Sous-groupe „Principes du droit international privé européen”

Inventaire des principes du droit international privé européen ayant une influence sur la résolution des conflits de lois

Table des matières

Présentation des travaux du sous-groupe (FJS) 2

I. Principes généraux du droit de l'Union 4

Abus de droit (JM) 4

Autonomie procédurale (MF) 6

Cohérence (FJS) 11

Confiance et reconnaissance mutuelles (MF) 13

Droits fondamentaux (Ch. K) 19

Equivalence et effectivité (MF) 22

Identités nationales (JM) 25

Libertés de circulation (GCM) 27

Proportionnalité (GCM) 31

Protection juridictionnelle effective – Protection des droits de la défense – Bonne administration de la justice (Ch. K) 34

Sécurité juridique (FJS) 38

Solidarité (dont coopération loyale) (JM) 41

II. Notions générales de DIP européen 43

Adaptation (Ch. K) 43

Autonomie de la volonté (CGB) 46

Clause d'exception (FJS) 49

Fraude à la loi (ou l'abus de droit) (PK) 51

Loi étrangère (HGT) 53

Lois de police (PK) 55

Ordre public (GCM) 58

Reconnaissance des situations (CGB) 62

Renvoi (PK) 65

Annexe : Tableau comparatif des dispositions des règlements européens en matière de droit international privé (conflits de lois) (PK) 67

Présentation des travaux du sous-groupe (FJS)

Lors de la réunion de Katowice, il est apparu qu'il était nécessaire, afin de faciliter les réflexions du GEDIP sur la partie générale d'un code de droit international privé européen, d'établir une liste des principes du droit de l'Union et d'en déterminer le contenu et la portée, précisément leur incidence sur les règles de droit international privé.

Le sous-groupe (Giuditta Cordero-Moss, Marc Fallon, Cristina González Beilfuss, Hélène Gaudemet-Tallon, Fabienne Jault-Seseke, Patrick Kinsch, Christian Kohler, Johan Meeusen) s'est réuni de façon virtuelle à quatre reprises. Il est parti de la liste présentée à Katowice par Ch. KOHLER, liste qui a été élargie et qui ne prétend pas à l'exhaustivité.

Le sous-groupe a décidé de suivre une double démarche, déductive et inductive, ce qui l'a conduit non seulement à analyser les principes généraux du Droit de l'Union en recherchant leur incidence, textes et jurisprudence à l'appui, sur le Droit international privé européen mais aussi à s'appuyer sur un certain nombre de notions du Droit international privé en s'interrogeant sur la façon dont elles étaient influencées par les principes du Droit de l'Union. La terminologie Droit de l'Union pour évoquer les principes généraux a été retenu en référence au Traité de l'Union européenne (TUE) et à la jurisprudence de la Cour de justice (CJUE). En utilisant cette terminologie, le sous-groupe n'a pas visé à exclure les principes de l'EEE, qui correspondent à ceux de l'Union. L'expression Droit international privé européen a été, quant à elle, choisie eu égard à sa malléabilité. Elle permet de ne pas exclure la Suisse, la Norvège … et demain le Royaume-Uni.

Les différents membres du groupe se sont chargés d'établir des fiches (21 au total), correspondant soit à un principe général du Droit de l'Union, soit à une notion de Droit international privé. Ces fiches permettent d'établir les interactions entre ces principes et ces notions. Elles constituent un premier outil pour la rédaction de dispositions destinées à intégrer un code de Droit international privé européen.

La question se pose de savoir dans quelle voie le GEDIP souhaite s'engager. Il est nécessaire de s'accorder sur le résultat recherché et d'arrêter la méthode de travail. Les discussions à Katowice ont permis d'exposer les différentes alternatives. Si la rédaction de l'intégralité d'une partie générale à bref délai est sans doute trop ambitieuse, il paraît envisageable de préparer celle de certaines dispositions. Il serait souhaitable de commencer par les notions que le législateur européen n'a su aborder de façon satisfaisante.

Le document de travail est divisé en deux parties. La première comporte les fiches correspondant aux principes généraux du droit de l'Union. La structure de chaque fiche est, sauf exception, identique. Un premier point intitulé Principe permet de poser une définition. Un second point intitulé Contexte conduit à lister les applications du principe dans le domaine du Droit international privé européen. Le troisième et dernier point envisage l'incidence du principe sur de possibles travaux de codification. La seconde partie comporte les fiches correspondant aux notions de Droit international privé. L'accent a été mis sur l'incidence des principes généraux du

Droit de l'Union sur ces différentes notions. Au sein de chaque partie, l'ordre alphabétique a été retenu.

La lecture de ces différentes fiches peut être éclairée par le tableau comparatif des dispositions des différents règlements européens sur 12 points relevant de la Partie générale du droit international privé. Ce tableau, établi par Patrick Kinsch, figure en annexe. Il indique également les points qui apparaissent dans des codifications nationales du droit international privé, mais ne font l'objet d'aucune disposition dans les règlements existants, notamment :

- le domicile ou la résidence habituelle des personnes physiques ;
- la nationalité des personnes physiques ;
- l'application du droit étranger (application d'office ou non ; modes d'établissement) ;
- la fraude à la loi ;
- la qualification ;
- les questions préalables ;
- le sens de la désignation d'un droit étranger et le rôle du droit public étranger[1] (au-delà des exclusions habituelles de l'art. 1er des règlements) ;
- la distinction – expresse ou implicite – entre application des règles de conflit à la constitution de situations et la reconnaissance des situations constituées.

[1] Cf. Art. 13 LDIP suisse.

I. Principes généraux du droit de l'Union

Abus de droit (JM)

Principe

- Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de l'Union. La constatation de l'existence d'une telle pratique abusive requiert la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif (conditions cumulatives). Premièrement, il doit ressortir d'un ensemble de circonstances objectives que, malgré le respect formel des conditions prévues par la réglementation de l'Union, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint. En plus, il doit apparaître qu'il existe une volonté d'obtenir un avantage indu résultant de la réglementation de l'Union en créant artificiellement les conditions requises pour l'obtention de celui-ci. Voy. p.e. l'arrêt *Torresi*, C-58/13 et C-59/13.

Contexte

- Ce principe a une pertinence particulière en ce qui concerne les libertés de circulation. Les États membres sont en droit de prendre les mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées par le TFUE, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement aux règles de leur législation nationale (*Torresi*, C-58/13 et C-59/13). Sur cette base, il peut devenir pertinent également pour le droit international privé (conflit de lois), bien que son interprétation restrictive et ses conditions d'application cumulatives limitent son impact réel.
- Ce principe a déjà été invoqué maintes fois par des États membres, mais sans succès, pour restreindre le recours à la liberté d'établissement pour les sociétés sur base de l'art.54 TFEU (Voy. p.e. les arrêts *Centros* (C-212/97) et *Polbud* (C-106/16)). Aussi, il n'appartient pas à un État membre de se baser sur ce principe afin de restreindre les effets de l'attribution de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour sa reconnaissance (p.e. *Garcia Avello*, C-148/02).
- Autre exemple de corrélation potentielle avec le droit international privé : la prohibition du recours abusif aux mariages de complaisance, dans le cadre des libertés de circulation, pour contourner les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants de pays tiers (*Akrich*, C-109/01).
- Les règlements actuels en matière de droit international privé ne réfèrent pas à la fraude à la loi dans le sens traditionnel ni au principe européen de prohibition d'abus de droit.
- Néanmoins, le règlement Successions (650/2012) mentionne, mais dans le préambule seulement, qu'aucune disposition de ce règlement ne devrait empêcher une juridiction d'appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé. Certaines dispositions du règlement Insolvabilité (2015/848) visent à empêcher la fraude, notamment en ce qui concerne la recherche

de la juridiction la plus favorable.

Incidence sur le droit international privé (conflit de lois)

- Le principe de prohibition d'abus de droit ajoute une dimension additionnelle à l'exception de fraude à la loi qui est connue dans beaucoup d'États membres, dans le sens qu'il concerne l'abus du droit de l'Union européenne spécifiquement (en particulier, les libertés de circulation).
- En tant que principe général de droit de l'Union européenne, il est de pertinence juridique pour tous les États membres (même ceux qui ne connaissent pas l'exception de fraude dans la partie générale de leur système de droit international privé) et tous les domaines du droit de l'UE (et non seulement les domaines harmonisés, bien au contraire).
- Vu l'absence de clauses particulières sur l'exception de fraude dans les règlements déjà adoptés et l'objet spécifique de l'abus de droit, il paraît préférable de ne pas lier une référence à ce principe à une clause sur la fraude à la loi.
- Bien que la prohibition d'abus de droit soit en tout cas pertinente pour le droit international privé dans un contexte européen, grâce à son caractère de principe général (non-écrit), une clause explicite sur ce dernier pourrait néanmoins être utile et contribuer à la transparence en ce que le droit international privé, et le conflit de lois en particulier, peut être concerné en premier lieu par un recours abusif aux libertés de circulation.

Autonomie procédurale (MF)

Principe

- Selon le principe dit de l'autonomie procédurale, la détermination des conditions de mise en œuvre du droit de l'Union, essentiellement lors de l'application du droit de l'Union par les juridictions nationales, relève de la compétence du droit national.
    - En ce sens, le statut procédural d'une règle européenne est par principe celui établi par le droit de chaque Etat membre.
    - Plus généralement, le droit de l'Union n'a pas vocation à modifier le droit procédural des Etats membres, entendu au sens strict comme l'ensemble de conditions qui affectent le fonctionnement des autorités et juridictions nationales.
- Ainsi, il appartient au droit national de déterminer si un moyen de droit peut ou doit être relevé d'office ou non par le juge, telle la Cour de cassation pour un moyen nouveau (C-430/93, *van Schijndel*) ou le juge du fond pour un moyen d'ordre public (C-40/08, *Asturcom*)
    - Cependant, une faculté de relever d'office prévue en droit national peut devenir une obligation en droit de l'Union (*van Schijndel*, § 14), lorsque la demande concerne une règle « contraignante » du droit européen — telles les règles de concurrence du Traité — : ainsi des droits éventuellement « disponibles » en droit national peuvent devenir pratiquement indisponibles du fait du droit européen (§ 15). Cette limite à l'autonomie procédurale repose sur un principe de protection juridictionnelle lié à l'effet direct d'une règle européenne, tout en assurant l'application du principe de coopération loyale de l'article 4.3 TUE (§ 14).
    - Le domaine d'une obligation européenne de relevé d'office s'étend pratiquement à la protection juridictionnelle assurée par toute règle européenne « d'intérêt public » — expression européenne qui peut englober un ordre public de direction mais aussi de protection, telle la protection du consommateur (C-240/98 *Océano Grupo* à pros de la dir. 93/13) ou encore du travailleur (XX).
- Ce principe d'autonomie n'a pas empêché l'énonciation de notions communes de procédure, sur base d'une convergence des droits nationaux et apte à générer un véritable statut procédural européen de la règle de droit européenne.
    - La Cour de justice a pu observer « des conceptions partagées » (*Van Schijndel*, § 21, à propos de l'application du principe d'effectivité, ci-dessous), tels les principes de protection de la défense, de sécurité juridique et de bon déroulement de la procédure (§ 19) ; le juge est tenu « de s'en tenir à l'objet du litige et de baser sa décision sur les faits qui ont été présentés devant lui » (§ 20) car « l'initiative d'un procès appartient aux parties », sauf si « l'intérêt public l'exige » (§ 21) : il ne peut alors sortir de « la passivité qui lui incombe » mais est tenu « de s'en tenir à l'objet du litige et de baser sa décision sur les faits qui ont été présentés devant lui » sans se fonder « sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application [d'une disposition européenne] a fondé sa demande » (§ 22).

- Par extension, de tels principes communs influencent également l'émergence de règles européennes de procédure devant le juge européen statuant comme juridiction de fond (pour plus de détails, M. Fallon, cité *infra*).

Sur ce thème, voir par exemple : M. FALLON, « La condition procédurale du droit applicable en matière civile, selon la Cour de justice de l'Union européenne », in *Mélanges Kohler*, Gieseking, 2018, 51-76. En marge du contentieux de la fonction publique européenne : C. KOHLER, « La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international privé », *TCFDIP*, 1993-1994, p. 71-87, p. 79 et s. Sur la définition du principe : S. CAZET, « Le relevé d'office, une application tempérée de la primauté au service de la protection des justiciables », *RDUE*, 2017, p. 53-64 ; B. KRANZ, « EU law and national civil procedure law : An invisible pilar », *ERPL*, 2015, p. 567-588.

Contexte

- Le principe a été dégagé par la Cour de justice dans le contexte des règles générales concernant l'exécution du droit de l'Union, dans sa jurisprudence dite *van Schijndel* ; et l'arrêt *Peterbroeck* (C-312/93) lui donne pour bases les <u>principes de coopération loyale</u> (art. 4.3 TFUE) et <u>de protection juridictionnelle</u> (art. 47 Charte UE).
- Le principe d'autonomie procédurale connaît des tempéraments. Il a pour limite le respect des <u>principes institutionnels d'équivalence et d'effectivité</u>. Ceci revient à établir deux conditions dont le respect est exigé par le juge national à propos du statut procédural de l'application d'une règle européenne.
  - On relève donc que cette conditionnalité n'affecte pas le statut procédural du droit national, chaque fois qu'est en cause l'application d'une règle nationale devant le juge.
  - Le statut procédural national peut cependant intervenir lors de la détermination du statut d'une règle européenne, lors de l'appréciation de la condition d'équivalence ci-dessous. De même il semble que l'obligation de relevé d'office d'une règle européenne présuppose au moins une faculté de relevé en droit national (jurisprudence *van Schijndel* précitée).
- <u>Condition d'équivalence</u> : le statut procédural d'une règle européenne ne peut pas être moins favorable que le statut d'une disposition nationale correspondante dans la matière en litige (*van Schijndel*, § 13).
  - Afin d'apprécier la comparabilité des statuts, il y a lieu de qualifier la correspondance des règles nationale et européenne dans la matière en cause. Cette qualification relève de l'ordre juridique auquel appartient chaque règle. Ainsi, la nature « contraignante » (arrêt *van Schijndel*) ou « d'ordre public » d'une disposition européenne dépend du droit européen (C-497/13 *Faber*, §§ 55-56, à propos de la dir. 1999/44).
  - La comparaison ne doit pas nécessairement se faire avec le statut préférentiel offert par le droit du for à la CEDH (C-234/17, *XC*, gr.ch.).
- <u>Condition d'effectivité</u> : le statut procédural de droit national appliqué à la règle européenne ne peut pas priver le justiciable de la protection effective des droits octroyés par cette règle.
  - Le principe d'effectivité comporte des limites. Ainsi, il ne met pas en cause le principe de l'autorité de la chose jugée d'une décision définitive selon le droit du

for (C-40/08, *Asturcom*), au nom des principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice (comp. C-505/14, *Klausner*, à propos de l'étendue de la chose jugée), même en cas d'implication d'un droit protégé par la CEDH (arrêt *XC* ci-dessus).
    - Ces conditions sont cumulatives : même en cas de statuts équivalents, le principe d'effectivité est violé si l'effectivité n'est pas assurée (arrêt *Faber*, § 42).
- Cette conditionnalité peut induire des tempéraments à l'autonomie procédurale.
    - En d'autres termes, la vérification du respect de ces conditions peut conduire pratiquement à énoncer un principe procédural européen ou, en quelque sorte, des ferments d'un droit procédural autonome (par ex. *van Schijndel* ci-dessus, évoquant des principes communs).
- La conditionnalité du principe d'autonomie procédurale a permis de construire progressivement un statut procédural européen autonome, quoique construit sur base de convergences constatées dans la plupart des Etats membres (arrêt *van Schijndel*), pouvant amener le législateur européen à établir, dans une matière particulière, tout ou partie du régime procédural d'une règle européenne. En ce sens, la matière de la procédure civile relève d'une compétence partagée et non exclusive au sens du droit institutionnel de l'Union. De fait, l'application du droit national « aux modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union » ne vaut que « en l'absence d'harmonisation des règles de procédure » (C-497/13 *Faber*, § 37).

Incidence sur le DIP

- **En principe**, le droit de l'Union laisse intacte la procédure nationale affectant la mise en œuvre de règles européennes de <u>compétence judiciaire internationale ou de reconnaissance et d'exécution de décisions</u> judiciaires étrangères
    - Ce principe est rappelé régulièrement par la Cour à propos du règlement Bruxelles I, qui n'a pas pour objet de « unifier la procédure », sous réserve du contrôle des principes généraux (droits de la défense : C-292/10 *de Visser* ; C-306/17, *Nothartova*).
- Il en va de même de la <u>condition procédurale du droit étranger</u>, vue sous sa double dimension, à savoir :
    - Le rôle du juge pour soulever le moyen de l'application de la règle de conflit de lois, que celle-ci soit nationale ou européenne ;
    - L'étendue du rôle du juge du fond pour établir la preuve du contenu du droit étranger désigné par la règle de rattachement ;
    - La nature et l'étendue du rôle de la Cour de cassation dans son contrôle de légalité.
- **Des tempéraments** peuvent cependant affecter cette autonomie procédurale de la règle de DIP, lorsque cette règle est de nature européenne.
    - Sur <u>l'application d'office d'une règle de compétence judiciaire</u> : les règlements européens peuvent déterminer directement le statut procédural de la règle européenne ; la règle de litispendance européenne implique une définition autonome de l'identité de cause, de parties et de faits.

- Le relevé d'office de la compétence ou incompétence est prévu par la majorité des règlements, sauf Bruxelles I*bis*, où cependant la Cour a admis une initiative du juge en cas de comparution volontaire (C-111/09, *Vienna Insurance*) et établi une vérification d'office de l'applicabilité du règlement et de la qualification des demandes (C-102/15, *Siemens Österreich* ; C-366/13, *Profit Investment*).
- Cependant, un relevé d'office de la compétence ne procède pas nécessairement d'un relevé d'office du droit applicable (C-347/18, *Salvoni*, dir. 93/13).

- Sur <u>l'application d'office d'un motif de refus</u> d'une décision judiciaire : le règlement européen peut distinguer selon que le refus « a » ou « peut avoir » lieu ; la suppression de l'exequatur implique l'absence de contrôle d'office des motifs de refus, ceux-ci ne pouvant être invoqués que par une partie sur opposition (C-579/17, *BUAK*).
  - Les conditions procédurales nationales de reconnaissance d'une sentence arbitrale étrangère (délais de recours, recevabilité d'une demande d'annulation d'une sentence définitive) sont appréciées respectivement au regard des principes d'effectivité et de sécurité juridique (C-126/97 *Eco Swiss* ; C-40/08 *Asturcom*).
- Sur <u>le statut procédural d'une règle européenne de conflit de lois</u> :
  - Pas de jurisprudence explicite sur le statut d'une règle de rattachement ; comp. l'arrêt *Vinyls Italia* (C-54/16) : l'exception d'irrévocabilité d'une dette selon la loi contractuelle au sens du regl. 1346/2000 relève de la preuve du contenu du droit étranger et l'applicabilité d'office de l'art. 13 dépend du droit du for.
  - Cependant, selon l'arrêt *Amazon EU* (C-191/15, § 70) : le régime de protection « impératif » de l'art. 6 Rome1 implique une application d'office de la loi de résidence du consommateur et l'obligation du juge d'en « identifier les dispositions ». Comp. en ce sens l'impérativité des règles de conflit du règl. 1408/71 (sécurité sociale ; C-451/17, *Walltopia*).
  - La qualification procédurale d'une institution juridique (telle la prescription contractuelle) peut varier d'un instrument européen à l'autre (*Vinyls Italia*).
  - La Cour s'est prononcée à propos de règles matérielles de protection d'une partie faible : le consommateur (dir. 93/13 : C-191-15 *Amazon EU* ; dir. 1999/44 : C-497/13 *Faber* ; dir. 2008/48 : C-377/14 *Radlinger*), le travailleur (dir. 96/71 : xx), l'agent commercial (dir. 86/653 : C-381/98 *Ingmar*) ; en termes de conflit de lois, on peut associer cette position à un ferment de statut européen d'une « <u>loi de police européenne</u> », lorsque la situation entre dans le domaine d'application dans l'espace d'une disposition impérative assurant la protection des « intérêts publics ».
  - Significativement, à propos de la dir. 1999/44 (garantie dans la vente) : en vertu des principes d'équivalence et d'effectivité, « Il incombe, en principe, au juge national, aux fins d'identifier les règles de droit applicables à un litige dont il est saisi, de qualifier juridiquement les faits

et actes invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions. Cette qualification juridique s'impose comme un préalable dans un cas où, comme celui au principal, la garantie du bien vendu, dont se réclame la partie demanderesse, peut être régie par des règles distinctes en fonction de la qualité de l'acquéreur. Une telle qualification n'implique pas, en soi, que le juge exerce d'office un pouvoir d'appréciation, mais seulement qu'il constate et vérifie l'existence d'une condition légale qui détermine la norme juridique applicable. » (C-497/13 *Faber*, § 38).

