domaine. Seuls les Pays-Bas et le Canada prévoient une compétence universelle civile. Certains États du Conseil de l'Europe prévoient par contre une compétence universelle dans la seule matière pénale. Selon le rapporteur, la thèse de la Cour peut être soutenue, tout en précisant que la Cour reste plutôt conservatrice dans sa position.

Concernant le for de nécessité, la Cour conclut que le droit international public ne fait pas peser d'obligation sur les autorités suisses de mettre un tel for à disposition du requérant (§§199-202). Elle relève que le for de nécessité est une pratique peu répandue au sein des États contractants (28 États sur 40 ne le prévoient pas). Par ailleurs, quand ce for de nécessité est prévu, il s'accompagne d'une condition aux termes de laquelle la cause doit présenter un lien suffisant avec l'État.

Quant à l'analyse de la marge d'appréciation, la Cour conclut que le for de nécessité suisse, lequel exige notamment un lien suffisant pour trouver à s'appliquer, est compatible avec la

³⁷ « Lorsque la présente loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes ».

CEDH, la Suisse n'ayant donc pas outrepassé sa marge d'appréciation (§208). Elle ajoute qu'il n'y a pas « d'éléments manifestement déraisonnables ou arbitraires dans l'interprétation faite par le Tribunal fédéral de l'article 3 LDIP en l'espèce » (§214).

De l'avis du rapporteur, le raisonnement de la Cour au regard de l'analyse du for de nécessité serait indiscutablement justifié s'il s'agissait d'une affaire ordinaire en matière civile. En l'espèce, il était clair que la cause ne présentait pas de liens étroits avec l'État du for, empêchant ainsi de conclure à une violation du droit d'accès aux tribunaux (au contraire de l'affaire *Arlewin c. Suède* du 1^{er} mars 2016, n° 22302/10, laquelle présentait des liens de rattachement étroits avec la Suède). Par contre, pour le rapporteur, les motifs de la Cour dans ce cas précis restent très discutables, car celle-ci applique de manière pure et simple les critères de droit commun à un cas de responsabilité pour faits de torture. Dans une affaire intentée contre un État étranger et son ministre, le critère du lien doit apparaître comme une exigence minimale, à savoir qu'un lien même faible devrait suffire, en laissant une marge d'appréciation plus flexible que dans les cas ordinaires. Dans ce genre d'affaires en effet, il est improbable qu'une action puisse être intentée devant les tribunaux de l'État étranger. Une telle approche n'est pas de nature à promouvoir l'effectivité des droits de l'homme dans l'ordre international. Le rapporteur indique que la Cour en était d'ailleurs consciente puisqu'elle s'est sentie obligée de préciser ce qui suit : « Pour autant, la Cour n'exclut pas, s'agissant d'un domaine dynamique, qu'il puisse connaître des développements à l'avenir. Dès lors, et bien qu'elle conclue à la non-violation de l'article 6 § 1 en l'espèce, la Cour invite les États parties à la Convention à tenir compte dans leur ordre juridique de toute évolution favorisant la mise en œuvre effective du droit à réparation pour des actes de torture, tout en examinant avec vigilance toute requête de cette nature afin d'y déceler, le cas échéant, les éléments qui feraient obligation à leurs juridictions de se déclarer compétentes pour l'examiner » (§220).

Il ressort de la discussion que certains membres sont en faveur d'une évolution vers une compétence civile universelle en matière d'actes de torture. Il est notamment indiqué à l'appui de cette opinion que dans les litiges banals en matière de consommation, un *forum actoris* est admis. Pourquoi ne pas l'accepter en matière de droits de l'homme ? Un autre argument en faveur d'une compétence universelle procède d'une interprétation dynamique de la CEDH et de l'évolution vers une protection des droits de l'homme par une forme de compétence civile universelle pour les cas ne pouvant être résolus par les règles ordinaires de droit civil.

La discussion fait également apparaître qu'au vu des circonstances de l'espèce, le for de nécessité aurait dû être appliqué. En effet, une majorité de membres estiment qu'en l'espèce, le lien suffisant avec la Suisse existait. Il est par ailleurs relevé qu'une confusion a été faite entre l'exigence du lien suffisant dans le cadre de la compétence juridictionnelle classique et celle du lien nécessaire dans le cadre du jeu du for de nécessité. Cette confusion a donc mené à une aberration (le parallèle est établi avec l'affaire *Kiobel* et l'intentement d'une action sur la base de l'*Alien Tort Statute*³⁸). De plus, la notion du lien suffisant devrait être interprétée de manière fonctionnelle et utile. En particulier, la question se pose de savoir à quel moment (celui des actes en cause ou celui de l'intentement de l'action) apprécier les liens suffisants avec l'État du for.

³⁸ Cour suprême des États-Unis, *Kiobel c. Royal Dutch Petroleum Co. et autres*, 17 avril 2013, aux termes de laquelle il est notamment établi que les lois américaines ne peuvent recevoir une application extraterritoriale.

En revanche, certains membres approuvent la solution suisse. En effet, le fait de pouvoir agir à n'importe quel endroit au titre d'une compétence civile universelle n'a guère de sens si l'action tend à obtenir un dédommagement et qu'il n'y a pas de biens présents sur le territoire de l'État dont les juridictions ont été saisies. Il est pourtant relevé que les actions formulées en vue d'une réparation ne tendent en réalité souvent qu'à obtenir un jugement déclaratoire de portée symbolique — alors même que l'obtention de preuves reste problématique en matière d'actes de torture³⁹.

3) Reconnaissance des situations constituées à l'étranger : affaire *Orlandi et autres c. Italie* du 14 décembre 2017, nos 26431/12, 26742/12 et 60088/12

Cette affaire a trait à la reconnaissance de situations constituées à l'étranger. Le rapporteur espérait que la Cour se saisirait de cette affaire pour se prononcer sur la question de l'existence d'une obligation de reconnaissance de situations acquises à l'étranger, le cas échéant en fonction de l'intensité des liens ayant existé, en fait, avec le pays étranger. Elle aurait donc pu être d'une importance centrale en termes de reconnaissance. Elle ne l'a pas été en raison de l'approche très pragmatique de la Cour, qui l'a empêchée de prendre position clairement.

L'arrêt *Orlandi et autres c. Italie* concerne une série de mariages de personnes de même sexe conclus à l'étranger (notamment au Canada et aux Pays-Bas). Les couples sont italiens et demandent la transcription de leur mariage dans les registres de l'état civil en Italie. Cela leur a été refusé, dès lors que l'Italie ne reconnaît pas ces mariages célébrés à l'étranger. Certains des requérants étaient des résidents permanents de l'État étranger sur le territoire duquel leur mariage avait été célébré, alors que d'autres avaient profité d'un voyage à l'étranger pour se marier. Ces derniers ne pouvaient donc, selon le rapporteur, ignorer le caractère fragile de leur union au regard de l'ordre juridique italien. La Cour n'a toutefois pas établi de distinction entre la situation des résidents permanents dans l'État de célébration et celle des « touristes matrimoniaux ». Il aurait été intéressant qu'elle se prononce sur la valeur de cette distinction. Elle aurait dans tous les cas pu profiter de cette affaire pour résoudre enfin la question de principe du fondement de la reconnaissance, parfois obligatoire, de certaines situations acquises à l'étranger.

La Cour maintient tout d'abord son enseignement tiré de l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* (arrêt du 24 juin 2010, n° 30141/04), selon lequel l'article 12 CEDH n'impose pas d'obligation à l'État d'ouvrir le droit au mariage aux couples de même sexe (§145). Par contre, les États sont tenus de prévoir un statut pour ces couples. En l'espèce, la Cour maintient l'enseignement de l'arrêt *Oliari et autres c. Italie* (arrêt du 21 juillet 2015, nos 18766/11 et 36030/11) (§192), lequel n'avait cependant rien à voir avec un mariage célébré à l'étranger. Dans cet arrêt, la Cour avait décidé que la solution adoptée par l'Italie avant l'entrée en vigueur de sa loi sur les unions civiles⁴⁰, méconnaissait le droit à la vie familiale des couples de même sexe en leur refusant toute reconnaissance juridique. Pour la Cour, la forme de cette reconnaissance importe peu, dès lors que la CEDH n'est pas interprétée comme

³⁹ Sur les conditions de la compétence civile universelle, sont évoqués les travaux de A. BUCHER, « La compétence universelle civile », *R.C.A.D.I.*, 2014, vol. 372, pp. 9-127. De même, l'Institut de droit international reconnaît un principe de droit d'accès effectif à la justice aux fins de réparation devant les juridictions d'un État lorsque aucun autre État n'a de liens plus étroits avec le litige ou, si un autre État a de tels liens, que celui-ci ne connaisse pas de recours disponible pour les victimes de nature à assurer un procès équitable et une réparation appropriée et effective (session de Tallinn, 30 août 2015, *J.D.I.*, 2016, 368).

⁴⁰ Loi du 20 mai 2016, loi n° 76/2016.

posant une obligation dans le chef des États de prévoir la possibilité pour ces couples de se marier. Ainsi, la loi italienne prévoyant un type d'union civile pour les couples de personnes de même sexe répond à l'obligation de prévoir une forme de statut pour ces couples.

In fine, la Cour conclut que le vide juridique auquel les requérants étaient confrontés (le fait de se voir refuser la reconnaissance de leur mariage sous quelque forme que ce soit) n'est quant à lui pas acceptable au regard de la CEDH (§209).

Le rapporteur relève que la Cour ne répond pas à la question de savoir si les couples résidents permanents dans l'État de célébration de leur mariage devraient recevoir une sorte de traitement distinct, rendant obligatoire la reconnaissance de leur statut de personnes mariées. En soi, le raisonnement de la Cour ne prend pas en considération l'intensité des liens de rattachement entre les requérants et l'État de célébration de leur mariage.