- Sur l'interprétation du droit national désigné par une règle européenne appliquée par un juge européen statuant au fond :
  - Le juge (compétent au titre d'une clause compromissoire) tient compte de la jurisprudence nationale [étrangère] d'interprétation (C-172/97, *SIVU*) et en effectue une interprétation « conforme » à la position de la Cour de cassation (C-40/98, *Tecnologie Vetroresina).*
  - Le principe du contradictoire « implique également le droit pour les parties de prendre connaissance des éléments soulevés d'office par le juge, sur lesquels celui-ci entend fonder sa décision, et de les discuter » (C-598/14P, *EUIPO c. Szajner*, § 54).
  - Le juge européen de contrôle de légalité [en l'occurrence la Cour de justice à l'égard du Tribunal UE] est compétent pour vérifier si le juge du fond n'a pas « dénaturé » la disposition nationale applicable ou son interprétation jurisprudentielle et doctrinale, ni fait des constatations allant de manière « manifeste » à l'encontre de son contenu (C-263/09P, *Edwin c. OHMI*).

- **Pour le futur**, l'insertion d'un dispositif sur la condition procédurale de la règle de droit paraît possible, voire nécessaire, dans une partie générale de DIP.
  - Le principe d'autonomie procédurale n'exclut pas la compétence du législateur européen pour harmoniser les règles nationales de procédure dans le domaine du droit de l'Union.
    - Ce domaine couvre minimalement les matières où existe une harmonisation de règles de DIP.
    - Ce domaine peut s'étendre à toute matière où cette harmonisation faciliterait l'exercice d'une liberté de circulation.
  - Le contenu de ce dispositif reposerait normalement sur la constatation d'une convergence des solutions dans la plupart des Etats membres.
    - Une telle constatation a déjà été faite à plusieurs reprises par la CJUE, de manière générale en dehors du contexte du DIP.
    - De manière certaine, un relevé d'office de la règle européenne de conflit de lois devrait être obligatoire dans une matière faisant l'objet de règles matérielles harmonisées « d'intérêt public », telle la protection du consommateur ou du travailleur.

Cohérence (FJS)

Principe

La cohérence devrait être inhérente à toute œuvre de codification et que l'objectif de cohérence devrait guider le législateur, qu'il soit national ou européen, ce qui suppose qu'il maîtrise l'acquis constitué par les règles existantes. Elle participe à l'objectif de lisibilité du droit, source de sécurité juridique (v. la fiche sur cette notion).

Le principe de cohérence permet :

1. de définir les champs d'application des textes spéciaux en évitant les chevauchements[1].
2. De faire émerger des notions communes pour l'application des différentes règles (consommateur, travailleur, prestations de service, divorce[2], dommage[3]).
3. De faire émerger des critères communs (résidence habituelle même s'il s'agit d'une notion fonctionnelle, lieu d'exécution habituel du travail…) et au-delà faciliter la coïncidence du for et du jus.
4. De faire émerger des règles communes en comblant les lacunes[4].

Il n'est pas absolu.

Contexte

Textes : les considérants 7 des règlements Rome I et Rome II : « le champ d'application matériel et les dispositions [de ces règlements, dont Bruxelles I] devraient être cohérents ».

Jurisprudence : la CJUE vise l' « exigence de cohérence » (CJUE 31 janv. 2019, Da Silva, C-149/18), l' « objectif de cohérence » (CJUE 21 janv. 2016, C- 359/14 et C-475/14, Ergo)

- Pour « assurer [...] la cohérence du droit de l'Union », la Cour de justice a tenu compte du règlement Bruxelles I dans l'interprétation du règlement « titre exécutoire européen » parce qu'il instaure des règles complémentaires du premier (CJUE, 5 déc. 2013, aff. C-508/12, Vapenik, pt 25)
- Dans les arrêts Ergo assurance (CJUE 21 janv. 2016, C- 359/14 et C-475/14) et Amazon (CJUE 28 juil. 2016, C-191/15), est affirmé du principe d'interprétation cohérente des textes du DIP européen en se référant principalement au système et aux objectifs des règlements (définition de l'obligation contractuelle et de l'obligation non contractuelle);

---

[1] L'affirmation est récurrente pour les règlements Bruxelles 1 et Insolvabilité ; v. aussi pour les règlements Bruxelles I et régimes matrimoniaux : CJUE 6 juin 2019, aff. C-361/18, Weil sur le lien patrimonial noué entre partenaires de fait.
[2] CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-372/16, Sahyouni.
[3] CJUE 10 déc. 2015, affaire C-350/14, Florin Lazar/Allianz Spa.
[4] p. ex. régime de l'exception de litispendance avec CJUE, 6 oct. 2015, aff. C-489/14, A c/ B, pt 27 : influence de RB1 sur RB2bis ; mais aussi lois de police de Rome I à Rome II avec CJUE 31 janv. 2019, Da Silva, C-149/18, pt 28…

- Unité de la notion de loi de police (CJUE 31 janv. 2019, Da Silva, C-149/18).
- V. aussi les exemples donnés *supra* pour illustrer le principe

Mais il ne s'agit pas d'un principe absolu : en aucun cas le besoin d'assurer une cohérence entre différents actes du droit de l'Union ne saurait conduire à donner aux dispositions d'un règlement relatif aux règles de compétence une interprétation étrangère au système et aux objectifs de celui-ci (voir, en ce sens, arrêt du 16 janvier 2014, Kainz, C-45/13, EU:C:2014:7, pt 20 ; CJUE 2 mai 2019, aff. C-694/17, Pillar, pt 35).

Incidence sur le DIP européen (Conflit de lois)

La tâche d'élaboration d'un code de droit international privé de l'Union au prisme de cet objectif de cohérence va se trouver complexifiée par la nécessité de tenir compte de la cohérence interne du droit international privé de l'Union et de la cohérence de l'ensemble du droit de l'Union.
Le principe de cohérence fonctionne comme un principe interprétatif dont la principale application conduit à l'élaboration de notions autonomes. Il vise à :

- assurer la cohérence des notions utilisées par les textes qui se succèdent sur un même sujet (Convention de Bruxelles, Règlement Bruxelles 1 et Bruxelles 1bis) : cette cohérence paraît acquise : si elle ne s'est jusqu'à présent illustrée que dans le cadre dit de Bruxelles, elle devrait notamment se retrouver à propos des textes propres à l'insolvabilité (en ce sens, v. les interrogations levées par M. Szpunar dans ses conclusions sous l'affaire C- 253/19, sp. n° 40, 47)
- rechercher une cohérence entre les textes traitant de questions différentes, entre les règlements Rome 1 et Bruxelles 1 bis ; entre les règlements Rome 1 et Rome 2…) : cet objectif n'implique pas nécessairement que les qualifications utilisées par les différents textes soient identiques (V. *supra* Contexte).
- se préoccuper de la cohérence des règles de droit international privé avec le droit de l'Union et dans une moindre mesure avec des règles non européennes. Le législateur européen se préoccupe de cette cohérence « externe » (v. p. ex. le considérant 58 de la Directive 2000/31 - Dir. Commerce électronique - visant la cohérence des règles communautaires avec les règles internationales).

Au regard de la malléabilité des solutions qui découlent de l'exigence de cohérence, il paraît difficile de l'insérer dans un code de DIP, sauf à lister les principes interprétatifs.
Il concerne principalement les règles de DIP spécial.
L'idée de cohérence devrait cependant conduire à définir dans un code les notions/mécanismes qui peuvent se retrouver dans les différents textes spéciaux : loi de police, exception d'ordre public… Autrement dit le souci de cohérence est au cœur même du projet d'un code de DIP européen.

Confiance et reconnaissance mutuelles (MF)

Principe

- Initialement, la « confiance mutuelle » est un principe jurisprudentiel ayant servi de base à une appréciation de la proportionnalité d'un contrôle national de certification de conformité d'un produit importé à une norme de l'Etat de destination. Selon l'arrêt *Wurmser & Norlaine* (25/88), il y va d'un « principe plus général de confiance mutuelle entre les autorités des Etats membres », de sorte que l'importateur doit pouvoir présenter valablement un certificat délivré par les autorités étrangères ou par un laboratoire reconnu à cet effet par ces autorités (§ 18). On peut y voir un processus de confiance mutuelle des contrôles, rendant superflus les contrôles multiples (46/76, *Bauhuis*, § 22 ; C-5/94, *Hedley Lomas* ; C-1/96, *Compassion in World Farming*).
    - La confiance a pour base le principe de coopération loyale (art. 4.3 TFUE) : elle repose sur l'assurance que l'autorité d'origine a effectué une appréciation correcte des faits et elle engendre de ce fait une présomption de régularité (C-2/05, *Herbosch Kiere*).
    - Ce principe vaut à l'égard de l'intervention d'une autorité d'un Etat membre, non de celle d'un Etat tiers, vue le risque de fraude (C-525/14, *Tchéquie*, à propos du poinçon apposé sur un métal précieux).
    - Par la suite, la « confiance mutuelle » a été étendue en matière pénale. Il en va ainsi pour fonder une obligation d'application du droit pénal étranger (en lien avec la règle *ne bis in idem* dans l'espace Schengen : C-467/04, *Gasparini*).
- La « reconnaissance mutuelle » sera ensuite affirmée comme un principe, en tant qu'élément du régime de liberté de circulation, aux côtés du principe de non-discrimination — et de libre accès au marché, dans l'affaire des « remorques italiennes » en 2009 (C-110/05 *Italie*). Cependant, elle était déjà associée nettement à la jurisprudence *Cassis de Dijon* (1979, en 1993 par l'arrêt *Keck & Mithouard* (C-267/91). Elle ne se confond pas nécessairement avec la « confiance » mutuelle (C-525/14, *Tchéquie*).
    - Le principe de reconnaissance mutuelle n'a pas donné lieu formellement à une définition jurisprudentielle. Toutefois, selon la Cour de justice, il a pour effet d'obliger l'Etat d'accueil de tenir compte d'une norme de l'Etat membre d'origine d'un produit ou d'un service aux exigences de laquelle ce produit ou service satisfait déjà dans cet Etat, dès lors que l'application territoriale d'une norme de l'Etat d'accueil constituerait une double charge pour l'opérateur étranger sur le marché d'importation.
- La confiance mutuelle est mise en relation avec « la structure constitutionnelle » de l'Union par l'avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union à la CEDH (§§ 165 et s.). Celle-ci a pour « prémisse » le respect par chaque Etat membre de « valeurs communes » au sens de l'article 2 TUE, et ceci « justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les Etats membres […] dans le respect du droit de l'Union [qui met en œuvre ces valeurs] ». Ce « principe de confiance » permet l'ESLJ et, dans ce contexte, il impose que chaque Etat « considère » que tout autre Etat membre « respecte le droit de l'Union », en particulier

ses droits fondamentaux (§ 191). Aussi, un Etat ne peut « vérifier le respect » des droits fondamentaux par un autre Etat membre » (§ 194), « sauf dans ces circonstances exceptionnelles » (§ 191).

- Ainsi, la notion de confiance est inhérente à la charte constitutionnelle qui caractérise l'Union. Son domaine est celui du droit de l'Union, en particulier les droits fondamentaux reconnus par celui-ci.
- L'objet de la confiance est le comportement d'un Etat (membre) et de ses autorités. Ceux-ci sont présumés respecter le droit de l'Union. Il n'est pas précisé en quoi consiste ce comportement. Celui-ci semble plus large qu'une intervention d'une autorité dans un cas particulier, telle l'adoption d'une décision. Il paraît viser toute mesure « mettant en œuvre le droit de l'Union » (§ 171) et est énoncé en lien avec les « objectifs » de l'Union dont la poursuite « est confiée à une série de dispositions fondamentales, telles que les diverses libertés de circulation et la politique de concurrence (§172). A ce titre, il peut affecter toute réglementation restrictive et intervenir lors de l'appréciation de sa justification.
- L'effet de la confiance est de restreindre — voire de supprimer en principe — la vérification du respect du droit de l'Union par un Etat (membre) étranger, sauf circonstance exceptionnelle, au nom d'une « présomption » de conformité.

Contexte

- Le principe de reconnaissance mutuelle peut être considéré comme caractérisant le contexte du marché intérieur, dont il fait partie intégrante. Il affecte tant, en particulier, la circulation des marchandises que celle des services et des travailleurs.
  - La « reconnaissance mutuelle » est aussi évoquée à l'article 81.1 TFUE en tant que « principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires ». Elle y constitue la base d'une habilitation législative de l'Union et identifie à ce titre une matière autant qu'un objectif, puisque les mesures à prendre visent à « assurer » ladite reconnaissance en termes de résultat à atteindre (art. 81.2). L'analogie sémantique avec le concept de reconnaissance des décisions judiciaires en matière civile est apparente.
- Le principe de confiance mutuelle couvre, par définition, l'ensemble du droit de l'Union, chaque fois qu'est en cause l'intervention d'une autorité publique nationale dans un acte d'application d'une règle de droit, européenne ou nationale dans le domaine des Traités.
  - Ainsi, l'autorité de l'Etat d'accueil est tenue de « reconnaître les constatations » de l'attestation d'inscription à une régime étranger d'assurance maladie (C-145/03, *Keller*) ou de sécurité sociale (C-365/15, *Belgique*)
- La conditionnalité de la confiance et de la reconnaissance diffère :
  - La confiance dans un acte délivré par une autorité étrangère, tel un certificat est en principe absolue : les constatations dont atteste un certificat lient les autorités de l'Etat d'accueil (C-58/98, *Corsten*).

- De ce fait, tout doute sur l'exactitude des faits rapportés par un certificat est à soumettre aux autorités d'origine, qui ont alors une obligation de réexamen (C-2/05, *Herbosch Kiere* ; C-365/15, *Belgique*) : en quelque sorte, l'acte étranger bénéficie d'une présomption de force probante.
- Cependant, il a été admis, dans le contexte du détachement des travailleurs (règl. 987/2009) que si l'autorité étrangère d'affiliation n'agit pas suite à un doute, une autorité d'accueil peut refuser la reconnaissance du certificat, car le justiciable — ici l'employeur — ne peut se prévaloir frauduleusement de normes de l'Union (principe d'abus de droit de l'Union) (C-359/16, *Omer Altun*, gr.ch.).
- Plus généralement, dans le domaine de la protection des droits fondamentaux (voy. ce Principe), la présomption de conformité peut être renversée au regard de circonstances exceptionnelles, en cas de constatation d'une violation manifeste d'un tel droit.

- La reconnaissance d'une norme étrangère n'est requise que dans la mesure où le contenu de celle-ci satisfait déjà aux exigences de la norme de l'Etat d'accueil. Autrement dit, la reconnaissance présuppose une condition d'équivalence entre les normes nationales en conflit en termes de contenus.
  - Cette condition d'équivalence, autant que la place de cet examen dans l'appréciation d'une mesure restrictive, suggèrent que le concept de reconnaissance mutuelle constitue un élément de l'examen de nécessité de la mesure en termes de proportionnalité au regard d'une justification d'intérêt général. Dans le raisonnement juridique, cet examen se place donc en aval de l'examen de la légitimité de la justification.
  - La condition d'équivalence n'apparaît pas dans la motivation « *Cassis de Dijon* ». Elle est cependant bien présente dès 1981 (272/80, *Biologische Produkten ;* 188/84, 1986, *France, « machines à travailler le bois »*).
  - La jurisprudence récente (arrêt « *remorques italiennes* » de 2009, C-110/05) autant que la Commission (doc. SEC 2009.673) semblent situer le « principe » de reconnaissance en amont de l'examen de justification ; elles ne nient pas pour autant que ce principe soit soumis aux conditions de justification et de proportionnalité.
  - Autre est la question d'une « présomption » d'équivalence des normes nationales, poussée par la Commission mais non par la Cour (C-333/08, *France*). Une telle présomption pourrait se déduire éventuellement du principe de confiance énoncé par l'avis 2/13.
  - Une harmonisation des réglementations nationales établit par nature une équivalence des garanties exigées d'un produit ou d'un service ; la reconnaissance mutuelle des normes nationales (après transposition) engendre aussi une confiance dans les contrôles ensuite effectués (46/76, *Bauhuis*, §§ 20 et 22).
  - En matière pénale, la condition d'équivalence des normes nationales ne semble pas requise par la Cour, en vertu d'une « confiance » mutuelle

(C-187/01, *Gözütok*, gr.ch., en lien avec l'accord de Schengen). Une forme d'harmonisation minimale est pourtant « exigée » pour admettre la reconnaissance mutuelle en matière de mandat d'arrêt européen (C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*). Celle-ci « repose sur une confiance réciproque des niveaux de protection équivalents dans les ordres juridiques nationaux, mais cette confiance connait une exception en vue du respect du droit absolu à la dignité humaine (art. 4 Charte UE, C-404/15, *Aranyosi*, gr.ch.).