Cela dit, de l'avis du rapporteur, la Cour n'est pas adepte d'un plan rigoureux dans l'exposé des motifs. En ce qui concerne plus spécifiquement la question de la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, elle admet tout d'abord que la contrariété à l'ordre public italien peut, à la supposer établie, être une raison valable pour refuser de reconnaître un mariage en tant que tel (§200). Elle indique par contre, d'emblée, que le droit interne italien doit être condamné, en ce qu'il ne permettait aucune reconnaissance sous aucune forme possible de l'union entre personnes de même sexe (§201). Elle revient ensuite, de manière peu ordonnée, sur la notion d'ordre public national en ces termes : « As to the interests of the State and the community at large, in respect of the failure to register such marriages, the Court can accept that to prevent disorder Italy may wish to deter its nationals from having recourse in other States to particular institutions which are not accepted domestically (such as same-sex marriage) and which the State is not obliged to recognise from a Convention perspective. Indeed the refusals in the present case are the result of the legislator's choice not to allow same-sex marriage - a choice not condemnable under the Convention. Thus, the Court considers that there is also a State's legitimate interest in ensuring that its legislative prerogatives are respected and therefore that the choices of democratically elected governments do not go circumvented » (§207). En ce sens, il semble que la Cour accorde une grande importance au respect du principe démocratique, pour elle tout aussi important que la continuité de l'état des personnes. De l'opinion de la Cour, il ne revient pas aux particuliers de forcer la main au législateur en cette matière. Un facteur important pour la Cour est de ne pas favoriser l'optimisation en droit de la famille (pouvant être rapprochée de la fraude à loi). Elle aurait d'ailleurs pu se diriger vers cette voie-là, ce qu'elle n'a pas fait. À cet égard, un parallèle peut être établi avec les arrêts en matière de gestation pour autrui contre la France dans les affaires *Menesson* et *Labassee*.

En conclusion, pour la Cour, le droit à une vie familiale des couples de personnes de même sexe doit être respecté et en l'occurrence, il l'est lorsqu'un mariage célébré à l'étranger est reconnu en tant qu'union civile (§§208 et 209). Le rapporteur indique que la solution de l'affaire commentée n'est pas vraiment mauvaise au regard de la situation des couples de personnes de même sexe. Cependant, pour lui, la solution reste insatisfaisante en termes d'analyse de droit international privé.

Le rapporteur mentionne ensuite l'opinion dissidente des juges Pejchal et Wojtyczek, allant dans un sens plus conservateur. Ces derniers soulèvent des problèmes de principe à l'égard

de la décision de la majorité. Leur argumentation se fonde tout d'abord sur l'interprétation des traités et ensuite sur l'idée d'une « effective political democracy ». En ce qui concerne l'argument de l'interprétation des traités, l'opinion dissidente des juges revient à prôner une interprétation de la CEDH en lien avec la volonté historique des États au moment de l'adoption de l'instrument. Pour ces juges, un traité ou une convention ne peut changer de sens au fil du temps ; ils rejettent donc ce que la Cour accepte depuis longtemps dans sa jurisprudence, soit la vision de la CEDH comme un instrument vivant. Cet argument de l'interprétation conservatrice de la CEDH a toujours existé. Cependant, il revit aujourd'hui avec plus de force. Il est en lien avec l'idée de l'« effective political democracy », second argument des juges dissidents. Pour eux, la tâche d'adapter la Convention aux évolutions de la société relève des Hautes parties contractantes, supposant la participation d'organes élus démocratiquement. En conclusion, ils indiquent que : « To sum up: in our view the majority have departed from the applicable rules of Convention interpretation and have imposed positive obligations which do not stem from this treaty. Such an adaptation of the Convention comes within the exclusive powers of the High Contracting Parties. We can only agree with the principle: "no social transformation without representation" » (§14).

Le rapporteur est en faveur d'une conciliation du principe démocratique avec les principes libéraux de la Convention. Il indique que la prudence dans les attentes formulées à l'égard de la Cour se recommande, afin d'éviter un *backlash* conservateur en réaction. Il approuve donc la position de la Cour de ne pas avoir contraint à reconnaître les couples de personnes de même sexe comme des couples mariés. Il en va de même en ce qui concerne la position de la Cour de justice sur cette question.

Au cours de la discussion, il est relevé que cette interprétation dynamique n'est pas suivie que par la Cour européenne mais également par la Cour internationale de justice et qu'au demeurant, une Cour constitutionnelle peut contrôler un acte législatif produit par une instance démocratique. Par ailleurs, il est relevé que cette affaire est particulièrement importante du fait qu'elle est contraignante pour des États parties à la CEDH, hors Union, lesquels peuvent partager encore moins la vue libérale au sujet des couples de personnes de même sexe qui a cours dans l'Union.

VII. EXAMEN D'OPPORTUNITÉ D'UNE CODIFICATION DE LA PARTIE GÉNÉRALE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

C. Kessedjian présente la question de l'opportunité d'une codification de la partie générale du droit international privé.