Incidence sur le DIP

- La « confiance » mutuelle exerce, par son objet, une incidence potentielle en matière civile sur :
    - la reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère, dès lors que la décision constitue une intervention individuelle d'une autorité publique, non un acte de portée générale. A ce titre, une condition d'équivalence des contenus des droits matériels, a fortiori des règles de conflit de lois, des Etats d'origine et d'accueil n'a pas lieu d'être (aucune forme de révision au fond). Cette confiance n'est pas inconditionnelle pour autant car elle a pour limite le respect des droits fondamentaux de la personne / des opérateurs.
        - Voy. l'arrêt *Diageo Brands*, C-681/13 : la violation par le juge étranger d'une règle européenne d'ordre public ne constitue pas à elle seule un motif de refus, mais bien une éventuelle violation manifeste d'une règle essentielle d'ordre systémique ou d'un droit fondamental.
    - la force probante d'un acte public étranger, susceptible de recours devant l'autorité d'origine et exceptionnellement dans l'Etat requis en cas de défaillance systémique dans l'Etat d'origine ou en vue de préserver la lutte contre un abus de droit européen (ou fraude à la loi).
- La « reconnaissance » mutuelle peut exercer, par son objet, une incidence sur le processus de désignation du droit national applicable en matière civile, mais en des termes encore mal définis en l'absence de position de la Cour de justice. La définition du concept en tant que principe général du droit de l'Union permet pourtant d'induire certaines hypothèses déjà évoquées par la doctrine. Cette incidence semble concerner essentiellement une situation de conflit de lois engendrée par une disparité normative, dans la logique du marché intérieur. A ce titre, le principe agit sur, principalement :
    - l'applicabilité de <u>lois de police</u> de l'Etat membre d'accueil, lorsque le rapport juridique en cause (tel un contrat) est déjà soumis à une réglementation impérative ou d'ordre public de contenu équivalent dans l'Etat membre d'origine (C-369/96 *Arblade* & C-165/98 *Mazzoleni* ; à propos de la dir. 96/71 : C-445/03, *Luxembourg*) ;
        - Cette <u>équivalence</u> est présumée en matière civile en cas d'harmonisation essentielle des législations des Etats membres opérée par le droit dérivé, de sorte que la juridiction nationale doit en tenir compte avant d'appliquer les lois de police du for dans ce domaine (C-184/12 *Unamar*,

en matière d'agence commerciale ; C-212/97 *Centros*, en droit des sociétés).
        - Cette applicabilité de règles impératives européennes devrait être préservée lorsque le rapport juridique est soumis au droit d'un Etat tiers risquant de ne pas préserver le degré de protection de l'intérêt public européen établi par le droit dérivé matériel (C-381/98 *Ingmar*, en matière d'agence commerciale).
    - le déclenchement de l'exception d'ordre public, par identité de motifs. Ainsi, lorsque celle-ci est invoquée dans le contexte de la directive 96/71, elle échappe à une définition unilatérale par l'Etat pour obéir à une interprétation stricte en tant que dérogation à la libre prestation de services (C-319/06 *Luxembourg*).
    - En revanche, l'incidence sur la formulation d'une règle de rattachement n'est qu'indirecte : d'une part, la reconnaissance mutuelle ne privilégie pas un facteur de rattachement sur un autre ; d'autre part, la règle de rattachement ne peut pas avoir pour résultat de désigner un droit matériel dont le contenu constitue une restriction qui ne tiendrait pas compte des obligations auxquelles l'opérateur est déjà soumis dans l'Etat d'origine.
        - L'arrêt *eDate Advertising* (C-509/09) en fournit une illustration à propos de la portée d'une « clause de marché intérieur » (de la dir. 2000/31) pour le conflit de lois.
        - Cette hypothèse confirmerait la portée de la jurisprudence relative au rattachement des personnes morales.
- La « méthode de reconnaissance des situations juridiques » développée en DIP européen (CEDH et UE) peut être mise en relation avec les principes de confiance et de reconnaissance mutuelle. Les résultats en paraissent similaires, à savoir l'exigence de tenir compte de la conformité d'un acquis avec le droit étranger. En particulier :
    - Comme la confiance mutuelle, la méthode ne repose pas sur un degré d'équivalence des règles matérielles en conflit, hormis le jeu de l'ordre public, entendu dans une fonction exceptionnelle.
    - Comme la reconnaissance mutuelle, la méthode émet une préférence, parmi les normes en conflit, pour celle de l'Etat d'origine.
    - A la différence de la reconnaissance mutuelle, la méthode ne suppose pas d'équivalence essentielle entre les règles matérielles en conflit.
    - Le domaine de la méthode paraît centré sur les droits fondamentaux de la personne, au sens de la CEDH autant que du droit de l'Union, ici à propos du « statut fondamental du citoyen européen » au sens de la jurisprudence de la Cour.
        - Les arrêts *Wagner* de la CEDH (2007) et *Coman* (C-673/16) de la Cour de justice constituent des précédents, qui permettent de formaliser les conditions de la méthode, telles que l'effectivité de droits acquis conformément au droit de l'Etat de création/cristallisation de la situation, y compris les règles de conflit de lois étrangères.
        - En particulier, la méthode, autant que le principe de reconnaissance mutuelle, suppose une conformité au droit désigné par la règle de conflit

de l'Etat d'origine. En ce sens, il y a place pour un contrôle de la loi appliquée, mais non pour un contrôle de la loi applicable selon la règle de conflit de l'Etat d'accueil. De fait, un droit d'établissement est reconnu, dans le chef d'une personne morale ou physique, dès lors que son statut est conforme au droit désigné par la règle de conflit de l'Etat membre d'origine (C-212/97 *Centros* ; C-208/00 *Überseering* ; C-353/06 *Grunkin & Paul* ; C-673/16 *Coman*).

- Autre est la question de savoir si la confiance mutuelle au sens de l'avis 2/13 implique une absence de contrôle par toute autorité de l'Etat d'accueil, à l'instar de ce que prévoient déjà certains règlements de DIP à propos de décisions étrangères.

Droits fondamentaux (Ch. K) [5]

Principe

Au sein de l'Union européenne, les droits fondamentaux sont définis dans un instrument de droit primaire : En effet, l'Union « reconnaît les droits, les libertés et les principes » énoncés dans la **Charte des droits fondamentaux** de l'UE (ChDF), « laquelle a la même valeur juridique que les traités » (Art. 6(1) TUE).
La Charte s'adresse aux institutions de l'Union ainsi qu'aux États membres (EM) « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (Art. 51(1) ChDF). Dans la mesure où la Charte contient des droits correspondant à ceux garantis par la **Convention européenne des droits de l'homme** (CEDH),[6] « leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention » (Art. 52(3) ChDF). Par ailleurs, aux termes de son préambule (al. 5), la Charte « réaffirme » les droits qui résultent notamment de la **jurisprudence de la CJUE et de la Cour EDH**.

Contexte

(a) Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les droits fondamentaux sont systématiquement évoqués dans les **considérants des actes du DIP européen**, soit par une formule générale (exemple pris du règlement 650/2012, cons. 81) :

> « Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ce règlement doit être appliqué par les juridictions et autres autorités compétentes des États membres dans le respect de ces droits et principes. »,

soit par une formule spécifique évoquant des dispositions précises (exemple pris du règlement 2016/1103, cons. 73) :
« Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes consacrés par la Charte, et notamment ses articles 7, 9, 17, 21 et 47 portant respectivement sur le respect de la vie privée et familiale, le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales, le droit de propriété, le principe de non-discrimination et le droit à un recours effectif devant un tribunal. (…) »

(b) Dans plusieurs arrêts intéressant le DIP européen, la CJUE invoque les droits fondamentaux pour renforcer, voire fonder l'interprétation qu'elle donne aux dispositions du droit de l'Union. C'est vrai non seulement pour les règlements régissant les conflits de juridictions, lesquels sont fréquemment interprétés à la lumière notamment de l'article 47 ChDF (cf. la fiche "Protection

[5] En tenant compte du rapport „Droits de l'homme et DIP" présenté par Jürgen Basedow à la session de La Haye (2019) de l'Institut de Droit international.
[6] Aux termes de l'Art. 6(2) TUE, l'Union « adhère » à la CEDH. Or, l'accord d'adhésion de l'UE à la convention a fait l'objet d'un avis négatif de la CJUE (avis 2/13). Dans le présent contexte, les termes « droits de l'homme » et « droits fondamentaux » sont employés comme synonymes.

juridictionnelle effective"), mais aussi pour la reconnaissance de situations régulièrement constituées dans un autre État membre. Deux exemples peuvent illustrer cette approche :
Dans l'arrêt *Coman* (C-673/16), la notion de « conjoint » figurant à l'article 2, point 2, sous a), de la directive 2004/38 est interprétée à la lumière du « **droit au respect de la vie privée** et familiale garanti à l'article 7 de la Charte », la Cour rappelant également la jurisprudence de la Cour EDH au sujet de l'article 8 de la CEDH.[7] L'interprétation de la Cour conduit notamment à **écarter la règle de conflit normalement applicable** du droit roumain.

Dans le second exemple, tiré de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* (C-208/09), la Cour accepte que l'Autriche justifie la restriction à la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union résultant de la divergence de deux noms appliqués à la même personne par un renvoi au principe général de « l'égalité en droit » des citoyens autrichiens, le **principe d'égalité** étant « également consacré à l'article 20 de la charte des droits fondamentaux ». Cette déférence pour la position autrichienne est d'autant plus remarquable que, pour protéger le nom attribué dans un autre EM, la Cour se réfère également aux droits fondamentaux en rappelant que « le nom d'une personne est un **élément constitutif de son identité et de sa vie privée**, dont la protection est consacrée par l'article 7 de la [ChDF], ainsi que par l'article 8 de la [CEDH] ».[8]

Incidence sur le DIP

Compte tenu du rang des droits fondamentaux dans la hiérarchie des normes du droit de l'Union, leur respect s'impose, dans les conditions précisées à l'article 51 ChDF, dans n'importe quel domaine du droit. Ils doivent être respectés tant par le législateur que par les opérateurs du droit. Cet impact ne dépend notamment pas d'une disposition de droit dérivé donnant effet aux droits fondamentaux dans un secteur donné. Aussi le rappel de la Charte dans les règlements de DIP est-il « narratif », c'est à dire **simplement déclaratoire**. La mise en œuvre des droits fondamentaux obéit à des mécanismes propres à ce type de normes. Leur effet « direct » peut en principe conduire à modifier, voire écarter la règle de conflit normalement applicable ou son application *in concreto*, directement (en tant que cette règle est une norme faisant partie du droit d'un État membre) ou indirectement (en cas d'incompatibilité avec la Charte d'une norme étrangère qu'un État membre est censé appliquer ou reconnaître). Or s'agissant de l'effet indirect dans les relations entre EM, le principe de la confiance mutuelle joue un rôle délicat dans ce contexte. Selon la CJUE, ce principe « impose » à chacun des EM de considérer « sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent (…) les droits fondamentaux » ; il ne leur est donc pas possible « sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si [un] autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis pas l'Union » (avis 2/13, no. 191 s.). Or, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg postérieure à l'avis 2/13 montre que la présomption cède dès lors qu'une violation des droits fondamentaux dans l'État d'origine est effectivement constatée par l'État membre requis.[9] Cette **limitation des effets de la présomption** est une

[7] CJUE, 5.6.2018, C-673/16, nos. 48 à 50.
[8] CJUE, 22.12.2010, C-208/09, nos. 52, 88 s.
[9] Cf. l'arrêt C-34/17, *Donnellan*.

conséquence de la **critique** que la **Cour EDH** a formulée, dans son arrêt *Avotiņš c. Lettonie,* à l'encontre du principe de confiance mutuelle développé dans l'avis 2/13.[10] En conclusion, **toute violation dûment constatée d'un droit fondamental constitue un « cas exceptionnel »** justifiant le contrôle au niveau de l'État requis. Ce contrôle est facilité en présence d'une clause permettant de refuser l'application d'une disposition ou la reconnaissance d'une décision étrangères en cas de violation de **l'ordre public** de l'État membre concerné, bien que le respect des droits fondamentaux s'impose indépendamment d'une telle clause.

[10] Cf. la fiche « Protection juridictionnelle ».

Equivalence et effectivité (MF)

Principe et contexte

- Les notions d'équivalence et d'effectivité sont énoncées comme des « principes » par la jurisprudence européenne dans le contexte général de l'exécution du droit de l'Union par les Etats membres.
- Elles apparaissent comme des éléments du régime du principe d'autonomie procédurale : celui-ci a pour limites le respect cumulatif des conditions d'équivalence et d'effectivité (voir la fiche sur le Principe d'autonomie procédurale).
- Elles peuvent encore avoir un sens spécifique dans la terminologie européenne, dans divers contextes conceptuels :
    - L'effectivité qualifie le principe de protection juridictionnelle : celle-ci doit être « effective ».
        - Un lien entre effectivité et protection juridictionnelle apparaît dans la jurisprudence relative au Principe d'autonomie procédurale.
    - L'équivalence constitue un élément de mesure du degré de disparité des législations des Etats membres dans le contexte du régime des libertés de circulation, spécialement des marchandises et des services, ou de la liberté d'établissement. Elle intervient dans deux contextes distincts mais en lien avec une notion de reconnaissance mutuelle :
        - Lors de l'évaluation de la proportionnalité d'une réglementation restrictive, au regard de la justification d'intérêt général invoquée, elle constitue un élément du contrôle de nécessité, aux côtés du test d'interchangeabilité de la mesure en cause : à cet égard, elle conditionne l'obligation de reconnaissance mutuelle d'une norme étrangère (voy. la fiche sur les Principes de confiance et de reconnaissance mutuelles).
        - Après l'adoption d'actes de rapprochement des législations nationales : une directive ou un règlement basé sur le fonctionnement du marché intérieur (art. 114 et 115 TFUE) a pour objet de réduire, voire de supprimer, la disparité des réglementations matérielles des Etats membres. Selon l'approche du législateur sur l'harmonisation « essentielle » (déc. 768/2008), l'acte ne cherche pas nécessairement à aller au-delà d'une simple mise en équivalence des législations qui suffise à les rendre comparables sous l'angle de la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi (par ex. C-241/97 *Skandia*, dir. Assurances ; C-222/02 *Peter Paul*, dir. Garantie de dépôt bancaire ; C-292/14 *Stroumpoulis*, dir. 80/987 Protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur). De ce fait, il n'y a plus lieu pour une autorité de l'Etat d'accueil d'opposer sa propre réglementation à celle de l'Etat membre d'origine à laquelle le produit ou le service s'est conformé, de sorte qu'est assurée une reconnaissance mutuelle des réglementations nationales (par ex. C-241/97, *Skandia*, pour les services ; C-356/00, *Testa*, pour les capitaux ; C-470/03, *AGM*, pour les

marchandises ; C-100/13, *Allemagne, idem* ; C-292/14, *Stroumpoulis*, pour les travailleurs).

Incidence sur le DIP européen

- En tant que principes généraux du droit institutionnel de l'Union, les principes d'équivalence et d'effectivité conditionnent directement la condition procédurale de la règle européenne de conflit de lois et du droit étranger désigné par cette règle **(=> Loi étrangère**). En effet, quant au principe d'équivalence, la règle européenne ne peut pas avoir de statut moins favorable que la règle nationale correspondante. De plus, le principe d'effectivité suppose que la loi désignée par cette règle le soit pleinement, en tant que telle, ce qui pourrait avoir une incidence sur la charge de la preuve et l'interprétation du contenu du droit étranger.
    - En revanche, il est incertain si ces principes ont un effet sur la condition procédurale de la règle de rattachement d'un Etat membre lorsque celle-ci n'est pas d'origine européenne, c'est-à-dire ne résulte pas d'un acte de l'Union (règlement ou directive). Un tel effet est toutefois probable lorsque la règle de conflit régit une situation entrant dans le domaine d'une des libertés de circulation établies par le droit primaire.
    - Il ne semble pas que le principe d'autonomie procédurale amoindrisse l'impact potentiel du droit de l'Union sur la condition de la loi étrangère. En effet, ce principe est également conditionné par les principes d'équivalence et d'effectivité. De plus, la Cour de justice a pu développer de facto un statut procédural européen autonome de la règle de conflit et du droit étranger (=> Autonomie procédurale).
- La notion d'équivalence en lien avec le principe de reconnaissance mutuelle peut avoir un effet sur plusieurs notions générales de conflit de lois, chaque fois qu'est en cause un élément de comparaison entre différentes lois matérielles :
    - Lorsque le juge saisi s'apprête à appliquer une **loi de police du for** alors que la règle de rattachement désigne le droit d'un autre Etat membre et que le comportement d'une partie s'est conformé à une disposition de ce droit, il doit tenir compte du degré d'équivalence de la loi étrangère : si celle-ci poursuit un objectif similaire à celui de la loi de police tout en assurant un niveau de protection équivalent, l'application de la loi de police pourrait constituer une violation du principe de proportionnalité (=> Principe de confiance et de reconnaissance mutuelle).
    - Un raisonnement analogue prévaut à propos de la prise en compte d'une **loi de police étrangère**, émanant d'un autre Etat membre.
    - Il devrait en aller de même de la mise en œuvre de **l'exception d'ordre public**, quoique le risque de contrariété soit ici moindre du fait de la flexibilité de ce mécanisme.
    - L'appréciation du degré d'équivalence des lois en conflit pourrait encore intervenir dans le régime de **reconnaissance d'une situation étrangère**. En particulier, en cas de refus de reconnaissance d'une institution étrangère comme

telle, par exemple d'une GPA, le juge saisi peut avoir à offrir au particulier le bénéfice d'une institution équivalente du droit du for, comme l'adoption. Le cas échéant, il conviendra d'envisager une **adaptation** de ce droit, par exemple en permettant une procédure simplifiée, afin d'assurer l'effectivité de la liberté du ou droit fondamental en cause.

Identités nationales (JM)

Principe

- Art.4,2° TEU stipule: « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».
- Disposition introduite par le Traité de Lisbonne seulement, bien qu'il y ait des traces dans la jurisprudence antérieure (p.e. *Omega*, C-36/02).

Contexte

- Les règlements actuels en matière de droit international privé ne mentionnent pas explicitement ce principe. Néanmoins, la définition des lois de police dans l'art.9,1° Rome I réfère implicitement au même concept (une disposition impérative « dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique »); cette définition vaut d'ailleurs également pour les dispositions impératives au sens de l'art.16 Rome II (*da Silva Martins*, C-149/18).
- On trouve une définition quasi-identique des lois de police dans la jurisprudence de la Cour de justice (*Arblade*, C-369/96 and C-376/96)
- Le principe a été confirmé dans plusieurs arrêts de la Cour de justice qui concernent l'interaction entre les libertés de circulation et le droit privé. Son invocation en tant que motif de justification d'une entrave a été admise en principe, soumise bien évidemment à la condition de proportionnalité, en tant que tel (*Coman*, C-673/16), sous la notion de l'ordre public (*Sayn-Wittgenstein*, C-208/09; *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14) ou liée à d'autres objectifs légitimes (p.e. la protection d'une langue officielle nationale: *Runevič- Vardyn*, C-391/09; *Las*, C-202/11).

Incidence sur le droit international privé (conflit de lois)

- On reconnaît le principe surtout dans les considérations qui inspirent l'exception d'ordre public ainsi que l'application des lois de police.
- Dans la pratique, son intervention (ou, au moins, son invocation) ressemble parfois le mécanisme de l'exception d'ordre public (*Coman, Sayn-Wittgenstein, Bogendorff von Wolffersdorff*), et parfois celui de l'application des lois de police du for (*Runevič-Vardyn, Las*). On ne peut exclure que le principe soit invoqué d'une manière comparable pour justifier l'identification des lois de police étrangères, s'il s'agit des

lois des autres États membres, et l'effet qu'il leur est donné (cf. Art.9,1° et 3° Rome I).

- Il ne semble pas utile d'inclure une référence explicite à ce principe dans la partie générale d'un code européen de droit international privé, vu sa confirmation explicite dans l'art.4,2° TUE. Mieux vaut une définition de l'exception d'ordre public ainsi qu'une définition des lois de police qui intègre le concept de respect des identités nationales.
- Le principe semble justifier qu'un code européen prévoit, d'une manière comparable au règlement Rome I, la possibilité pour le juge de donner effet aux lois de police étrangères (limitées à celles des États membres).

Libertés de circulation (GCM)

Principe

La libre circulation est un élément fondamental du marché intérieur européen. L'Acte unique européen de 1986 définit celui-ci comme un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée. À ces quatre libertés de mouvement s'ajoute la libre circulation des citoyens, ainsi que celle des décisions judiciaires et extra-judiciaires, qui est désormais fondée sur l'article 81 TFUE.

Contexte

La base juridique de la libre *circulation des marchandises* réside dans les articles 26 TFUE et 28 à 37 TFUE (notamment par l'article 34).