Elle soulève l'interrogation de savoir s'il appartient au Groupe de proposer une codification du droit international privé, soit une codification de la partie générale du droit international privé, soit une consolidation des textes existants, et ce, en vue d'obtenir une cohérence renforcée sur des concepts équivalents et identiques qui se retrouvent dans divers instruments.

Dans le cadre d'une potentielle codification de la partie générale du droit international privé, C. Kessedjian indique qu'un projet en ce sens a été proposé par P. Lagarde lors d'un

colloque à Toulouse⁴¹ et qu'il pourrait servir de base à la discussion en vue de cette codification. D'autres travaux académiques pourraient également être utilisés.

Diverses interrogations sont soulevées :

- Existe-t-il un réel besoin de codification des règles générales dans le cadre de l'intégration européenne telle que connue aujourd'hui ? De l'avis de C. Kessedjian, la codification favorise avant tout la visibilité de la norme et offre une aide aux juges, ces derniers ayant parfois des difficultés à appliquer les règles de droit international privé ;
- Est-ce le bon moment pour procéder à cette codification, au regard de ce que vit l'Europe actuellement et d'autres projets sur lesquels le Groupe pourrait travailler ?
- Cette codification de la partie générale entraînera-t-elle, dans le même temps, un travail de consolidation des autres textes existants ? Selon C. Kessedjian, cela est inévitable.

La majorité des membres émet une préférence pour une codification de la partie générale du droit international privé plutôt qu'une consolidation des instruments existants. Cette dernière option risquant de rouvrir des questions ayant fait l'objet de discussions houleuses.

Pourtant, si certains sont en faveur d'une participation du Groupe au marché de la codification du droit international privé, d'autres sont plus réticents. Ceux-ci rappellent que le Groupe n'a jamais eu pour objectif de se positionner sur le marché des législateurs. L'objectif est moins de soumettre des textes prêts à l'emploi que d'utiliser une méthode de travail efficace pour éprouver le bien-fondé d'hypothèses de recherche novatrices.

Il ressort cependant de la discussion que l'opportunité et la faisabilité d'une codification de la partie générale du droit international privé a déjà fait l'objet de réticences au cours de réunions antérieures⁴². Certains doutent de la possibilité d'avoir une vue uniforme sur un certain nombre de points, comme le renvoi, l'application du droit étranger ou la fraude à la loi. D'autres estiment qu'il serait possible de fixer à tout le moins des orientations générales portant sur de tels points. De leur côté, les règlements européens de conflit de lois contiennent déjà des dispositions générales qui pourraient servir de modèle ou à tout le moins de point de départ, tout en y apportant certaines améliorations (spécialement en matière de contrats de consommation, de travail, de droits de propriété intellectuelle, etc...). Ces modèles ont d'ailleurs servi au projet de codification du droit international privé en Norvège.

Certains membres se demandent encore si le Groupe est à même d'entamer un travail d'une telle envergure, au rythme d'une brève réunion annuelle. Le sujet appellerait non seulement à obtenir un consensus global sur l'ensemble des questions générales, mais encore à traiter de questions de droit institutionnel de l'Union et de politique législative. Au demeurant, l'exercice ne pourrait pas se limiter à une forme de consolidation du droit comparé : il devrait identifier un ensemble de règles propres au processus européen d'intégration, telles la reconnaissance mutuelle des situations, la condition du droit étranger, l'incidence de la Charte sur l'exception d'ordre public.

⁴¹ P. LAGARDE, « En guise de synthèse », in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Peter Lang 2011, pp. 365-376.

⁴² Réunions de Padoue (2009, règles générales), Copenhague (2010, condition du droit étranger et conflits de nationalités), Bruxelles (2011, *idem*, et reconnaissance des situations), La Haye (2012, rôle de la nationalité), Lausanne (2013, rôle de la nationalité et condition du droit étranger).

En conclusion, un consensus se dégage vers une discussion point par point plutôt que sur le tout. Cette méthode est en lien avec ce qui s'est fait ces dernières années, notamment dans le cadre de la refonte des règlements en matière de divorce, où un sous-groupe avait été créé pour discuter du facteur de rattachement et du rôle de la nationalité avant d'aboutir à une proposition de texte. Ainsi, il est suggéré de travailler par étape, en sous-groupes, en vue d'identifier les points spécialement affectés par le droit général de l'Union, pour aboutir ensuite à un document de synthèse dépourvu de formulation législative.

ANNEXE 1

Projet de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière de divorce

soumis par le sous-groupe en vue de la réunion d'Anvers (rapporteur : E. Pataut)

CHAPITRE I. CHAMP D'APPLICATION [,] [ET] DÉFINITIONS [ET APPLICATION UNIVERSELLE]

Article premier. Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps, quel que soit le sexe des époux.

2. Le présent règlement ne s'applique pas aux questions suivantes, même si elles ne sont soulevées qu'en tant que questions préalables dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps :

- a) la capacité juridique des personnes physiques ;
- b) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage ;
- c) l'annulation d'un mariage ;
- d) le nom des époux ;
- e) les effets patrimoniaux du mariage ;
- f) la responsabilité parentale ;
- g) les obligations alimentaires ;
- h) les trusts et les successions ;

Article 2. Relation avec les règlements (CE) no 2201/2003, 4/2009, 650/2012 et 2016/1103

Le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des règlements (CE) no 2201/2003, 4/2009, 650 /2012 et 2016/1103

Article 2bis : Définitions

Aux fins du présent règlement, la notion de «juridiction» inclut toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de divorce ou de séparation de corps qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle de celle-ci, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent conformément au droit de l'État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions :

- a) Puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité ; et
- b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière

Article 2ter : Divorces non juridictionnels

Les divorces prononcés dans un Etat tiers sans le concours de nature constitutive d'une juridiction ou d'une autorité publique ne relèvent pas du champ d'application du présent règlement

CHAPITRE II – RÈGLES DE COMPÉTENCE

Article 3. Compétence générale

Sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps des époux, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve :

1. En cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux
2. Dans les autres cas,
 - a. la résidence habituelle des époux, ou à défaut
 - b. la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou à défaut
 - c. la résidence habituelle du défendeur.

Article 3bis. Prorogation volontaire de compétence

1. Les époux peuvent convenir que le tribunal de la résidence habituelle de l'un d'eux, ou de la nationalité de l'un d'eux, sera exclusivement compétent pour connaître de leur divorce. Un tel choix peut avoir lieu à tout moment.
2. La convention est formulée par écrit, datée et signée par les parties. [Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite]
3. La juridiction saisie écarte la convention si celle-ci produit des effets manifestement déraisonnables à l'égard d'une partie.

Article 3 Ter. Dérogation volontaire à la compétence

1. Le juge d'un Etat membre saisi d'une demande relevant de sa compétence en vertu du présent règlement et pour laquelle les parties sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État non membre pour en connaître à titre exclusif [par une convention répondant aux conditions fixées par l'article 3bis] ne peut connaître du différend tant que le juge désigné n'a pas décliné sa compétence.

Il sursoit à statuer tant que le juge désigné n'a pas été saisi ou, après avoir été saisi, n'a pas décliné sa compétence. Il se dessaisit lorsque le juge désigné a rendu une décision qui peut être reconnue en vertu du droit de l'Etat du juge saisi.

Toutefois, il peut connaître du différend s'il apparaît que :

- a. Le juge désigné ne statuera pas dans un délai raisonnable ; ou
 - b. Le juge désigné rendra une décision qui ne pourra pas être reconnue selon le droit de l'État du juge saisi.
2. [Le choix par les parties d'un tribunal d'un Etat non membre est sans effets lorsque :
 - a. Tous les autres éléments du litige sont localisés au moment de ce choix dans un autre Etat membre ; ou

- b. Le juge saisi estime que la convention produit des effets manifestement déraisonnables à l'égard d'une partie].

Article 4. Demande reconventionnelle

La juridiction devant laquelle la procédure est pendante en vertu de l'article 3 ou de l'article 3 bis est également compétente pour examiner la demande reconventionnelle, dans la mesure où celle-ci entre dans le champ d'application du présent règlement.

Article 5. Conversion de la séparation de corps en divorce

Sans préjudice de l'article 3 ou de l'article 3 bis, la juridiction de l'État membre qui a rendu une décision sur la séparation de corps est également compétente pour convertir cette décision en divorce, si la loi de cet État membre le prévoit.

Article 6. Suppression de l'article 6 du règlement Bruxelles IIbis

L'article 6 du règlement Bruxelles 2 bis est supprimé.

Article 7. Compétence subsidiaire

Option 1

1. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3bis, 4 ou 5 et que les époux ont la nationalité d'un État membre ou d'États membres différents, sont compétentes les juridictions de l'État membre dont l'un des époux a la nationalité ou dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile ».

2. Toutefois le juge saisi se dessaisit lorsque :

- a) Les époux sont convenus de la compétence du tribunal ou des tribunaux d'un État non membre selon les conditions visées par l'article 3 ter ; ou
- b) L'un et l'autre époux résident dans le même État non membre et les juridictions de cet État sont compétentes pour connaître du divorce ou de la séparation de corps en vertu du droit de cet État.

Option 2

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3bis, 4 ou 5, sont compétentes les juridictions de l'État membre [dont les époux ont la nationalité ou dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve leur « domicile »][dont l'un des époux a la nationalité ou, dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile »].

Option 3

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3 bis, 4 ou 5, sont compétentes les juridictions de l'État membre avec lequel la demande présente un lien étroit, telle la nationalité d'une partie.

Article 7bis : for de nécessité

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3 bis, 4 ou 5, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel statuer sur le divorce

ou la séparation de corps si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou se révèle impossible dans un Etat tiers avec lequel l'affaire présente un lien étroit.