- Cette liberté est assurée par la suppression des droits de douane et des restrictions quantitative aux échanges, aussi bien que par l'interdiction des mesures ayant un effet équivalent (C-8/74, *Dassonville*) et de toute autre mesure indistinctement applicable, qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres, telle une réglementation relative à l'utilisation d'un bien (C-110/05 *Remorques italiennes*).
- Avec l'arrêt C-120/78, *Cassis de Dijon*, la Cour a jeté les bases du principe de la reconnaissance mutuelle, permettant la libre circulation des produits qui ont été légalement fabriqués et commercialisés dans un autre État membre (voy. le Principe européen de confiance et reconnaissance mutuelles).
- Certaines exceptions sont acceptées à condition qu'elles ne créent pas de discrimination (C-267/91 et 268/91, *Keck*).
- Le Traité ouvre la possibilité d'imposer des restrictions à condition qu'elles soient justifiées par des considérations non économiques d'intérêt général (notamment la moralité publique, l'ordre public et la sécurité publique, art. 36 TFUE), y compris toute raison impérieuse d'intérêt général, telle la protection économique du consommateur (*Cassis de Dijon*).
- Ces restrictions sont soumises au principe de proportionnalité (C-110/05 *Remorques italiennes* ; C-142/05, *Jetskis suédois*) (voy. le Principe de proportionnalité).

La base juridique de la libre *circulation des personnes et des travailleurs* réside dans l'article 3 TUE, et dans les articles 4, 20, 21, 26 et 45 à 48 TFUE, (notamment l'article 45), dans l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que dans la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, et dans le règlement (UE) n° 492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union. De même, la *libre circulation du citoyen européen* se fonde sur l'article 21 TFUE, ainsi que sur la directive 2004/38 précitée.

- Le Traité ouvre la possibilité d'imposer des restrictions à condition qu'elles soient basées sur des dérogations expresses d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, ou encore d'autres raisons impérieuses d'intérêt général, comme les exigences liées à une pratique sportive (*Bosman,* C-415/93), l'équilibre des finances publiques (*Bidar,* C-209/03), le lien de solidarité entre l'Etat et son peuple (*Tas-Hagen,* C-192/05).
- Ces restrictions sont soumises au principe de proportionnalité (voy. Principe de proportionnalité). A propos des personnes, la Cour a admis le principe d'une réglementation conditionnant l'octroi d'un avantage social par une condition d'intégration, concrétisée par une résidence d'une certaine durée (*Bidar*), tout en refusant une condition de résidence actuelle pour l'accès à une pension de guerre fondée sur une justification légitime, de solidarité nationale (*Tas-Hagen*).

La libre *prestation de services* doit être considérée conjointement avec la *liberté d'établissement.* Elle s'applique aux services qui sont fournis temporairement dans un autre État membre, alors que la liberté d'établissement couvre le droit d'exercer une activité économique de manière permanente sur le territoire, notamment de créer et de gérer des entreprises au moyen de filiales ou de succursales.

La base juridique est donnée par les articles 26, 49 à 55 TFUE (notamment par l'article 49 (établissement), par les articles 56 à 62 TFUE (notamment par l'article 56) (services), ainsi que par la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, qui consolide essentiellement le contenu du droit primaire. D'autres directives spéciales peuvent viser à faciliter la libre prestation de services, telle la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, ou la directive 2000/31 sur le commerce électronique.

- Cette liberté est assurée par l'élimination de toute discrimination, c'est-à-dire que la prestation des services ou l'établissement doivent être permis aux mêmes conditions que celles imposées par l'État membre à ses propres ressortissants.
- Même des mesures non discriminatoires sont visées lorsqu'elles sont de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre (C-369/96 et 376/96, *Arblade*).
- Le fait que le déplacement a pour but d'éluder l'application du droit des sociétés ne constitue pas une base suffisante pour limiter la liberté d'établissement, mais ceci n'exclut pas toute possibilité de contrôle d'un abus de droit au cas par cas (C-212/97, *Centros ;* C-106/16, *Polbud* ; voy. le Principe de l'abus de droit).
- Les articles 45 et 52 TFUE ouvrent la possibilité d'imposer des restrictions à condition qu'elles soient justifiées par des considérations non économiques d'intérêt général (notamment l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique), ainsi que par d'autres raisons impérieuses d'intérêt général, telle la protection du consommateur, ou encore la protection des parties prenantes en cas de transformation transfrontalière d'une société (*Polbud*).

- Ces restrictions sont soumises au principe de proportionnalité (C-369/96 et 376/96, *Arblade ;* C-49/98, *Finalarte* ; C-341/05, *Laval ;* E-2/11, *STX Norway Offshore).*
- Même des mesures qui sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général sont interdites dans la mesure où cet intérêt est sauvegardé, de manière équivalente, par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi (C-369/96 et 376/96, *Arblade).*

La base juridique de la libre *circulation des capitaux* est donnée par les articles 63 à 66 TFUE (notamment par l'article 63).

- L'article 65 TFUE ouvre la possibilité d'imposer des restrictions à condition qu'elles soient basées sur des raisons d'ordre public et de sécurité publique, aussi que pour assurer l'effet utile des lois fiscales.
- Ces restrictions sont soumises au principe de proportionnalité. Le contrôle de mesures indistinctement applicables semble toutefois atténué (jurisprudence constante, essentiellement à propos de mesures fiscales).

La base juridique de la libre *circulation des décisions* est donnée par l'article 81 TFUE. Les instruments de DIP qui règlent cette liberté sont bien connus et il ne semble pas nécessaire de les mentionner ici.

Incidence sur le DIP

Le principe de libre circulation, étant de portée générale, pose des limites à la discrétion des États membres même dans les domaines où le droit n'est pas harmonisé et où par conséquent les États membres ont une compétence législative.

Il peut viser des réglementations de nature substantielle, en matière civile ou commerciale, notamment des règles impératives ou d'ordre public qualifiées de lois de police. L'intérêt poursuivi par des lois de police n'est donc pas supérieur aux libertés fondamentales mais doit être mis en balance avec le principe de la libre circulation par un examen de légitimité de l'objectif et de la proportionnalité à cet objectif (C-369/96 et 376/96, *Arblade* ; C-381/98 *Ingmar ;* C-341/05, *Laval).*

Le principe de libre circulation affecte aussi les règles de conflit, ou plutôt leur effectivité.

L'affectation des règles de conflit est certes limitée dans la mesure où la loi (matérielle) désignée constitue une restriction à la liberté de circulation, mais certains critères de rattachement peuvent s'avérer plus restrictifs que d'autres, sans toutefois en déduire un principe de préférence pour un critère sur un autre.

C'est le cas, en droit des sociétés, du rattachement basé sur le siège réel. Ce critère conduit à l'application du droit sociétaire de l'État d'accueil à toutes les sociétés qui y transfèrent leur siège effectif. L'application de ce droit peut restreindre la liberté d'établissement si elle impose

à une société constituée en conformité avec un État membre utilisant le critère de constitution des règles plus strictes que celles de l'État d'origine (C-212/97, *Centros ;* C-208/00, *Überseering* ; C-167-01, *Inspire Art*). De même, lorsque l'Etat d'origine utilisant le critère du siège effectif s'oppose à un transfert de ce siège à l'étranger sans liquidation préalable, cette restriction est jugée excessive (*Polbud*, C-106/16). Pourtant, cet Etat d'origine peut imposer sa réglementation impérative des parties prenantes si la société continue l'essentiel de ses activités sur son territoire (*Polbud*). De plus, pour être valable, le transfert doit être conforme à la loi de l'Etat d'accueil, y compris la loi désignée par la règle de conflit de cet Etat, utilisant le cas échéant le critère du siège réel (*Polbud*). De même, l'Etat d'origine de siège réel peut s'opposer à la demande de conservation de la nationalité d'origine d'une société après transfert (*Cartesio*, C-210/6).

Cependant, le critère du siège statutaire connaît des limites. Ainsi ne peut-il pas imposer une liquidation préalable au transfert de siège effectif (*National Grid Indus*, C-371/10 ; *Trustees Panayi*, C-646/15), ni exiger qu'une société constituée à l'étranger sans y exercer d'activités obéisse à des lois de police régissant toute activité localisée sur son territoire (*Centros*). En réalité, les affaires *Centros* et *Inspire Art* concernaient des restrictions émanant d'Etats d'accueil utilisant le critère de constitution mais complété par l'applicabilité de lois de police du lieu d'exercice effectif des activités.

La jurisprudence relative aux sociétés révèle aussi que, dans le cas d'une mobilité transfrontalière, l'appréciation de la proportionnalité de la réglementation nationale conduit à condamner, non pas tant la règle de rattachement, mais des règles matérielles du pays d'origine ou d'accueil, par exemple lorsqu'elles imposent une liquidation préalable à la sortie ou lorsqu'elles défavorisent les situations internationales par comparaison avec les situations internes.

Proportionnalité (GCM)

Principe

Le principe de proportionnalité, issu du droit administratif allemand du XIXe siècle, établit la mise en balance des intérêts fondamentaux et de l'intérêt public lorsque les libertés individuelles sont limitées. En droit européen, l'article 5(4) TUE dispose que l'action de l'Union ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des Traités. Dans le présent contexte, le principe de proportionnalité impose une analyse de la nécessité et de la portée des mesures prises par un État membre en matière civile ou commerciale et entravant la liberté de circulation.

Contexte

Les articles 36, 45, 52 et 65 TFUE ouvrent la possibilité d'imposer des restrictions aux libertés de circulation à condition que les restrictions soient justifiées par des considérations non économiques d'intérêt général.

De telles exceptions au principe général de la libre circulation doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et sont soumises au principe de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité impose :

- De vérifier que les restrictions justifiées par des raisons d'intérêt général sont propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi (C-120/78, *Cassis de Dijon* ; C-110/05 *Remorques italiennes* ; C-142/05, *Jetskis suédois ;* C-369/96 et 376/96, *Arblade ;* C-49/98, *Finalarte* ; C-341/05, *Laval ;* E-2/11, *STX Norway Offshore).*

- De vérifier que les restrictions ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que l'objectif poursuivi soit atteint : plus précisément, la mesure va au-delà si elle est interchangeable avec une autre mesure moins restrictive permettant d'assurer la réalisation de l'objectif poursuiv (C-120/78, *Cassis de Dijon* ; C-110/05 *Remorques italiennes* ; C-142/05, *Jetskis suédois ;* C-369/96 et 376/96, *Arblade ;* C-49/98, *Finalarte* ; C-341/05, *Laval ;* E-2/11, *STX Norway Offshore).*

- Au cas où l'intérêt général protégé par les mesures restrictives est sauvegardé par des règles de l'État d'origine assurant un degré de protection équivalent, les mesures ne seront pas vues comme proportionnelles (C-445/03, *Commission v Luxembourg ;* C-319/06, *Commission v Luxembourg ;* C-369/96 et 376/96, *Arblade).*

- Les États membres ont une marge d'appréciation pour la règlementation de domaines non harmonisés. Ainsi, le fait que des règles imposées par l'État d'accueil soient plus strictes que les règles de l'État d'origine ne saurait signifier qu'elles sont disproportionnées (C-110/05 *Remorques italiennes*). Cependant, il n'y aura pas de proportionnalité si les règles de l'État d'accueil vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif (C-142/05, *Jetskis suédois).* Ce contrôle semble atténué en présence d'objectifs de premier rang, telle la protection de la santé, ou de considérations d'ordre moral, éthique ou culturel, comme dans le secteur des jeux et paris (*Bwin*, C-42/07).

- Le principe de proportionnalité implique aussi que l'objectif poursuivi soit mis en balance avec les principes de droit européen (C-49/98, *Finalarte*). L'exercice des droits fondamentaux peut donc être soumis à certaines restrictions (C-341/05, *Laval).*

- La proportionnalité impose la condition que les dispositions restrictives soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination des obligations à respecter (C-369/96 et 376/96, *Arblade* ; C-341/05, *Laval*) (principe d'effectivité / principe de transparence, d'encadrement du pouvoir discrétionnaire).

Incidence sur le DIP

Le principe de proportionnalité pose des restrictions à la possibilité d'invoquer des raisons d'intérêt général pour appliquer des normes impératives ayant l'effet de limiter la libre circulation.

- L'application des <u>lois de police</u> peut donc être restreinte. L'intérêt qui est poursuivi par les lois de police devrait être mis en balance avec le principe de la libre circulation (C-369/96 et 376/96, *Arblade* ; C-381/98 *Ingmar ;* C-341/05, *Laval).* En particulier, le niveau d'équivalence des degrés de protection assurés respectivement par la loi d'origine et par la loi de police est pris en compte.

Cela peut aussi limiter l'application de la loi désignée par la règle de conflit (V. <u>Loi étrangère</u>).

- Ainsi l'État d'origine ne peut pas imposer, à l'égard d'une société qui transfère son siège effectif dans un autre État, le paiement immédiat des impôts sur les bénéfices non réalisés (C-371/10, *National Grid* ; E-15/11, *Arcade).* De même, en cas de transformation transfrontalière, même si l'opération relève de l'application distributive des lois de l'Etat d'origine pour les conditions de sortie et de l'Etat d'accueil pour les conditions d'entrée, l'Etat d'origine ne peut pas imposer une liquidation préalable à la sortie (*Polbud*, C-106/16).

Le principe de proportionnalité peut également poser des restrictions à la formulation des règles de conflit.

- La Cour de l'AELE, qui correspond à la Cour de justice des Communautés européennes dans les matières relatives aux États de l'EEE-AELE, en évoquant la condition de clarté a conclu que les effets de la règle de conflit du siège effectif, impliquant qu'une société doit être liquidée lorsqu'elle se déplace, peuvent être considérés comme une restriction proportionnée seulement à condition que les critères permettant de déterminer si le siège a été transféré soient objectifs et vérifiables (E-15/11, *Arcade).*

Protection juridictionnelle effective – Protection des droits de la défense – Bonne administration de la justice (Ch. K)

Principe

(a) Protection juridictionnelle effective – Protection des droits de la défense
Dans la terminologie des textes consacrés aux droits de l'homme et aux droits fondamentaux, les deux concepts sont exprimés (et fusionnés) dans différentes formules. L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux (ChDF), intitulé « **Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial** » dispose aux alinéas 1 et 2 :

> « Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.
>
> Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.
>
> (…)

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) prévoit à l'article 6, intitulé « **Droit à un procès équitable** », ce qui suit :

> « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (…) »

(b) Bonne administration de la justice
À la différence du droit à un recours effectif et un procès équitable, la « bonne administration de la justice » ne confère pas un droit individuel aux particuliers. Il s'agit moins d'un principe juridique que d'un concept très général que l'on retrouve, dans les contextes les plus divers tant dans la législation que dans la jurisprudence. Le concept exprime l'idée que toute activité du législateur ainsi que toute activité judiciaire doit être guidée notamment par le souci d'**assurer la bonne marche de la procédure judiciaire**. Le concept ne joue pas un rôle autonome ou normatif. Il n'est pas plus qu'un appel à ce qui est **juste et raisonnable** en matière de procédure, ce qui est bien exprimé dans la version anglaise du concept, qui parle de « *sound* administration of justice ».

Contexte

(a) Le droit à un recours effectif et un procès équitable est évoqué dans les considérants de plusieurs règlements récents concernant de DIP (mais pas tous)[11] et dans nombre d'arrêts de la CJUE concernant la coopération judiciaire en matière civile. Selon la Cour,

> « Une juridiction nationale mettant en œuvre le droit de l'Union en appliquant le règlement nº 44/2001 doit donc se conformer aux **exigences découlant de l'article 47** de la Charte aux termes duquel toute personne dont les droits et les libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a le droit à une protection juridictionnelle effective.
>
> En outre, la Cour a souligné que les dispositions du droit de l'Union, telles que celles du règlement nº 44/2001, doivent être **interprétées à la lumière des droits fondamentaux** qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte. À cet égard, l'ensemble des dispositions du règlement nº 44/2001 expriment l'intention de veiller à ce que, dans le cadre des objectifs de celui-ci, les procédures menant à l'adoption de décisions judiciaires se déroulent **dans le respect des droits de la défense consacrés à l'article 47 de la Charte** (voir arrêt du 11 septembre 2014, A, C-112/13, EU:C:2014:2195, point 51 et jurisprudence citée).[12]

(b) La bonne administration de la justice est également évoquée dans les considérants de quelques règlements concernant la compétence judiciaire, p.ex. pour justifier les fors alternatifs prévus aux articles 7 s. du règlement Bruxelles I*bis* (cf. le considérant 16)[13]. Dans la jurisprudence de la CJUE, le recours au concept de « bonne administration de la justice » intervient fréquemment[14] et dans les contextes les plus divers. Il peut servir à motiver, soit une interprétation large de la norme en question qui favorise la partie faible au procès,[15] soit une interprétation plutôt stricte, défendue dans l'intérêt de la stabilité du droit et des relations juridiques.[16] Citons un exemple récent où la Cour utilise le concept pour donner une appréciation générale du règlement dont l'interprétation lui est demandée :

> « (…) la Cour a jugé que la proximité entre la juridiction compétente et le créancier d'aliments ne constitue pas le seul objectif poursuivi par le règlement nº 4/2009 (…). Ce dernier vise également à assurer une **bonne administration de la justice,** non seulement du point de vue d'une optimisation de l'organisation juridictionnelle, mais aussi au regard de l'intérêt des parties, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, de

---

[11] Par exemple au cons. 38 du règlement Bruxelles I*bis* et au cons. 83 du règlement 848/2015 en matière d'insolvabilité ; en revanche, il n'est pas mentionné aux considérants du règlement 2019/1111 portant refonte du règlement Bruxelles II*bis*.

[12] CJUE, 25.5.2016, C-559/14, *Meroni*, nos. 44 s. Cf. déjà CJUE, 6.9.2012, C-619/10, *Trade Agency*, nos. 52 s.

[13] Cf. également le cons. 15 du règlement 4/2009 concernant les obligations alimentaires.

[14] Une recherche sur le site Curia portant sur la mention « bonne administration de la justice » dans les arrêts et conclusions des cinq dernières années a donné 750 références.

[15] Cf., pour le for du consommateur dans le règlement Bruxelles I, l'arrêt du 2.4.2020, C-500/18, *Reliantco Investments*, no. 63.

[16] Cf., pour l'autorité de la chose jugée, notamment CJUE, 30.9.2003, C-224/01, *Köbler*, et récemment CJUE, 24.10.2018, C-234/17, *XC*, no. 52.

bénéficier, notamment, d'un accès facilité à la justice et d'une prévisibilité des règles de compétence (…). »[17]

Incidence sur le DIP

Si l'incidence du concept de bonne administration sur le fonctionnement et l'interprétation du DIP européen est marginale, il en va autrement pour les droits consacrés à l'article 47 de la ChDF. En effet, leur respect doit être assuré compte tenu de leur rang dans la hiérarchie des normes du droit de l'Union (v. la fiche Droits fondamentaux). À l'instar de ce que la CJUE a précisé dans l'arrêt *Meroni* (supra, 2) pour le règlement Bruxelles I, toute procédure menant à l'adoption d'une décision judiciaire doit se dérouler « dans le respect des droits de la défense consacrés à l'article 47 de la Charte ». Par conséquent, ainsi que la Cour vient de souligner dans l'arrêt *Donnellan*,[18] la reconnaissance d'une décision ou d'un acte administratif adopté dans un autre État membre est exclue lorsque le droit de la personne concernée à un recours effectif au sens de l'article 47 de la Charte a été violé dans l'État d'origine. En effet, **la présomption**, formulée dans l'avis 2/13 de la CJUE, **que cet État a respecté les droits fondamentaux ne s'applique pas** dès qu'une violation d'un droit fondamental a été dûment constatée (v. la fiche précitée).

Réflexions futures

La jurisprudence de la CJUE, et notamment l'arrêt *Donnellan* (C-34/17), enseigne que l'obligation de respecter les droits fondamentaux est indépendante d'une disposition expresse dans ce sens ou d'une clause d'ordre public. Or, compte tenu de son importance dans le contexte de la coopération judiciaire, il n'est peut-être pas inutile d'inclure le principe de la protection juridictionnelle effective dans un texte qui regroupe les principes généraux du DIP européen.

Voici, à titre d'information, les articles concernant le droit à un recours effectif et un procès équitable, tirés du projet de résolution concernant le rôle des droits de l'homme en droit international privé présenté par Jürgen Basedow en 2019 à la session de La Haye de l'Institut de Droit international :

Article 11 : Procédure équitable

(1) L'application du droit national de la procédure civile et commerciale aux litiges comportant des éléments étrangers doit tenir compte des besoins particuliers de toutes les parties au litige soulevés par ces éléments et doit y être adaptée de façon à se concilier avec l'impératif d'une procédure équitable.

(2) Dans la mise en œuvre de la coopération judiciaire internationale l'État requérant et l'État requis doivent respecter le droit des parties privées à un procès équitable qui, notamment, se termine dans un délai raisonnable.

[17] CJUE, 4.6.2020, C-41/19, *FX*, no. 40.
[18] CJUE, 26.4.2018, C-34/17.

Article 24 : Le droit à la reconnaissance et à l'exécution

(1) Le droit au procès équitable comporte le droit à l'efficacité de la protection juridique ce qui inclut l'exécution de la décision judiciaire.

(2) Ce droit est également applicable à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger statuant de façon définitive sur des droits de caractère civil ou commercial. Ce droit doit notamment être respecté dans la procédure visant l'exécution du jugement.

Article 25 : Les conditions de la reconnaissance et de l'exécution

(1) Est incompatible avec le droit des parties au procès équitable en matière civile et commerciale un régime : (…)

(2) La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger contre la volonté d'une partie est exclue si la procédure du tribunal étranger a violé le droit de cette partie à une procédure équitable.

Sécurité juridique (FJS)

Principe

Le principe de sécurité juridique est une « exigence fondamentale » (CJCE, 14 juill. 1972, ICI c/ Commission, aff. 48/69). Il est « inhérent à l'ordre juridique communautaire » (CJCE, 27 mars 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Denkavit Italiana, aff. 61/79,) et peut être rattaché à la notion d'État de droit.

L'impératif de sécurité juridique requiert que les règles soient claires et précises (not. TPI, 7 févr. 1991, Tagaras, aff. jointes T-18/89 et T-24/89) pour permettre aux justiciables de connaître leurs droits et obligations. Il implique la prévisibilité des effets de la règle de droit.
Le principe est parfois synonyme de simplicité[19] et est sollicité pour justifier l'interprétation littérale du texte[20], ou la continuité dans l'interprétation des textes[21].
Le principe de sécurité juridique vise aussi à assurer le respect des prévisions des parties.

Contexte

Le principe de sécurité juridique est mentionné dans de nombreux textes de droit international privé :

- considérants 6, 11, 12 et 15, 16 et 17 du règlement n° 44/2001, lu comme un principe de sécurité juridique (arrêt TNT C-533/08).
- considérants 15, 16 du règlement nº 1215/2012 exigeant un haut degré de prévisibilité des compétences et indiquant que l'existence d'un lien étroit devrait garantir la sécurité juridique.
- considérant 9 du règlement n° 1259/2010 (Rome III) : solutions appropriées en termes de sécurité juridique, de prévisibilité et de souplesse
- considérants 6 et 14 du règlement n° 864/2007 : « le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale, quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite » ; « L'exigence de sécurité juridique et la nécessité de rendre la justice en fonction de cas individuels sont des éléments essentiels d'un espace de justice. »
- considérant 6 et 16 du Règlement Rome I.
- considérant 25 du règlement nº 1257/2012 (brevet européen à effet unitaire)

[19] v. concl. dans l'aff. Hadadi pt 61 : l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement ne prévoit pas de critères qualitatifs au-delà, tels que l'effectivité de la nationalité. En effet, le contrôle du caractère effectif d'une nationalité alourdirait la vérification de la compétence judiciaire, d'une part. D'autre part, cela irait à l'encontre de l'objectif du règlement de garantir la sécurité juridique en ce qui concerne la compétence judiciaire ; v. aussi Prise de position M. Szpunar, aff. C-376/14 PPU.
[20] CJCE 22 mai 2008, C-462/06, Glaxosmithkline.
[21] CJCE 14 mai 2009, C-180/06, Ilsinger.

- considérant 22 de la directive 2000/31 (Commerce électronique) *:* « afin d'assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi.»

La Cour de justice le mentionne régulièrement. En voici les principales implications en DIP :

- il conduit à faire prévaloir la neutralité de la règle de conflit de lois (arrêt Schlecker, pt 35) => obligations de faire jouer les présomptions de l'art. 4 de la convention de Rome. (voir aussi CJUE 6 octobre 2009, ICF, C-133/08 , pt 62).
- Il justifie de définir un rattachement qui ne dépend pas des lois nationales (CJUE Melzer, pt 35, CJUE C-27/17 flyLAL), qui soit objectif (pt 33 de l'arrêt Eurofood en matière d'insolvabilité qui ajoute que les éléments d'identification du critère de rattachement doivent être vérifiables par les tiers en référence au cons. 13 du Règl. 1346/2000). V. aussi pour la notion de saisine, les conclusions de l'Avocat général dans l'aff. C-29/16 (Hanse Yachts, pt. 67 et 68 s'appuyant sur le considérant 15 du règlement n° 44/2001).
- Il impose l'adoption de règles particulières (ERSTE Bank Hungary Nyrt, aff. C525/10, pt 39 pour justifier les dérogations à l'application de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure d'insolvabilité)
- Il sert de fondement au recours à l'autonomie de la volonté (V. not pour la clause de choix de loi, l'arrêt Vynils, et pour la clause attributive de juridiction l'arrêt Benincasa de 1997, C-269/95, pt 28) et au jeu des présomptions pour faire jouer le principe de proximité (arrêt ICF pt 62 et Haeger, pt 34)
- Il justifie le respect des délais de prescription (arrêt du 7 juillet 2016, Lebek, C-70/15, pt 55).
- Il sert à l'appréciation de la date de conclusion du contrat pour déterminer si l'affaire relève de la convention de Rome ou du règlement Rome 1 (Nikiforidis pt 36).
- Il conduit à limiter le nombre de lois de police étrangères susceptibles d'être appliquées (interprétation littérale de l'art. 9 du Règl. Rome 1 : Nikiforidis pt 47)
- La référence est parfois gratuite : « la nécessité d'assurer l'exécution rapide des décisions judiciaires, tout en préservant la sécurité juridique sur laquelle repose la confiance réciproque dans l'administration de la justice au sein de l'Union, justifie… que la juridiction saisie de la demande de délivrance dudit certificat vérifie…si le litige relève du champ d'application de ce règlement (CJUE 6 juin 2019 C-361/18, Ágnes Weil, pt 33 ; v. aussi l'arrêt Salvoni, pt 30) ;
- Pour les critères de compétence juridictionnelle, il conduit à « permettre au demandeur d'identifier facilement la juridiction qu'il peut saisir et au défendeur de prévoir raisonnablement celle devant laquelle il peut être attrait » (arrêt Falco, répété régulièrement). V. aussi CJUE 7 nov. 2019 C-213/18 Easyjet, pt 54 pour assurer l'interprétation de l'article 33 § 1de la convention de Montréal - désignation directe du tribunal territorialement compétent -.

- l'objectif de sécurité juridique exige que le juge national saisi puisse aisément se prononcer sur sa propre compétence, sans être contraint de procéder à un examen de l'affaire au fond (voir arrêt Benincasa, C-269/95, pt 27 ; arrêt Kolassa, pt 61).

Le principe de sécurité juridique est régulièrement rappelé par la CourEDH : v. not. CEDH 5 oct. 2017, n° 32269/09, Mazzeo c/ Italie indiquant que le droit à exécution découle du principe de sécurité juridique.

Incidence sur le DIP européen (Conflit de lois) :

Les observations faites pour le principe de cohérence sont transposables au principe de sécurité juridique qui pourrait avoir sa place parmi les principes interprétatifs.

Solidarité (dont coopération loyale) (JM)

Principe

- Les traités européens mentionnent à plusieurs reprises, sans définition précise, la solidarité, entre autres comme une valeur sur laquelle l'Union est fondée (art.2 TUE), un objectif aussi bien entre les États membres (art.3,3° et 24,2° et 3° TUE) qu'internationalement (art.3,5° et 21,1° TUE), ou un principe guidant certaines de ses politiques, p.e. en matière de migration (art.67,2° et 80 TFUE).
- Le principe de solidarité trouve une expression particulière dans le principe de coopération loyale (*Commission/France*, 6/69 et 11/69), tel qu'il est confirmé par les articles 4,3° et 13,2° TUE. Une jurisprudence bien riche de la Cour de justice témoigne depuis des décennies de la grande pertinence de ce principe, sur le fondement duquel la Cour a introduit plusieurs obligations non prévues explicitement par les traités. Le Traité de Lisbonne a élargi son champ d'application, conformément à la jurisprudence de la Cour.

Contexte

- Ni la solidarité ni la coopération loyale n'ont un lien évident avec le droit (international) privé.
- Ils ne sont pas mentionnés dans les règlements actuels en matière de droit international privé. Bien sûr, les autorités des États membres sont soumises à l'obligation de coopération loyale, ce qui peut recevoir parfois une application particulière (voy. p.e. la coopération entre
  « autorités centrales » dans le règlement Obligations alimentaires 4/2009 ou la coopération et la communication entre juridictions (et praticiens de l'insolvabilité) dans le règlement Insolvabilité 2015/848).
- Néanmoins, il semble –sans que cela soit explicité dans les traités ou la jurisprudence- que ces principes sont étroitement liés aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelle, notions cruciales pour le droit international privé européen (voy. p.e. art.67,4° et 81, 1° TFUE), et même qu'ils les inspirent. En plus, ces principes pourraient justifier une ouverture active vis-à-vis l'application du droit des autres États membres, ou les autres manières de lui donner effet.
- Bien que ces liens abstraits et théoriques avec le droit international privé soient forts, le recours concret à ces principes afin d'introduire des solutions de conflit de lois non prévues par ses règles spécifiques ne s'est pas encore développé. La Cour a refusé de s'engager dans cette voie dans l'arrêt *Nikiforidis* (C-135/15). D'autre part, le raisonnement développé par la Cour dans son arrêt *Ingmar* (C-381/98) pourrait facilement se joindre à un raisonnement fondé sur le principe de coopération loyale pour justifier les tribunaux d'un État membre à préférer l'application de la loi de transposition d'un autre État membre au lieu de la loi d'un État tiers. La Cour a aussi déjà implicitement référé à la pertinence du principe de coopération loyale en ce qui concerne la décision sur l'application d'une loi de police du for lorsque celle-ci résulte dans le rejet de de l'application de la loi d'un autre État membre (*Unamar*,

C-184/12).

Incidence sur le droit international privé (conflit de lois)

- Les principes de solidarité et de coopération loyale sont pertinents en tant que sources d'inspiration pour le domaine du conflit de lois européen, surtout en ce qui concerne la reconnaissance mutuelle et l'interprétation de l'applicabilité des lois de police.
- Vu les articles explicites dans le TUE sur le principe de coopération loyale, il ne semble pas utile d'inclure une disposition concernant ces principes dans la partie générale d'un code de droit international privé européen.
- L'importance du caractère typiquement universel des règles de conflit de lois européennes se concilie difficilement avec une reconnaissance générale d'un statut privilégié pour les lois des autres États membres seulement. Néanmoins, le principe de coopération loyale pourrait inspirer une ouverture en faveur de l'application des lois de police des autres États membres ainsi qu'en faveur du statut procédural du droit de ces États.
- Il pourrait être un facteur à prendre en considération lorsque l'application d'une loi de police du for résulterait dans le rejet de l'application de loi d'un autre État membre, ce qui pourrait être indiqué dans une disposition spécifique sur les lois de police.
- En plus, un statut privilégié pour le droit des autres États membres est en principe légitime en ce qui concerne l'applicabilité du droit européen harmonisé lorsque ses objectifs seraient menacés par l'application des lois des États tiers. Inspiré par l'exemple des directives protection consommateur (p.e. art.6,2° directive 93/13 clauses abusives) et la jurisprudence de la Cour (en particulier, sur la directive 86/653 agents commerciaux), le législateur européen pourrait contempler de manière systématique l'introduction de dispositions spécifiques à cet égard dans ses lois d'harmonisation. La formulation de telles clauses devrait être examinée cas par cas, vu que la jurisprudence de la Cour ne donne pas encore des points de repère suffisamment clairs et généraux à cet égard, et ne pourrait pas être incluse dans la partie générale d'un code européen de droit international privé.

II. Notions générales de DIP européen

Adaptation (Ch. K)

Définition

Le terme **adaptation** (*adjustment*, *Anpassung*) vise un mécanisme par lequel, lorsque des éléments connexes d'une situation internationale sont soumis à des droits différents en vertu des règles de conflit applicables, le juge du for tend à éviter ou à surmonter des conséquences involontaires (et indésirables) résultant de l'application simultanée des droits en question ;[22] le mécanisme facilite notamment d'intégrer dans les structures de la *lex fori* une institution juridique que ce droit ne connaît pas.

Ignoré des codifications et législations nationales de DIP en Europe, le mécanisme a récemment fait l'objet d'une disposition générale dans la loi de DIP de la République dominicaine (2014) dont l'article 84 (« *Application harmonique des lois* ») énonce :

> « Les différentes lois qui peuvent être désignées pour régir les différents aspects d'un même rapport de droit s'appliquent en s'ajustant mutuellement de manière à atteindre les objectifs poursuivis par chacune de ces législations.
> **Paragraphe**. Les éventuelles difficultés de cette mise en œuvre simultanée sont résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas d'espèce. »[23]

Contexte

(a) Plusieurs règlements de DIP européen comprennent des dispositions spécifiques qui se réfèrent au mécanisme de l'adaptation. L'article 31 (« **Adaptation des droits réels** ») du règlement 650/2012 sur les **successions internationales** dispose que

> « Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable à la succession et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, **adapté au droit réel équivalent le plus proche** en vertu de la loi de cet État en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés. »

Une disposition analogue se trouve à l'article 29 des règlements 2016/1103 et 2016/1104 sur les **régimes matrimoniaux** et les effets patrimoniaux des **partenariats enregistrés**.

(b) Dans un contexte différent, celui de la **reconnaissance et de l'exécution des décisions**, l'article 54(1) du règlement Bruxelles I*bis* dispose que

---

[22] Cf. G. Dannemann : "[A] general instrument of private international law which helps to avoid unintended results caused by the fragmentation of applicable law in cases which are connected to more than one legal system" (v° Adjustment/Adaptation (*Anpassung*), in Encyclopedia of Private International Law, 2017, vol. I).

[23] Traduction française publiée à la *Revue critique DIP*, 2015, p. 488 s. ; v. également la Sección 6a (« *Adaptación Internacional* ») du Code de DIP du Panamá (2014), article 10.

> « 1. Si une décision comporte une mesure ou une injonction qui est inconnue dans le droit de l'État membre requis, cette mesure ou injonction **est adaptée autant que possible à une mesure ou une injonction connue dans le droit** dudit État membre ayant des effets équivalents et poursuivant des objectifs et des intérêts similaires.
>
> Cette adaptation ne peut pas entraîner d'effets allant au-delà de ceux prévus dans le droit de l'État membre d'origine. »

Le considérant 28 du règlement précise encore qu'il appartient « à chaque État membre de déterminer selon quelles modalités l'adaptation doit avoir lieu, et qui doit y procéder ».

Incidence sur le fonctionnement du DIP européen

La fragmentation du droit matériel par les règles de conflit prévues par les instruments de DIP européen, ainsi que l'augmentation statistique des situations internationales régies par ces instruments sont susceptibles de renforcer le rôle de l'adaptation dans le contexte de l'application du droit étranger par les juridictions nationales, et un pronostic analogue est permis, *mutatis mutandis*, dans le domaine de l'exécution des décisions étrangères. Ainsi, par exemple, outre les cas régis par les dispositions susmentionnées, **l'interaction** des dispositions de la ***lex successionis*** et de la loi régissant **le régime matrimonial** ou les effets patrimoniaux des **partenariats enregistrés** constitue un domaine d'application fréquent du mécanisme de l'adaptation.[24] Le législateur de l'Union en était conscient puisque les considérants des règlements précités soulignent que ne sont pas exclues « **d'autres formes d'adaptation** dans le cadre de l'application de ce règlement ».[25]

Dans **l'affaire C-249/19** concernant la **loi applicable au divorce**, l'avocat général E. Tanchev a proposé que, malgré l'absence de dispositions sur la séparation de corps en droit roumain, les juridictions roumaines devraient "permettre une telle procédure et appliquer, par analogie, les règles de procédure nationales relatives aux divorces ou même **adapter les règles de procédure étrangères** (italiennes) relatives à la séparation de corps (conjointement avec les règles nationales roumaines)" (n° 63 des conclusions du 26 mars 2020). Dans son **arrêt du 16.7.2020**, la CJUE a estimé que la juridiction roumaine saisie d'une demande de divorce doit, " à défaut de pouvoir prononcer elle-même une telle séparation, vérifier que les conditions de fond prévues par la loi étrangère applicable sont remplies et le constater dans le cadre de la procédure de divorce dont elle est saisie" (n° 43).

Réflexions futures

L'adaptation est un mécanisme qui contribue à ce que les États membres, lors de l'application du droit étranger, notamment celui d'un autre État membre, ne repoussent pas des institutions

[24] Le considérant 12 du règlement 650/2012 y fait allusion : « Les autorités chargées d'une succession donnée en vertu du présent règlement devraient néanmoins, en fonction de la situation, **prendre en compte** la liquidation du régime matrimonial ou d'un régime patrimonial similaire du défunt lors du calcul de la masse successorale et des parts respectives des différents bénéficiaires. »

[25] Consid. 17 du règlement 650/2012; consid. 26 des règlements 2016/1103 et 2016/1104.

que leur droit ne connaît pas, mais les intègrent en les adaptant aux structures et contenus de leur système de droit ; de même, ce mécanisme permet d'éviter les conséquences involontaires (et indésirables) pouvant résulter de l'application simultanée de plusieurs droits à une situation internationale. Dans une **codification des principes du DIP européen**, l'adaptation pourrait éventuellement faire l'objet d'une disposition générale dont la formulation reprendrait les éléments-clés contenus dans les dispositions précitées.

Autonomie de la volonté (CGB)

Définition

L'autonomie de la volonté vise la faculté que la norme de conflit de lois donne aux parties de choisir elles-mêmes la loi applicable à leur relation juridique. Comme notion du DIP, l'autonomie de la volonté va au-delà de l'autonomie du droit privé (matériel) ou liberté contractuelle, en tant qu'elle comprend la faculté d'écarter les normes impératives du droit substantiel qui devrait être appliqué à défaut de choix.

La justification de l'autonomie de la volonté est très discutée. Certains l'ont vue comme une solution de compromis (*Verlegenheitslösung)* lorsque le législateur peine à justifier la prééminence d'un facteur de rattachement sur un autre (telle la nationalité sur la résidence). De ce point de vue on pourrait conceptualiser le choix de loi comme une solution technique. Pour d'autres auteurs l'autonomie de la volonté est un véritable principe du DIP qui correspond au principe de la liberté individuelle. L'autonomie de la volonté refléterait en DIP le droit des individus à régler leurs affaires.