L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'Etat membre dont relève la juridiction saisie.

Article 7ter : Transfert de compétence

À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du divorce peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel les époux ont un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire :

a) surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément aux articles 3 à 7.

[ou

b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément aux articles 3 à 7]

Article 8 : Saisine d'une juridiction

Une juridiction est réputée saisie, y compris lorsqu'un préliminaire de conciliation ou de médiation est obligatoire :

a) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur;

ou

b) si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par la première autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.

Article 9 : Vérification de la compétence

La juridiction d'un État membre saisie d'une affaire pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre État membre est compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente.

Article 10 : Vérification de la recevabilité (CONSERVER ?)

1. Lorsque le défendeur qui a sa résidence habituelle dans un État autre que l'État membre où l'action a été intentée ne comparaît pas, la juridiction compétente est tenue de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile afin de pourvoir à sa défense ou que toute diligence a été faite à cette fin.

2. L'article 19 du règlement (CE) n°1393/2007 s'applique en lieu et place des dispositions du paragraphe 1 du présent article si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis d'un État membre à un autre en exécution dudit règlement.

3. Lorsque les dispositions du règlement (CE) n° 1393/2007 ne sont pas applicables, l'article 15 de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale s'applique si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis à l'étranger en exécution de ladite convention.

Article 11 : Litispendance et actions dépendantes

1. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci.

Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.

3. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant une juridiction d'un Etat membre et une juridiction d'un Etat tiers, la juridiction de l'Etat membre saisie en second lieu sursoit d'office à statuer si l'on s'attend à ce que la juridiction de l'Etat tiers rende une décision susceptible d'être reconnue dans cet Etat membre et si la juridiction de l'Etat membre concernée est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.

Article 12 : Mesures provisoires et conservatoires

1. En cas d'urgence, les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un État membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État, prévues par la loi de cet État membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond.

2. Les mesures prises en exécution du paragraphe 1 cessent d'avoir effet lorsque la juridiction de l'Etat membre compétente en vertu du présent règlement pour connaître du fond a pris les mesures qu'elle estime appropriées.

CHAPITRE III. RÈGLES UNIFORMES SUR LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE ET À LA SÉPARATION DE CORPS

Article 13 : Application universelle

La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre participant.

Article 14 : Loi applicable à défaut de choix par les parties

À défaut de choix conformément à l'article 15, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État:

- a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,
- b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore

- dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou, à défaut,
- c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction sauf si les époux ont plus d'une nationalité commune ; ou, à défaut,
 - d) dont la juridiction est saisie.

Article 15 : Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes:

a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

b) Option 1. la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou

b) Option 2. La loi de l'Etat avec lequel les époux entretiennent les liens les plus étroits au moment du mariage compte tenu de l'ensemble des circonstances

c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

d) la loi du for,[y compris si celui-ci est rendu compétent par la volonté des parties dans les circonstances visées à l'article 3bis]

2. [Sans préjudice du paragraphe 3,] une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, [mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction].

3. [Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for.]

4. [En cas de pluralité de nationalité, le choix prévu à l'article 1-c peut se porter sur la loi de l'un des Etats dont l'un des époux possède la nationalité]

Article 16 : Consentement et validité matérielle

1. [L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si la convention ou la clause était valable.]

2. [Toutefois, pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1.]

3. À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables [ou déraisonnables] pour l'une ou l'autre des parties.

Article 17 : Validité formelle

1. La convention visée à l'article 14, paragraphes 1 et 2, est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.
2. Toutefois, si la loi de l'État membre participant dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.
3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres participants différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par la loi de l'un de ces pays.
4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre participant et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

Article 18 : Conversion de la séparation de corps en divorce

1. En cas de conversion d'une séparation de corps en divorce, la loi applicable au divorce est la loi qui a été appliquée à la séparation de corps, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 14.
2. Toutefois, si la loi qui a été appliquée à la séparation de corps ne prévoit pas de conversion de la séparation de corps en divorce, l'article 8 s'applique, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 14.

[Article 19 : Application de la loi du for

Lorsque la loi applicable en vertu des articles 14 ou 17 ne prévoit pas le divorce [ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps,] la loi du for s'applique].

Article 20 : Exclusion du renvoi

Option 1 : Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé.

Option 2 : conserver le renvoi de la loi d'un Etat tiers vers la loi d'un EM.

Article 21 : Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Article 22

Article 23 : États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois territoriaux

Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou son propre ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement :

- a) toute référence à la loi de cet État est interprétée, aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement, comme visant la loi en vigueur dans l'unité

territoriale concernée;

- b) toute référence à la résidence habituelle dans cet État est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale;
- c) toute référence à la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles applicables, l'unité territoriale choisie par les parties, ou en l'absence de choix, l'unité territoriale avec laquelle l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits.

Article 24 : États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois interpersonnels

Pour un État qui a deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes et ayant trait aux questions régies par le présent règlement, toute référence à la loi d'un tel État est interprétée comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État. En l'absence de telles règles, le système de droit ou l'ensemble de règles avec lequel l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits s'applique.

Article 25 : Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes

Un État membre participant dans lequel différents systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent aux questions régies par le présent règlement n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces systèmes de droit ou ensembles de règles.

CHAPITRE III. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

SECTION 1. Reconnaissance

Article 26 : Reconnaissance d'une décision

1. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.
2. En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un autre État membre en matière de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage, qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre.
3. Sans préjudice de la section 4, toute partie intéressée peut demander, selon les procédures prévues à la section 2, que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

La compétence territoriale de la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque État membre à la Commission conformément à l'article XXX est déterminée par la loi de l'État membre dans lequel la demande de reconnaissance ou de non-reconnaissance est présentée.

4. Si la reconnaissance d'une décision est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci peut statuer en la matière.

Article 27 : Motifs de non-reconnaissance des décisions de divorce ou de séparation de corps

Une décision rendue en matière de divorce ou de séparation de corps ou n'est pas reconnue:

- a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis;
- b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque;
- c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis; ou
- d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis.

Article 28 : Interdiction du contrôle de la compétence de la juridiction d'origine

Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'État membre d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article , point a), ne peut être appliqué aux règles de compétence visées aux articles 3 à XXX .

Article 29 : Disparités entre les lois applicables

La reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques.

Article 30 : Interdiction de la révision au fond

En aucun cas, une décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 31 : Sursis à statuer

1. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue dans un autre État membre peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire.
2. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue en Irlande ou au Royaume-Uni et dont l'exécution est suspendue dans l'État membre d'origine du fait de l'exercice d'un recours peut surseoir à statuer.

Article 32 : Documents

1. La partie qui invoque ou conteste la reconnaissance d'une décision doit produire:
 - a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité;
 - et
 - b) le certificat visé à l'article XXX.
2. En outre, s'il s'agit d'une décision par défaut, la partie qui invoque la reconnaissance ou sollicite la délivrance d'une déclaration constatant sa force exécutoire doit produire:

a) l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante;

ou

b) tout document indiquant que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque.

Article 33 : Absence de documents

1. À défaut de production des documents mentionnés à l'article XXX, paragraphe 1, point b), ou paragraphe 2, la juridiction peut impartir un délai pour les produire ou accepter des documents équivalents ou, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser.

2. Il est produit une traduction des documents si la juridiction l'exige. La traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États membres.

Article 34 : Certificat concernant les décisions en matière matrimoniale

La juridiction ou l'autorité compétente de l'État membre d'origine délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe I (décisions en matière matrimoniale)

SECTION 5. Actes authentiques et divorces non juridictionnels

Article 35 : Actes authentiques et divorces non juridictionnels rendus dans un Etat membre

Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi que les accords entre parties dotés de l'autorité de chose jugée ou exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions, [à condition que le divorce ait été obtenu dans un Etat membre dont les juridictions ou les autorités auraient été compétentes si une demande avait été introduite devant un juge]

ANNEXE 2

Projet de règlement sur le droit applicable aux droits réels soumis par le sous-groupe en vue de la réunion d'Anvers (rapporteur : F. Garcimartin)

The law applicable to rights in rem: skeleton

GEDIP

I. Introduction

1. The purpose of this paper is to offer a skeleton of the main issues, including conceptual aspects and fundamental policy choices, that should be analysed in the context of GEDIP's future work in the field of rights in rem.

II. The need for a future instrument on rights in rem

2. Theoretical and practical arguments:

- Study on *A European Framework for private international law*, the European Parliament concluded that one of the main gaps in the current framework was in the area of rights in rem (property law): “A number of gaps can be identified that concern generally accepted problems of private international law which are currently not regulated by community instruments [...] these gaps are: property law [...]”¹
- “Stockholm Programme”, the EU Council requested the Commission to continue the process of harmonising conflict-of-law rules at Union level, including “[...] the area of [...] security interests”².
- Recognition of a reservation of title created in a Member State in the other Members States where the asset may have been moved; eg, Spanish case-law concluding that a reservation of title created under German law is not recognised in Spain (ia, SAP Burgos 8.2.2011)

2. Nature of such an instrument: a Regulation

¹ European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, *A European Framework for private international law: current gaps and future perspectives*, 2012, p. 67.

² OJ EU 4.5.2010, C 115/1, p. 13.