Contexte

Dans le domaine des contrats internationaux l'autonomie de la volonté est devenue un principe général qui est admis dans la plupart des codifications nationales du DIP (avec des exceptions en Amérique Latine et au Proche Orient). Le règlement Rome I reflète ce principe général dans le DIP européen. L'accueil du principe dans le droit européen des contrats internationaux est large. Les parties peuvent choisir un droit quelconque, même s'il n'a pas de lien avec leur contrat. Il est à remarquer que le choix n'est même pas exclu dans les contrats impliquant une partie faible, donc dans des situations où une des parties a un pouvoir de négociation prééminent et où l'on pourrait douter qu'il puisse y avoir une liberté de choix. Le législateur européen — à différence du législateur suisse — a préféré encadrer l'autonomie de la volonté et la maintenir. Mais l'autonomie de la volonté n'est pas absolue. Le DIP européen limite le choix aux législations de nature étatique et n'admet pas le choix des règles ou principes de droit comme le font les *Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux*.

Le DIP européen suit les systèmes de DIP les plus avancés et admet un choix de loi hors du domaine traditionnel des contrats. L'autonomie de la volonté est admise pour les obligations extracontractuelles à condition que le choix soit postérieur à la survenance du fait générateur du dommage ou si les parties exercent toutes une activité commerciale (art. 14 du règlement Rome II). Comme en matière de contrats, les parties peuvent choisir une loi quelconque, même si elle n'a pas de lien avec la situation juridique en cause. L'autonomie de la volonté est cependant exclue dans les obligations résultant des atteintes à un droit de propriété intellectuelle ou du droit de la concurrence, ce qui suggère des limitations lorsque les intérêts publics priment.

L’autonomie de la volonté est admise dans le domaine du droit de la famille ou des successions, où la position prise par le législateur européen est très libérale bien que le choix se limite à une option de législation, entre la loi de la nationalité et celle de la résidence habituelle. Le règlement Rome III admet le choix de la loi applicable à la séparation et au divorce, mais les parties peuvent seulement élire le droit correspondant à la nationalité ou à la résidence habituelle de chacune au moment du choix ou le droit du for. Les règlements en matière de régime matrimonial et sur les conséquences patrimoniales du partenariat enregistré admettent le choix du droit de la nationalité ou de la résidence habituelle de chacun des membres du couple au moment du choix. Vu que le partenariat enregistré est une institution inconnue dans certaines législations nationales, il est aussi possible de choisir le droit correspondant au lieu d’enregistrement. Si le droit choisi est le droit de la résidence ou le droit de la nationalité, le choix est seulement valable si le droit élu connait l’institution du partenariat enregistré et y attache des conséquences patrimoniales.

Dans le domaine des obligations alimentaires la loi applicable est déterminée au moyen du Protocole de La Haye de 2007. Celui-ci admet l’accord procédural, c’est-à-dire un choix effectué pour les besoins d'une procédure particulière. En ce qui concerne l’admissibilité de l’autonomie de la volonté pour des situations futures, le Protocole pose plusieurs règles protectrices. Le choix n’est pas possible pour les obligations alimentaires concernant une personne de moins de 18 ans ou un adulte qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de ses facultés personnelles, n'est pas en mesure de pourvoir à ses intérêts. En outre, il est possible d’élire la loi nationale ou de la résidence habituelle de chacune des parties au moment du choix, ou la loi applicable aux relations patrimoniales des parties ou à leur divorce ou séparation des corps. Le Protocole contient d’autres limitations à caractère substantiel. La faculté de renoncer à la prestation alimentaire est régie par la loi de la résidence habituelle du créancier au moment de la désignation, et 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, sauf si les parties ont été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation.

Incidence des principes européens

Dans le présent contexte, il convient de déterminer s’il est possible et même désirable de codifier le principe de l’autonomie de la volonté dans une partie générale de DIP. Dans une première approche, il est évident que certains aspects sont spécifiques à la matière, tels le cercle de législations qui peuvent être choisies ou le moment où le choix peut être effectué. Mais il y a aussi une dimension contractuelle du choix de loi. L’autonomie de la volonté implique que les parties concluent un accord et cet accord pose des questions de DIP qui ne sont pas toujours bien réglées. Il pourrait se révéler utile d’avoir des règles communes sur la validité substantielle de cet accord, par exemple.

En tout cas, la variété des manifestations et des modalités d’exercice ainsi que des restrictions de l’autonomie des parties ne permet pas de voir dans l’autonomie de la volonté un

« principe » général de droit (*allgemeiner Rechtsgrundsatz*). Il s'agit plutôt d'une approche *politique* du législateur de l'Union qui souhaite favoriser la liberté des acteurs économiques et autres citoyens au sein de l'Union dans l'organisation de leurs affaires et de leurs relations personnelles et familiales.

Dans une partie générale du DIP européen, l'autonomie de la volonté pourrait figurer non pas comme principe juridique mais comme une sorte d' "appel au législateur" (*J. Basedow*) de réserver une place à la liberté des parties de choisir la loi applicable à leurs relations tout en veillant à la protection des parties faibles et au respect des dispositions impératives et de l'ordre public.

Clause d'exception (FJS)

Principe

La clause d'exception est un corollaire du principe de proximité. Les rattachements prévus par la règle de conflit de lois sont censés désigner l'ordre juridique le plus proche de la situation. Si dans une situation concrète, ils ne le permettent pas, un correctif peut être prévu. Ce correctif est la clause d'exception (parfois qualifiée de clause dérogatoire).
Elle est parfois critiquée pour l'insécurité juridique qu'elle fait naître.

Contexte

Textes

- considérant 14 du règlement Rome II : « le présent règlement prévoit une règle générale et des règles spécifiques ainsi que, pour certaines dispositions, une "clause dérogatoire" qui permet de s'écarter de ces règles s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays. Cet ensemble de règles crée donc un cadre flexible de règles de conflit de lois. Dans le même temps, la juridiction saisie est à même de traiter les cas individuels de manière appropriée » ; considérant 20 du règlement Rome I ; considérant 25 du règlement Successions ; considérant 51 du règlement 2016/1103.
- art. 4 § 3, 5 § 3, 8 § 4 du règlement Rome I ; art. 4 § 3, 10 § 4, 11 § 4 et 12 § 2c) du règlement Rome I ; art. 21 § 2 du règlement Successions ; art. 26 § 3 du règlement 2016/1103 (à la différence de ce qui est prévu par les autres textes, il appartient à l'une des parties – l'un des époux – de réclamer le jeu de la clause d'exception).

Jurisprudence : la CJUE a donné quelques précisions sur la mise en œuvre de la clause d'exception de ces textes.

- CJCE, 6 oct. 2009, n° C-133/08, ICF pt 62 : il est nécessaire de mettre en œuvre les rattachements, puis, quelles que soient les circonstances, de rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits (V. aussi arrêt Haeger, CJUE 23 oct. 2014, C-305/13, pt 34)
- En matière de contrat de travail, CJUE 12 sept. 2013, aff. C-64/12, Schlecker : la notion de liens les plus étroits est précisé au moyen d'une liste non exhaustive des éléments pertinents (pt 41).

Incidence des principes européens

Le <u>principe de cohérence</u> doit-il conduire à la formulation d'une règle générale dans un code de DIP européen ?

Jusqu'à présent, dans les différents règlements européens, la clause d'exception assortit une règle de conflit de lois spécifique. La formulation varie d'un texte à l'autre.

Un code de DIP européen pourrait comporter une règle générale pour préciser les conséquences du principe de proximité. Le caractère exceptionnel de la clause d'exception devrait être mis en exergue afin qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive au principe de sécurité juridique.

Fraude à la loi (ou l'abus de droit) (PK)

Origine du concept

La fraude à la loi est un concept ancien, dont l'origine se trouve apparemment dans la doctrine (civiliste) des bartolistes et qui a été étendu aux conflits de lois par la doctrine, dès avant le 19e siècle (L. Boyer, « Sur quelques adages », *Biblioth. de l'Ecole des chartes*, 1998, p. 29 s.). En jurisprudence, le cas emblématique au 19e siècle est l'affaire de la *Princesse de Bauffremont* (Cass. fr., Civ., 18 mars 1878, *DP*, 1878,1, 201). La fraude à la loi, dont l'abus de droit paraît être une variante terminologique propre au droit de l'Union[26], pose depuis toujours la question de l'équilibre qui semble souhaitable entre la liberté individuelle et l'obéissance due à l'autorité de la loi.

Liens avec les règlements européens en matière de droit international privé

Aucun lien textuel, à l'exception d'une mention dans le considérant 26 du règlement Successions ("Aucune disposition du présent règlement ne devrait empêcher une juridiction d'appliquer les mécanismes destinés à lutter contre la fraude à la loi, par exemple dans le cadre du droit international privé").

On peut toutefois admettre de manière générale que si un règlement en matière de conflits de lois est utilisé frauduleusement ou abusivement, il ne sera pas interdit aux tribunaux des Etats membres de réagir à la fraude ou à l'abus, au seul motif que le règlement applicable ne les réserve pas expressément. Ils peuvent être considérés comme des principes généraux du droit, applicables même sans texte. En ce sens, à propos du règlement insolvabilité, l'arrêt du 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, points 51 ss.; à noter que les conclusions de l'avocat général Szpunar (points 135-140) avaient été plutôt négatives, au nom de la protection de →**l'autonomie de la volonté**, et du respect de la volonté du législateur qui n'a pas prévu d'exception générale de fraude[27].

Incidence des principes européens

La fraude à la loi a un potentiel évident de rupture à l'égard des solutions qui se dégagent des normes du droit européen, qui peuvent être des normes de droit dérivé, ou – assez typiquement – des normes de droit primaire, spécialement les **libertés fondamentales de circulation**. Il suit du principe de **primauté du droit européen** qu'une institution comme la fraude à la loi doit être encadrée. Reste à savoir comment, et si, après son encadrement européen, elle remplit encore ses fonctions traditionnelles.

---

[26] Ce qui n'implique, ni n'exclut qu'à la différence de terminologie corresponde une différence des solutions de fond. Voir d'une manière générale S.Vrellis, « Abus et fraude dans la jurisprudence de la CJCE », Mélanges H. Gaudemet-Tallon, 2008, p. 633 ss.

[27] Selon l'avocat général, il s'agissait d'une question d'application du règlement Rome I.

Selon l'arrêt *Vinyls Italia*, point 52, « il ressort d'une jurisprudence bien établie que la constatation de l'existence d'une pratique abusive requiert la réunion d'un élément objectif et d'un élément subjectif. D'une part, s'agissant de l'élément objectif, cette constatation nécessite qu'il résulte d'un ensemble de circonstances objectives que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation de l'Union, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint. D'autre part, une telle constatation requiert un élément subjectif, à savoir qu'il doit résulter d'un ensemble d'éléments objectifs que le but essentiel des opérations en cause est l'obtention d'un avantage indu. En effet, l'interdiction des pratiques abusives n'est pas pertinente lorsque les opérations en cause sont susceptibles d'avoir une justification autre que la simple obtention d'un avantage ».

On remarque que l'abus (ou la fraude) se juge par rapport aux *objectifs du droit européen*, ce qui peut sembler logique mais rend difficile une utilisation de l'exception pour une défense pure de l'autorité des lois nationales des Etats membres. Jointe à la tendance à valoriser l'objectif de libre circulation, cette approche peut aboutir à permettre *de facto* « la délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », pour citer le titre d'une contribution de M. Fallon (Mél. Cerexhe, 1997, p. 165 ss.). L'arrêt *Centros* (9 mars 1999, C-212/97) est tout de même assez dissuasif à cet égard.

Réflexions futures

Le GEDIP pourrait, dans la mesure du possible (si un consensus est trouvable) élaborer sa propre doctrine sur l'utilité de formuler une réserve expresse de la fraude à la loi dans les textes relatifs au droit international privé de l'Union, en essayant d'en définir, de manière soit plus soit moins restrictive, les conditions de mise en œuvre.

Loi étrangère (HGT)

Condition de la loi étrangère : points de rencontre avec les principes de droit européen.

1) Applicabilité de la loi étrangère

Dans la mesure où le juge applique plus facilement la *lex fori*, car les difficultés de connaissance du droit étranger subsistent (v. l'ouvrage à paraître en 2020 à la SLC sur « La connaissance du droit étranger »), on peut penser qu'il y aura une plus grande **effectivité** du droit si la place de la loi étrangère n'est pas trop importante. D'où :

- souvent souci de faire coïncider compétence judiciaire et législative,
- et place laissée (en France et peut-être dans d'autres Etats membres) à l'accord procédural permettant aux parties de revenir à l'application de la *lex fori* alors que la règle de conflit désignait une loi étrangère, accord qui relève de l'**autonomie procédurale.** S. Corneloup a suggéré de limiter l'accord procédural aux matières dans lesquelles le dip européen permet un choix de loi, et ce dans un souci de **cohérence** (in L'application du droit étranger, SLC 2018, p.88-89).

En revanche : l'application de la loi étrangère facilitera souvent la **reconnaissance.**

De plus, l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit, donc éventuellement d'appliquer une loi étrangère, est un facteur de **sécurité juridique.** Cette obligation ne devrait sans doute pas se limiter aux litiges mettant en jeu des droits indisponibles mais s'étendre à ceux portant sur des droits disponibles (d'autant plus que la distinction entre ces deux catégories de droits n'est pas toujours claire : v. les discussions actuelles pour le divorce). Lorsque la règle de conflit est d'origine européenne il serait particulièrement important qu'elle s'applique d'office pour assurer la **cohérence** de l'ordre juridique européen, mais généraliser l'obligation d'application d'office irait à l'encontre de l'**autonomie procédurale.**

Pouvant être invoqué en faveur de l'application aussi bien de la *lex fori* que de la loi étrangère, le principe d'**équivalence** pourrait introduire de la souplesse dans les mécanismes conflictuels, mais il est source d'insécurité juridique.

2) P*reuve de la loi étrangère*

Modalités de preuve : **autonomie procédurale.**

Si la preuve de loi étrangère est facilitée (par exemple en France rôle du juge avec la collaboration des parties), cela favorise l'**effectivité** du droit et une plus grande **cohérence** dans le jeu du droit européen ainsi qu'une plus grande **sécurité juridique** dans la mesure où cela permet le respect de la règle de conflit

Jeu de la vocation subsidiaire de la *lex fori* lorsqu'on ne peut prouver la loi étrangère : mise en jeu des principes **d'effectivité et de sécurité juridique.**

3) Lois de police

L'application des lois de police du for peut être corrélée au **respect des identités nationales.**

L'application des lois de police étrangère lorsqu'elle est possible (art. 9 règlement Rome I) ainsi que la prise en considération des lois de police étrangère sont des éléments devant contribuer à la **solidarité (= coopération loyale).**

4) Contrôle de l'application de la loi étrangère

Ce contrôle peut être léger (voir en France, simple contrôle de dénaturation). Ceci renforce **l'effectivité** du droit. Et d'autre part implique de façon sous-jacente le principe **d'équivalence.**

5) Eviction de la loi étrangère

L'hypothèse vise une loi étrangère dont l'application serait contraire à l'ordre public international du for ou à l'ordre public européen (= à la fois **respect des identités nationales,** mais aussi **cohérence, respect des droits fondamentaux, proportionnalité**). Ce contrôle de conformité à l'ordre public rendrait, semble-t-il, inutile un contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité de la norme étrangère au regard du droit étranger (un tel contrôle serait d'ailleurs très difficile à effectuer, l'article de P. Kinsch, dans l'ouvrage paru à la SLC en 2018, « Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger »).

6) Réflexions futures

Des dispositions concernant la condition procédurale de la règle de conflit du for et du droit étranger devraient être présentes dans une partie générale. La nécessité d'une approche européenne avait déjà été affirmée en marge de l'adoption du règlement Rome 2, puisque mandat avait été donné à la Commission de faire rapport sur ce point.

Le Groupe a déjà abordé le sujet dans ses réunions de Bruxelles (2011), sur rapport de H. van Loon et M. Pauknerova, de La Haye (2012) et de Lausanne (2013). Au terme de celle-ci, il a adopté une position sur l'application d'office de la règle de conflit. Une proposition de portée générale figure dans le document de travail préparé par le sous-groupe Codification en vue de la réunion de Katowice (2019). Par ailleurs, l'acquis européen sur le rôle du juge européen dans la conduite du procès dans un litige transfrontière pourrait aider à configurer un régime du droit étranger (=> **Autonomie procédurale**).

Origine du concept

Les lois de police sont une réalité préexistante au développement de la science moderne du droit international privé (« lois de police et de sûreté », article 3, alinéa 1er du Code civil français de 1804). Mais leur mécanisme a ensuite fait l'objet d'une analyse doctrinale (pionniers, s'agissant des lois de police du for : Sperduti et Francescakis ; s'agissant des lois de police étrangères : Wengler) et d'un développement en jurisprudence, parallèle avec le développement des politiques économiques (soit dirigistes, soit ordolibérales) au 20e siècle.

Contexte

L'article 9 du règlement Rome I, prenant le relais de l'article 7 de la Convention de Rome tout en en modifiant l'orientation (sur le traitement des lois de police étrangères et peut-être en infléchissant la définition des lois de police en général[28]), définit les lois de police (par.1er), pose le principe de l'applicabilité dérogatoire des lois de police du for (par. 2) et donne les conditions de l'applicabilité des lois de police étrangères, auxquelles « effet peut être donné » sous des conditions très strictes[29] inspirées d'un compromis diplomatique et dans une certaine mesure du lobbyisme de la City de Londres (étant entendu que selon la solution, bienvenue, de l'arrêt du 18 oct. 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, la prise en considération des lois de police étrangères à travers le prisme du droit matériel ne dépend pas de ces conditions restrictives, mais des conditions d'application des concepts pertinents de droit matériel: l'arrêt Nikiforidis a décidé qu'à côté des cas, restrictivement définis, où l'article 9(3) du règlement permet de donner un effet normatif à des lois de police étrangères, il y a encore – sous des conditions définies non plus par l'art. 9(3), mais par le droit matériel applicable -- la possibilité de prendre en considération ces lois de police, ou du moins leurs effets de fait).

Le règlement Rome II utilise la notion de loi de police en son article 16, qui ne réserve que l'applicabilité dérogatoire des lois de police du for et ne mentionne pas les lois de police étrangères. La définition des lois de police de l'article 16 du règlement Rome II est selon la jurisprudence (31 janv. 2019, *Da Silva Martins*, C-149/18, points 27 ss.) identique à celle du règlement Rome I (idée de → **cohérence**).

Les lois de police apparaissent également dans le règlement Successions (art. 30) et dans les règlements Régimes matrimoniaux et Régimes patrimoniaux (art. 30).

---

[28] Il s'agit de la question du sens de la référence aux « intérêts publics » dans le paragraphe 1er de l'article 9 : interdit-il de traiter une loi de pure protection des parties faibles à une relation contractuelle comme des lois de police (différence entre l'approche franco-belge et l'approche germano-autrichienne) ? Cf. l'arrêt *Unamar* du17 octobre 2013, C-184/12, qui admet qu'un Etat membre puisse, à titre exceptionnel, avoir un « intérêt particulier » à une réglementation protectrice des parties faibles, et la traiter comme une loi de police.

[29] Le juge du for peut donner effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale.

Incidence des principes européens

1. Lois de police du for

a) Les lois de police du droit européen dérivé

Les normes matérielles du droit européen dérivé peuvent être accompagnées de normes d'applicabilité, soit expresses soit implicites, qui s'imposent aux Etats-membres (→ **primauté du droit européen**). Normes d'applicabilité expresses : ex. dir. 93/13 protection des consommateurs et arrêt du 9 sept. 2004, *Commission c. Espagne*, C-70/03 (« lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres », critère d'ailleurs remarquablement vague et souple) ; normes d'applicabilité implicites : arrêt du 9 nov. 2000, *Ingmar*, C-381/98, aux motifs que la directive sur les agents commerciaux uniformise « les **conditions de concurrence à l'intérieur de la Communauté** » et accroit « la sécurité des opérations commerciales », si bien que le régime de la directive a pour objectif de protéger « la **liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur**. L'observation desdites dispositions sur le territoire de la Communauté apparaît, de ce fait, nécessaire pour la réalisation de ces objectifs du traité ».

b) L'incidence des libertés de circulation sur l'application dérogatoire des lois de police des Etats membres

Selon un tropisme bien connu du droit européen, alors que l'applicabilité dérogatoire du droit européen dérivé est favorisée (voir 3.1), celle du droit national est vue avec circonspection, dans la mesure où elle limite la **liberté de circulation** en imposant un régime uniformément applicable sur le territoire national. Elle est admise, mais comme exception seulement, si elle se justifie par des « raisons impérieuses d'intérêt général », et à condition de respecter le principe de **proportionnalité** : arrêt du 23 nov. 1999, *Arblade*, C-369/96 et C-376/96, qui limite par référence au principe de **reconnaissance mutuelle** la possibilité, pour un Etat membre, d'imposer ses propres normes de protection sociale au titre des lois de police, alors qu'une protection certes non identique, mais équivalente était susceptible de résulter de l'application de la loi de l'Etat d'origine ; voir aussi les arrêts du 15 mars 2001, *Mazzoleni*, C-165/98 et du 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg*, C-319/06.

L'incidence possible de l'idée d'**identité nationale** comme élément spécifique de justification de l'applicabilité dérogatoire des lois de police du for n'a pas encore été soumise à l'épreuve de la jurisprudence (contrairement à son invocation à l'appui de l'ordre public du for, cf. notamment l'arrêt *Coman* du 5 juin 2018, C-673/16).

2. Lois de police étrangères

L'arrêt du 18 oct. 2016, *Nikiforidis,* C-135/15 a justifié la solution restrictive de l'article 9, par. 3 du règlement Rome I – tout en l'assouplissant indirectement du fait qu'il admet que la prise en considération des lois de police étrangères ne dépend pas de ce texte (cf. *supra,* 2) – par les idées suivantes : (1) l'article 9 du règlement Rome I déroge au principe du libre choix de la loi applicable par les parties au contrat (→ **autonomie de la volonté**) et en tant que mesure dérogatoire, l'article 9 du règlement est d'interprétation stricte ; (2) le législateur de l'Union a voulu restreindre les perturbations du système de conflit de lois engendrées par l'application des lois de police autres que celles de l'État du for ; (3) permettre au juge du for de faire application de lois de police appartenant à l'ordre juridique d'États membres autres que ceux qui sont expressément visés à l'article 9, paragraphes 2 et 3, du règlement Rome I serait susceptible de compromettre la pleine réalisation de l'objectif général de celui-ci qu'est la **sécurité juridique dans l'espace de justice européen**.

L'arrêt rejette l'idée selon laquelle, lorsque la loi de police traduit une politique essentielle d'un *autre Etat membre* (et non d'un Etat tiers), spécialement dans le contexte de la mise en œuvre d'exigences posées par des institutions de l'Union, elle pourrait bénéficier d'un régime privilégié par référence au **principe de coopération loyale**, consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE : « en effet, ce principe n'autorise pas un État membre à contourner les obligations qui lui sont imposées par le droit de l'Union et n'est dès lors pas de nature à permettre à la juridiction de renvoi de faire abstraction du caractère exhaustif de l'énumération des lois de police auxquelles il peut être donné effet, telle qu'elle figure à l'article 9 du règlement Rome I, afin de donner effet, en tant que règles juridiques, aux lois de police grecques en cause au principal ».

Réflexions futures

Le GEDIP pourrait, dans la mesure du possible (si un consensus est trouvable) élaborer sa propre doctrine sur certains aspects discutés des lois de police, notamment

- préciser le sens de la référence aux « intérêts publics » ;
- discuter le caractère vague de la référence aux « liens étroits avec les Etats membres » comme critère d'application de lois de police découlant du droit européen dérivé ;
- remettre sur le métier, y compris au vu du Brexit, le régime des lois de police étrangères ;
- voir si le principe de coopération loyale ne peut pas, quand même, avoir des applications à propos des lois de police d'autres Etats membres de l'Union.

Ordre public (GCM)

Définition

L'ordre public est une notion du DIP dont la définition remonte à Savigny. L'exception de l'ordre public permet d'éviter des résultats incompatibles avec les valeurs fondamentales du for. Elle vise à équilibrer l'ouverture inhérente au DIP, permettant l'application du droit désigné quel que soit son contenu, ainsi que la reconnaissance des décisions étrangères.

L'exception de l'ordre public est prévue dans les DIP nationaux autant que dans les règlements européens. Dans le présent contexte, la présentation ne couvre que l'impact des principes du droit européen matériel sur l'ordre public au sens du DIP.

En droit européen matériel l'ordre public est un des éléments qui peuvent justifier des restrictions aux libertés de circulation, au nom de l'intérêt général, mais dans le respect des principes de non-discrimination et de proportionnalité.

La fonction de l'exception de l'ordre public dans le DIP est comparable à sa fonction dans le contexte des libertés de circulation : assurer la possibilité de déroger aux principes de circulation, mais uniquement dans la mesure nécessaire.

Dans le droit européen matériel, l'exception de l'ordre public s'applique après avoir établi qu'il existe une raison impérieuse d'intérêt public pour limiter la libre circulation. Dans le DIP, cette première étape n'est pas prévue. Les considérations d'ordre public constituent elles-mêmes la base pour justifier de déroger aux normes de DIP. Il ne semble pas que cette différence doive impliquer un traitement distinct de l'exception dans les deux contextes.

Contexte

En ce qui concerne la libre circulation, l'exception de l'ordre public est fondée sur les articles 36, 45, 52 et 65 TFUE, qui ouvrent la possibilité d'imposer des restrictions aux libertés de circulation à condition que les restrictions soient justifiées par des considérations non économiques d'intérêt général.

L'ordre public étant une exception, il est à interpréter strictement et est soumis au principe de proportionnalité.

- Les États membres restent, pour l'essentiel, libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public. C'est donc à chaque État de définir les valeurs fondamentales qui constituent l'ordre public de cet État (principe d'identité nationale).
- Cependant, dans le contexte européen et, notamment, en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement

par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union (C-36/02, *Omega ;* C-503/03, *Commission v Espagne ;* C-319/06, *Commission v Luxembourg*).

- L'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société (C-54/99, *Église de scientologie ;* C-319/06, *Commission v Luxembourg*).
- Des considérations économiques ne peuvent constituer des raisons d'ordre public suffisant à justifier une restriction à la liberté de circulation (C-369/96 et 376/96, *Arblade ;* C-49/98, *Finalarte* ; C-341/05, *Laval ;* E-2/11, *STX Norway Offshore*).
- Les raisons susceptibles d'être invoquées par un État membre afin de justifier une dérogation au principe de la libre circulation doivent être accompagnées d'une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet État (C-254/05, *Commission v Belgique* ; C-319/06, *Commission v Luxembourg*).

Cependant, la Cour n'a pas hésité à admettre que l'Etat invoque un ordre public de niveau constitutionnel, en lien avec le principe du respect de l'identité nationale consacré par l'article 4 TUE, et ce, à propose de questions de droit civil.

- Selon l'arrêt *Omega* (C-36/02), l'Allemagne peut invoquer la lecture constitutionnelle, propre à cet Etat, du principe de la dignité humaine pour s'opposer à la commercialisation d'un laserdrome, à propos d'un litige contractuel entre le fournisseur britannique et son acheteur allemand, invoquant l'applicabilité de la loi allemande d'ordre public.
- Selon l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* (C-208/09), l'Autriche peut invoquer son ordre constitutionnel républicain pour refuser qu'un Autrichien utilise sur son territoire, à des fins professionnelles, un prédicat de noblesse acquis en Allemagne valablement selon le droit allemand.
- De même, l'arrêt *Grunkin-Paul* (C-353/06) prend soin de relever, après avoir rejeté car disproportionnée, une mesure basée sur la stabilité et l'unicité du nom, que l'Allemagne n'avait pas invoqué d'autre justification, notamment l'ordre public : c'est considérer implicitement que si celui-ci avait été invoqué, la Cour aurait été encline à accepter une telle justification.

Incidence des principes européens

Comme dans le contexte des libertés de circulation, les États membres sont libres aussi dans le DIP de déterminer quels principes sont fondamentaux et donc à considérer comme étant d'ordre public. Cependant, dans les règlements européens de DIP, comme pour les libertés de circulation, le droit européen pose les critères selon lesquels l'exception de l'ordre public peut être invoquée (C-7/98, *Krombach*). Il s'ensuit que :

- L'exception de l'ordre public doit être interprétée strictement. Les principes qui sont fondamentaux au sein d'un État ne sont pas nécessairement tels dans un contexte européen (E-2/11, *STX Norway Offshore*).

- Le principe de proportionnalité s'applique aussi dans le DIP (C-394/07, *Gambazzi* ; C-681/13, *Diageo ;* C-38/98, *Renault)*

La Cour a également déterminé que certains principes de droit européen constituent un ordre public au sens du DIP. Ces principes peuvent être considérés comme faisant partie de l'ordre public national en tant que le droit européen fait partie du droit national. Alternativement, on peut les regarder comme des principes de l'ordre public européen qui s'ajoutent à l'ordre public national.

- En ce qui concerne l'ordre public formel regardant la procédure, la jurisprudence de la Cour a progressivement effacé l'importance du droit des États membres en déterminant l'ordre public par référence directe à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux.

  Cela peut s'expliquer par l'opinion dominante selon laquelle les droits nationaux et les normes européennes convergent, aussi compte tenu du fait que tous les États membres sont liés par la Convention européenne des droits de l'homme.

  L'incorporation des droits fondamentaux dans l'ordre public formel a l'avantage d'assurer une interprétation uniforme de l'exception de l'ordre public, ainsi que de sauvegarder la construction du DIP voulat que les dérogations aux règles de DIP soient basées soit sur des lois de police soit sur l'ordre public.

- En ce qui concerne l'ordre public matériel, la Cour a déterminé que certains principes de droit européen constituent un ordre public, notamment en matière de droit de la concurrence (C-126/97, *Eco Swiss ;* C-295/4, *Manfredi*) et de la protection des consommateurs (C-168/05, *Claro* ; C-40/08, *Asturcom*). Il en va de même de principes puisés à la CEDH.

La terminologie de la Cour pour justifier qu'un principe est d'ordre public au sens du DIP peut créer des malentendus concernant la portée de la notion de l'ordre public.

- Dans l'arrêt C-126/97, *Eco Swiss* la Cour a statué que l'article 85 TCE [article 101 TFUE] est une règle d'ordre publique en tant qu'il pose « *une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur* ».

- Une terminologie similaire apparaît dans l'arrêt C-381/98, *Ingmar* en matière d'agents commerciaux, selon lequel l'observation des articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, est « *nécessaire pour la réalisation des objectifs du traité* » (notamment la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur).

- Or *Eco Swiss* concerne l'ordre public international puisque l'arrêt a été rendu dans le contexte de la reconnaissance d'une décision arbitrale. *Eco Swiss* fait référence à la Convention de New York, qui concerne seulement l'ordre public international.

- *Ingmar*, au contraire, concerne l'application nécessaire de règles impératives en dépit d'une clause de choix de loi déterminant une autre loi.

La terminologie de la Cour peut conduire à confondre le rôle négatif de l'ordre public (l'ordre public international, qui n'est qu'une barrière contre l'application du droit étranger ou contre la reconnaissance de décisions étrangères conduisant à des résultats inacceptables pour l'État du for) avec son rôle positif (l'ordre public interne, permettant l'application des règles impératives du for).

Reconnaissance des situations (CGB)

Définition

La reconnaissance des situations est une méthode s'adressant aux Etats membres de l'Union européenne à propos de situations juridiques qui se sont formalisées ou qui ont cristallisé dans un autre Etat membre. On la retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européennes des droits de l'homme, à propos de situations valablement acquises dans un Etat tiers (arrêt *Wagner c. Luxembourg*).

La reconnaissance des situations juridiques étrangères implique l'obligation d'accepter la situation telle que formalisée ou cristallisée dans l'Etat d'origine, sans possibilité de refus au regard de la loi applicable selon le droit du for. Le noyau de la méthode est, en effet, l'acceptation de la réglementation qui a été prise en compte lors de la création et formalisation de la situation juridique en cause. La méthode comporte la renonciation à l'application de la réglementation de l'Etat de destination sauf invocation d'une justification légitime et respect de la proportionnalité.

La reconnaissance des situations s'impose avec effet direct, sans nécessité d'une quelconque intervention législative. Elle est une création jurisprudentielle et s'est développée au cas par cas. La Cour de justice de l'Union ne tire pas les conséquences précises découlant de l'obligation d'acceptation de la situation juridique étrangère dans l''Etat membre de réception. Celui-ci reste libre de choisir l'option technique qu'il estime appropriée pour atteindre le résultat de reconnaissance.

Contexte

En droit des libertés de circulation, la base de la méthode réside dans le concept — ou principe — de reconnaissance mutuelle tiré de l'arrêt *Cassis de Dijon*, rendu le 20 février 1979 dans le domaine de la libre circulation des marchandises. Selon cet arrêt, des produits légalement commercialisés sur le marché d'un Etat membre de l'UE peuvent aussi être mis sur le marché des autres Etats membres, sauf s'il y a un intérêt prépondérant contraire. Le principe requiert, cependant, selon la jurisprudence ultérieure, qu'il y ait une équivalence suffisante des contenus de la loi d'origine et la loi de destination en termes de niveaux de protection de l'intérêt général poursuivi (voy. le Principe européen de confiance et de reconnaissance mutuelles).

En matière économique, cette méthode de reconnaissance a été transposée par la Cour de justice au droit des sociétés (Arrêts *Uberseering*, *Centros*, *Inspire Art*, *Sévic*, *Cartesio*). Dans ce domaine la méthode implique que les ressortissants des Etats membres sont en mesure de choisir de constituer une société selon le droit d'un Etat Membre pour se prévaloir ensuite du droit d'établissement dans un autre Etat Membre, sans qu'on puisse conceptualiser ce choix comme un abus de droit.

La clause marché intérieur par laquelle le droit dérivé codifie l'obligation pour l'Etat de réception de prendre en considération la légalité d'un produit ou service selon le droit de l'Etat d'origine (principe dit de la loi d'origine), a donné lieu à une prise de position de la Cour dans l'affaire *eDate Advertising* relative à un fait de diffamation, à propos de la directive 2000/31

sur le commerce électronique : tout en prenant acte que, selon l'article 1er , la directive ne comporte aucune disposition de DIP, l'arrêt admet que la reconnaissance mutuelle ne privilégie pas un facteur de rattachement sur un autre, tout en précisant que le droit désigné par la règle du for ne peut pas constituer une restriction ne tenant aucun compte des obligations auxquelles l'opérateur est déjà soumis dans son Etat d'origine. Un raisonnement similaire tiré du droit primaire se retrouve dans les arrêts *Laval* (C-341/05) et *Viking Line* (C-438/05) à propos de la protection sociale du travailleur détaché.

La Cour de Justice a aussi utilisé la méthode de la reconnaissance des situations au dehors du domaine des libertés de marché, dans des affaires liées à la citoyenneté européenne notamment pour la détermination du nom des personnes physiques (arrêts *García Avello*, C-148/02 ; *Grunkin-Paul,* C-353/06 ; *Sayn-Wittgenstein,* C-208/09 ; *Freitag,* C-541/15). La jurisprudence européenne a établi l'obligation pour les Etats membres de reconnaitre le nom donné à un citoyen européen selon le droit d'un autre Etat membre — plus précisément en l'espèce, l'Etat de naissance et de résidence actuelle effective — sans égard à la loi applicable selon le droit du for. Plus récemment dans l'arrêt *Coman,* la Cour de justice a utilisé la même approche pour critiquer le refus d'un État membre d'accorder un droit de séjour au conjoint (américain) d'un citoyen européen (de même sexe), dès lors que le mariage était valide selon le droit de l'Etat membre de célébration où résidait effectivement le citoyen à ce moment.

La Cour européenne des droits de l'homme utilise une approche similaire dans des affaires touchant au droit à la vie familiale ou à la vie privé (art. 8 de la Convention européenne), lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la validité d'une situation juridique acquise à l'étranger. Dans l'affaire *Wagner c. Luxembourg*, par exemple, la Cour a condamné le Luxembourg pour avoir refusé d'accepter la validité d'une adoption prononcée au Pérou parce que cette adoption était contraire au résultat de l'application des normes de conflit luxembourgeoises. La Cour européenne a cependant admis par ailleurs des motifs possibles de refus de la reconnaissance (dans l'affaire *Mennesson c. France* l'ordre public, et dans l'affaire *Wagner* la fraude à la loi).

Incidence des principes européens

La doctrine international privatiste a manifesté plusieurs tentatives de lier la reconnaissance des situations à des techniques traditionnelles de droit international privé, par exemple en formulant une norme de conflit s'en remettant à la loi d'origine ou rappelant la théorie des droits acquis. Plus récemment on a essayé de formuler la méthode d'une manière autonome.

Dans la doctrine la méthode reste controversée. Des critiques fondamentales à la renonciation à la méthode conflictuelle ont été exprimées surtout lorsque la Commission a publié en 2010 son livre vert sur la libre circulation des documents publics. Entre autres, le fondement de la méthode est discuté, avec des variables selon les auteurs et les matières. Certains auteurs préconisent aussi que la méthode de la reconnaissance et la méthode conflictuelle ne s'excluent pas. Les conditions d'application de la méthode sont aussi débattues.

La méthode a été codifiée dans l'article 9 de la loi néerlandaise de DIP. Cette règle dispose que : « Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un Etat étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu

du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique ».

Comme cette règle ne mentionne pas le lien de la reconnaissance avec le principe de non-discrimination et la liberté de circulation, il serait nécessaire d'ajouter une norme narrative pour s'assurer que la primauté du droit européen soit respectée.

Dans l'embryon de code développé par Paul LAGARDE la méthode a été décrite comme suit :

"Art. 145. – Une situation juridique valablement constituée dans un Etat membre et formalisée dans un acte public est reconnue dans les autres Etats membres, quelle que soit la loi appliquée à sa constitution.

Art. 146. – Sans préjudice d'autres motifs de non-reconnaissance énoncés dans la partie spéciale du présent règlement, une situation n'est pas reconnue :

1) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis

2) en l'absence totale de lien entre l'Etat de conformité de la loi duquel la situation a été créée et l'Etat de la résidence ou de la nationalité des personnes concernées."

Renvoi (PK)

Origine du concept

Le renvoi est une technique développée par la jurisprudence au 19e siècle, d'abord en Angleterre : *Collier* v. *Rivaz* (1841) 2 Curt. 855 ; 163 Eng. Rep. 608 ; puis dans l'arrêt de l'Oberappellationsgericht de Lübeck du 21 mars 1861, *Seuff. Archiv*, vol. 14, p. 164 ; et enfin dans les arrêts *Forgo* de la Cour de cassation française, Civ., 24 juin 1878, *JDI*, 1879, p. 285 et Req., 22 février 1882, *D.P.*, 1882, 1, 301.

Contexte

Au moment de l'élaboration des règlements européens, le renvoi se trouve en crise ou en perte de vitesse, phénomène qui s'observe aussi dans les travaux de la Conférence de La Haye. Son jeu est exclu par la plupart des règlements : par le règlement Rome I (et la Convention de Rome – mais l'exclusion du renvoi en matière contractuelle est une solution qui ne surprend pas, et se rencontre aussi dans la jurisprudence nationale préexistante), puis d'une manière très caractéristique par les règlements Rome II et Rome III, enfin par les règlements Régimes matrimoniaux (où le renvoi était parfois exclu par la jurisprudence nationale préexistante) et Effets patrimoniaux des partenariats. Il en va de même du Protocole de La Haye sur les aliments.