III. Scope

3. The future instrument will determine the law applicable to rights *in rem*, i.e. rights over an asset that are effective against third parties (*erga omnes*). Third parties include any competing claimant over the same asset, eg other secured creditors, a judgment creditor, subsequent transferees or the insolvency administrator³.
4. The instrument will apply to both tangible [and intangible assets, including IP rights]
5. The instrument will have universal scope of application
6. Excluded matters:
 - Capacity
 - Contractual obligations
 - Torts
 - Company law
 - Insolvency
 - Transfers of assets and liabilities *uti universi*

IV. Uniform rules

7. The list of conflict-of-laws rules should take Article 2 (9) EIR as a starting point to ensure consistency. Therefore:
8. **Tangible assets.** Rights in rem over tangible assets are governed by the laws of the country within the territory of which the asset is located at the relevant time. A definition of “relevant time” should be included, eg relevant time means the time of the creation with effects against third parties of the corresponding right *in rem*⁴.
9. **Tangible assets in transit or to be exported.** A special rule should be included for these assets allowing the parties to create a right in rem under the law of the State of destination.
10. **Registered assets.** However, rights in rem over tangible assets, ownership of or entitlement to which is entered into a public register, are governed by the law of the country under the authority of which the register is kept. This includes registered **IP rights**.

³ See, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to third-party effects of assignments of claims*, COM (2018) 96 final. In this proposal, ‘third-party effects’ means proprietary effects, that is, the right of the assignee to assert his legal title over a claim assigned to him towards other assignees or beneficiaries of the same or functionally equivalent claim, creditors of the assignor and other third parties (vid. Art. 2 (e)). See also, Article 8 (2) EIR and ECJ case law on both the EIR (eg C-195/15, in particular Opinion of the Advocate General), and Brussels I (eg C-438/12).

⁴ See Article (1) of the Proposal: “...the third-party effects of an assignment of claims shall be governed by the law of the country in which the assignor has its habitual residence **at the material time**”.

11. **European patents.** Rights in rem over European patents are governed by the law of the country for which the European patent is granted.

12. **European IP rights** with unitary effects. Rights in rem over EU IP rights are governed by the law of the Member State designated by Article 19 Regulation on EU trade mark⁵.

13. **Copyrights and related rights.** Rights in rem over copyrights and related rights are governed by the law of the country [within the territory of which the owner of such rights has its habitual residence or registered office, see Art. 2 (9) (vi) EIR] [for which protection is claimed, see Art. 8 (1) Rome II] [under which law the right arose]⁶.

14. **Registered shares.** Rights in rem over registered shares are governed by the law of the country within the territory of which the company having issued the shares has its registered office [central administration].

15. **Financial instruments.** Rights in rem over financial instrument the title to which is evidenced by entries in a register or account maintained by a financial intermediary ("book-entry securities") are governed by the law of the country within the territory of which the register of account in which the entries are made is maintained.

16. **Claims, including cash accounts.** See Commission's Proposal COM (2018) 96 final

17. [Negotiable instruments]

V. Registers

18. The question of publicity and, in particular, registration is in principle governed by the law applicable to the corresponding right in rem. However, the establishment of (i) a EU centralized register and/or (ii), a mechanism of interconnection between registers should be considered.

⁵ Article 19 **Dealing with EU trade marks as national trade marks**

"1. Unless Articles 20 to 28 provide otherwise, an EU trade mark as an object of property shall be dealt with in its entirety, and for the whole area of the Union, as a national trade mark registered in the Member State in which, according to the Register:

(a) the proprietor has his seat or his domicile on the relevant date;

(b) where point (a) does not apply, the proprietor has an establishment on the relevant date.

2. In cases which are not provided for by paragraph 1, the Member State referred to in that paragraph shall be the Member State in which the seat of the Office is situated.

3. If two or more persons are mentioned in the Register as joint proprietors, paragraph 1 shall apply to the joint proprietor first mentioned; failing this, it shall apply to the subsequent joint proprietors in the order in which they are mentioned. Where paragraph 1 does not apply to any of the joint proprietors, paragraph 2 shall apply."

⁶ Note, however, that this solution may be problematic when different persons, with habitual residence in different countries, claim to be owners of the corresponding right. A possible alternative may be an "asset-centric" connecting factor (eg the location of the principle IP activity).

VI. General problems

19. Conflict mobile⁷. The Group should consider the possibility of having different solution for the different connecting factors.
20. Scope of the applicable law. Creation, effectiveness against third parties, priority between competing claimants and enforcement. The inclusion of a special rule on enforcement should be considered
21. Overriding mandatory rules [it should be limited to the OMR of the forum]
22. Public policy
23. Renvoi
24. State with more than one legal system
25. Relationships with other EU and non-EU instruments, eg Cape Town Conventions
26. Entry into force, application in time and transitional rules.

VII Other issues

27. The inclusion of a rule for cultural objects
28. Amendment of Brussels I bis to include a rule on jurisdiction for rights in rem over movable assets

⁷ See Article 4 (1) of the Proposal: *“Unless otherwise provided for in this Article, the third-party effects of an assignment of claims shall be governed by the law of the country in which the assignor has its habitual residence at the material time. Where the assignor has changed its habitual residence between two assignments of the same claim to different assignees, the priority of the right of an assignee over the right of another assignee shall be governed by the law of the habitual residence of the assignor at the time of the assignment which first became effective against third parties under the law designated as applicable pursuant to the first subparagraph.”*