Cependant, le renvoi est expressément réservé par le règlement Successions, article 34 par 1er, qui admet le renvoi lorsque la loi applicable aux termes du règlement est la loi d'un État tiers et que le droit international privé de cet Etat tiers renvoie : a) à la loi d'un État membre ; ou b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi. Le renvoi est cependant exclu (par. 2) lorsque la loi applicable est déterminée conformément à une option de législation laissée par le règlement, ou par une règle de conflit alternative. Abstraction faite de cette exception (qui se rencontre aussi en droit national), la motivation du renvoi par le considérant 57 est la suivante : « il y a lieu d'accepter ce renvoi afin de garantir une cohérence au niveau international ».

Incidence des principes européens

Elle est nulle en ce qui concerne l'exclusion du renvoi par les autres règlements ; le même type d'exclusion se retrouve aussi ailleurs, p.ex. dans des Conventions de La Haye. De même, en qui concerne l'exception de l'article 34 par. 2 du règlement Successions, on retrouve la même idée dans certains droits nationaux.

Pour ce qui est de l'article 34 par. 1er, il réserve un renvoi dans deux situations différentes. La deuxième, celle du renvoi à la loi d'un autre Etat tiers qui appliquerait sa propre loi, est reprise de l'article 4 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort.

En revanche, la première (renvoi « à la loi d'un État membre ») est originale et s'explique par le contexte particulier du droit européen. C'est un faux renvoi au premier degré (D. Solomon, *Festschrift Schurig*, p. 243) – faux parce qu'il ne conduit à l'application du droit du for que si le règlement est appliqué dans l'Etat membre désigné par la règle de conflit étrangère, non s'il est appliqué dans un autre Etat membre. Néanmoins, c'est une extension de l'idée de renvoi au premier degré, les autres Etats membres reprenant la solution d'application de la loi de l'Etat membre désigné, pour réaliser une « cohérence » (cons. 57) de la loi applicable dans tous les Etats membres. Selon un commentaire de l'Institut Max Planck de Hambourg qui avait proposé cette solution même, « this could be understood as a new European concept, which might help to endorse the unity of the European Union » (RabelsZ 2010, p. 660) → **le droit international privé comme îlot de fédéralisme européen**. Et quant à la justification pratique du renvoi au premier degré par la facilitation de l'application du droit applicable (il n'y en a pas d'autre), on peut, avec beaucoup de bonne volonté, faire référence à l'existence du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (MPI, ibid.) → **bonne administration de la justice**.

Réflexions futures

Le GEDIP pourrait, dans la mesure du possible (si un consensus est trouvable) élaborer sa propre doctrine sur la question du renvoi. Celle-ci ne devrait pas nécessairement partir de la prémisse que l'hostilité de principe au renvoi, qui se laisse constater en fait dans les règlements européens, est de ce seul fait un principe intangible du droit international privé européen.

Cela dit, la question de la réelle justification du renvoi au premier degré reste posée (la justification donnée classiquement est peut-être trop pragmatique). En ce qui concerne le renvoi au second degré, du moins dans certaines de ses formes – pas dans toutes, spécialement pas en matière successorale – ses avantages en termes de protection des attentes légitimes des parties peuvent être remplacés par la → méthode de la reconnaissance.

Annexe : Tableau comparatif des dispositions des règlements européens en matière de droit international privé (conflits de lois) (PK)

Ce tableau comparatif a été établi à titre purement documentaire. Chaque fiche reprend les articles des règlements[30] relatifs à un principe ou à une règle déterminés, dans l'ordre suivant :

- la Convention de Rome du 18 juin 1980, comme premier texte historique du droit européen des conflits de lois
- le règlement Rome I
- le règlement Rome II
- le règlement Rome III
- le règlement Successions
- le règlement Insolvabilité (refonte)
- le règlement Régimes matrimoniaux
- le règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

En comparant les règlements européens avec les dispositions de certaines lois nationales de droit international privé, on note l'absence de dispositions sur :

- le domicile ou la résidence habituelle des personnes physiques ;
- la nationalité des personnes physiques ;
- l'application du droit étranger (application d'office ou non ; modes d'établissement) ;
- la fraude à la loi ;
- la qualification ;
- les questions préalables ;
- le sens de la désignation d'un droit étranger et le rôle du droit public étranger[31] (au-delà des exclusions habituelles de l'art. 1er des règlements) ;
- la distinction – expresse ou implicite – entre application des règles de conflit à la constitution de situations et la reconnaissance des situations constituées.

Les fiches ici retenues ont pour titres :

1. Exclusion de l'applicabilité aux litiges de droit public.
2. Caractère universel des règles de conflit européennes.
3. Clause d'exception.
4. Renvoi.
5. Lois de police.
6. Résidence habituelle (des personnes morales).
7. Ordre public.
8. Adaptation des droits réels.
9. Système non unifié.
10. Inapplicabilité du règlement aux conflits de lois internes.
11. Relations avec d'autres dispositions de l'Union.
12. Relations avec les conventions internationales existantes.

[30] Le règlement Aliments n'a pas été inséré dans la liste ; son article 15, relatif à la loi applicable, se borne à renvoyer au protocole de La Haye de 2007.
[31] Cf. Art. 13 LDIP suisse.

1. Exclusion de l'applicabilité aux litiges de droit public

Convention de Rome

Règlement Rome I, article 1er

Champ d'application matériel. – 1. Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale.

Il ne s'applique pas, notamment, aux matières fiscales, douanières et administratives.

Règlement Rome II, article 1er

Champ d'application. – 1. Le présent règlement s'applique, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations non contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Il ne s'applique pas, en particulier, aux matières fiscales, douanières et administratives, ni à la responsabilité encourue par l'État pour les actes et omissions commis dans l'exercice de la puissance publique (« acta iure imperii »).

Règlement Rome III

Règlement Successions

article 1er : **Champ d'application**. – 1. Le présent règlement s'applique aux successions à cause de mort. Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières et administratives.

[article 33 : **Succession en déshérence**. – Dans la mesure où, en vertu de la loi applicable à la succession au titre du présent règlement, il n'y a pour aucun bien d'héritier ou de légataire institué par une disposition à cause de mort, ou de personne physique venant au degré successible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un État membre ou d'une institution désignée à cet effet par ledit État membre d'appréhender, en vertu de sa propre loi, les biens successoraux situés sur son territoire, pour autant que les créanciers soient habilités à faire valoir leurs créances sur l'ensemble des biens successoraux.]

Règlement Insolvabilité (refonte)

[Le règlement insolvabilité ne contient pas d'exclusion relative aux litiges de droit public ; au contraire, il définit le « créancier étranger » comme « un créancier qui a sa résidence habituelle, son domicile ou son siège statutaire dans un État membre autre que l'État d'ouverture de la procédure, y compris les autorités fiscales et les organismes de sécurité sociale des États membres » (article 2, nº 12)].

Règlement Régimes matrimoniaux, article 1er

Champ d'application. – 1. Le présent règlement s'applique aux régimes matrimoniaux. – Il ne s'applique pas aux matières fiscales, douanières ou administratives.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 1er

Champ d’application. – 1. Le présent règlement s’applique aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés. – Il ne s’applique pas aux matières fiscales, douanières ou administratives.

2. Caractère universel des règles de conflit européennes

Convention de Rome, article 2

Caractère universel. – La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un État non contractant.

Règlement Rome I, article 2

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

Règlement Rome II, article 3

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

Règlement Rome III, article 4

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

Règlement Successions, article 20

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

Règlement Insolvabilité (refonte)

--- [régime intra-UE]

Règlement Régimes matrimoniaux, article 20

Application universelle. – La loi désignée comme la loi applicable par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 20

Application universelle. – La loi désignée comme la loi applicable par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre.

3. Clause d'exception

Convention de Rome, article 4

Loi applicable à défaut de choix. – 1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et présente un lien plus étroit avec un autre pays, il pourra être fait application, à titre exceptionnel, à cette partie du contrat de la loi de cet autre pays. […]

5. L'application du paragraphe 2 est écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée. Les présomptions des paragraphes 2, 3 et 4 sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays.

Règlement Rome I, article 4

Loi applicable à défaut de choix. – 3. Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique.

Règlement Rome II

article 4 : **Règle générale**. – 3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.

article 5 : **Responsabilité du fait des produits**. – 2. S'il résulte de toutes les circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question.

article 10 : **Enrichissement sans cause**. – 4. S'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant d'un enrichissement sans cause présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1, 2 et 3, la loi de cet autre pays s'applique.

article 11 : **Gestion d'affaires**. – 4. S'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant d'une gestion d'affaires présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1, 2 et 3, la loi de cet autre pays s'applique.

article 12 : **« Culpa in contrahendo »**. – 2. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1, la loi applicable est : […] c) s'il résulte de toutes les circonstances que l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux points a) et b), la loi de cet autre pays.

Règlement Rome III

Règlement Successions, article 10

Règle générale. – 2. Lorsque, à titre exceptionnel, il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le défunt présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1, la loi applicable à la succession est celle de cet autre État.

Règlement Insolvabilité (refonte)

Règlement Régimes matrimoniaux, article 26

Loi applicable à défaut de choix par les parties. – 3. À titre exceptionnel et à la demande de l'un des époux, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1, point a), régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que : a) les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État désigné en vertu du paragraphe 1, point a); et b) les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux. – La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de la célébration du mariage, à moins que l'un des époux ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de la dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.– L'application de la loi de l'autre État ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu du paragraphe 1, point a). – Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque les époux ont conclu une convention matrimoniale avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 26

Loi applicable à défaut de choix par les parties. – 2. À titre exceptionnel et à la demande de l'un des partenaires, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1 régit les effets patrimoniaux du partenariat enregistré si la loi de cet autre État attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré et si le partenaire qui a fait la demande démontre que : a) les partenaires avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période d'une durée significative ; et b) les deux partenaires s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux. – La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de création du partenariat enregistré, à moins que l'un des partenaires ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État. – L'application de la loi de l'autre État ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu du paragraphe 1. – Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque les partenaires ont passé une convention partenariale avant la date de l'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

4. Renvoi

Convention de Rome, article 15

Exclusion du renvoi. – Lorsque la présente convention prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé.

Règlement Rome I, article 20

Exclusion du renvoi. – Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, elle entend les règles de droit matériel en vigueur dans ce pays à l'exclusion des règles de droit international privé, sauf disposition contraire du présent règlement.

Règlement Rome II, article 24

Exclusion du renvoi. – Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exclusion des règles de droit international privé.

Règlement Rome III, article 11

Exclusion du renvoi. – 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.

Règlement Successions, article 34

Renvoi. – 1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient : a) à la loi d'un État membre ; ou b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi. – 2. Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22, à l'article 27, à l'article 28, point b), et à l'article 30.

Règlement Insolvabilité (refonte)

Règlement Régimes matrimoniaux, article 32

Exclusion du renvoi. – 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.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 32

Exclusion du renvoi. – 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.

5. Lois de police

Convention de Rome, article 7

Lois de police. – 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. – 2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat.

Règlement Rome I, article 9

Lois de police. – 1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement. – 2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. – 3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application.

Règlement Rome II, articles 16 + 17

article 16 : **Dispositions impératives dérogatoires**. – Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des dispositions de la loi du for qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle.

article 17 : **Règles de sécurité et de comportement**. – Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité.

Règlement Rome III

Règlement Successions, article 30

Dispositions spéciales imposant des restrictions concernant la succession portant sur certains biens ou ayant une incidence sur celle-ci. – Lorsque la loi de l'État dans lequel sont situés certains biens immobiliers, certaines entreprises ou d'autres catégories particulières de biens comporte des dispositions spéciales qui, en raison de la destination économique, familiale ou sociale de ces biens, imposent des restrictions concernant la succession portant sur ces biens ou ayant une incidence sur celle-ci, ces dispositions spéciales sont applicables à la succession dans la mesure où, en vertu de la loi de cet État, elles sont applicables quelle que soit la loi applicable à la succession.

Règlement Insolvabilité (refonte)

Règlement Régimes matrimoniaux, article 30

Lois de police. – 1. Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. – 2. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au régime matrimonial en vertu du présent règlement.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 30

Lois de police. – 1. Les dispositions du présent règlement ne portent pas atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. – 2. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable, en vertu du présent règlement, aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré.

6. Résidence habituelle (des personnes morales)

Convention de Rome, article 4

Loi applicable à défaut de choix. – 2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement.

Règlement Rome I, article 19

Résidence habituelle. – 1. Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale. – La résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal. – 2. Lorsque le contrat est conclu dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, ou si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par lesdits succursale, agence ou autre établissement, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle. – 3. La résidence habituelle est déterminée au moment de la conclusion du contrat.

Règlement Rome II, article 23

Résidence habituelle. – 1. Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu où elle a établi son administration centrale. – Lorsque le fait générateur a été commis ou que le dommage a été subi dans le cadre de l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, le lieu où est situé cette succursale, cette agence ou tout autre établissement est traité comme résidence habituelle. – 2. Aux fins du présent règlement, la résidence habituelle d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle est le lieu où cette personne a son établissement principal.

Règlement Rome III

Règlement Successions

Règlement Insolvabilité (refonte)

[notion de centre d'intérêts principaux qui « correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers »] article 3, paragraphe 1

Compétence internationale. – 1. Les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité (ci-après dénommée « procédure d'insolvabilité principale »). Le centre des intérêts principaux correspond au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est vérifiable par des tiers. – Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu du siège statutaire. Cette présomption ne s'applique que si le siège statutaire n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. – Pour une personne physique exerçant une

profession libérale ou toute autre activité d'indépendant, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu d'activité principal de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si le lieu d'activité principal de la personne physique n'a pas été transféré dans un autre État membre au cours des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. – Pour toute autre personne physique, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être la résidence habituelle de l'intéressé. Cette présomption ne s'applique que si la résidence habituelle n'a pas été transférée dans un autre État membre au cours des six mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Règlement Régimes matrimoniaux

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

---

7. Ordre public

Convention de Rome, article 16

Ordre public. – L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Règlement Rome I, article 21

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

Règlement Rome II, article 26

Ordre public du for. – L'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Règlement Rome III, articles 10, 12 et 13

article 10 : **Application de la loi du for**. – Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 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 12 : **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 13 : **Différences dans le droit national**. – Aucune disposition du présent règlement n'oblige les juridictions d'un État membre participant dont la loi ne prévoit pas le divorce ou ne considère pas le mariage en question comme valable aux fins de la procédure de divorce à prononcer un divorce en application du présent règlement.

Règlement Successions, article 35

Ordre public. – L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Règlement Insolvabilité (refonte), article 33[32]

Ordre public. – Tout État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre ou d'exécuter une décision rendue dans le cadre d'une telle procédure, lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution.

[32] L'article 33 prévoit le refus de la reconnaissance des *décisions* d'insolvabilité ouvertes dans d'autres Etats-membres ; indirectement, ce refus de reconnaissance entraîne une exception à l'applicabilité de la loi de l'Etat d'ouverture de la procédure.

Règlement Régimes matrimoniaux, article 31

Ordre public. – L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 31

Ordre public. – L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

8. Adaptation des droits réels

Convention de Rome

Règlement Rome I

Règlement Rome II

Règlement Rome III

Règlement Successions, article 31

Adaptation des droits réels. – Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable à la succession et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté au droit réel équivalent le plus proche en vertu de la loi de cet État en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés.

Règlement Insolvabilité (refonte)

Règlement Régimes matrimoniaux, article 29

Adaptation des droits réels. – Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable au régime matrimonial et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté à son équivalent le plus proche en vertu du droit de cet État, en tenant compte des objectifs et des intérêts visés par le droit réel en question et des effets qui y sont liés.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 29

Adaptation des droits réels. – Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu de la loi applicable aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré et que la loi de l'État membre dans lequel le droit est invoqué ne connaît pas le droit réel en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, adapté à son équivalent le plus proche en vertu du droit de cet État, en tenant compte des objectifs et des intérêts visés par le droit réel en question et des effets qui y sont liés.

9. Système non unifié

Convention de Rome, article 19

Systèmes non unifiés. – 1. Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière d'obligations contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon la présente convention. – 2. Un État dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière d'obligations contractuelles ne sera pas tenu d'appliquer la présente convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales.

Règlement Rome I, article 22

Systèmes non unifiés. – 1. Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière d'obligations contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement. – 2. Un État membre dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles juridiques en matière d'obligations contractuelles n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits concernant uniquement les lois de ces unités.

Règlement Rome II, article 25

Systèmes non unifiés. – 1. Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière d'obligations non contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement. – 2. Un État membre dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière d'obligations non contractuelles ne sera pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces unités territoriales.

Règlement Rome III, article 14 et 15

article 14 : **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 15 : **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.

Règlement Successions, articles 36 et 37

article 36 : **Systèmes non unifiés – conflits de lois territoriaux**. – 1. Lorsque la loi désignée par le présent règlement est celle d'un État qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses

propres règles de droit en matière de succession, ce sont les règles internes de conflits de lois de cet État qui déterminent l'unité territoriale concernée dont les règles de droit doivent s'appliquer. – 2. En l'absence de telles règles internes de conflits de lois : a) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions se référant à la résidence habituelle du défunt, comme faite à la loi de l'unité territoriale dans laquelle le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès ; b) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions se référant à la nationalité du défunt, comme faite à la loi de l'unité territoriale avec laquelle le défunt présentait les liens les plus étroits ; c) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu de toute autre disposition se référant à d'autres éléments comme facteurs de rattachement, comme faite à la loi de l'unité territoriale dans laquelle l'élément concerné est situé. – 3. Nonobstant le paragraphe 2, toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu de l'article 27, en l'absence de règles internes de conflit de lois dans ledit État, comme faite à la loi de l'unité territoriale avec laquelle le testateur ou les personnes dont la succession est concernée par le pacte successoral présentaient les liens les plus étroits.

article 37 : **Systèmes non unifiés – conflits de lois interpersonnels**. – Lorsqu'un État a plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes en matière de succession, toute référence à la loi de cet État s'entend comme faite au système de droit ou à l'ensemble de règles 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 le défunt présentait les liens les plus étroits s'applique.

Règlement Insolvabilité (refonte)

Règlement Régimes matrimoniaux, articles 33 et 34

article 33 : **Systèmes non unifiés — conflits de lois territoriaux**. – 1. Lorsque la loi désignée par le présent règlement est celle d'un État qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de régimes matrimoniaux, ce sont les règles internes de conflits de lois de cet État qui déterminent l'unité territoriale concernée dont les règles de droit doivent s'appliquer. – 2. En l'absence de telles règles internes de conflits de lois : a) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions relatives à la résidence habituelle des époux, comme faite à la loi de l'unité territoriale dans laquelle les époux ont leur résidence habituelle ; b) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions relatives à la nationalité des époux, comme faite à la loi de l'unité territoriale avec laquelle les époux présentent les liens les plus étroits ; c) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu de toute autre disposition se référant à d'autres éléments comme à des facteurs de rattachement, comme faite à la loi de l'unité territoriale dans laquelle l'élément concerné est situé.

article 34 : **Systèmes non unifiés — conflits de lois interpersonnels**. – Lorsqu'un État a plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes en matière de régimes matrimoniaux, toute référence à la loi d'un tel État s'entend comme faite au système de droit ou à l'ensemble de règles 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 les époux présentent les liens les plus étroits s'applique.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, articles 33 et 34

Article 33 : **Systèmes non unifiés — conflits de lois territoriaux**. – 1. Lorsque la loi désignée par le présent règlement est celle d'un État qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, ce sont les règles internes de conflits de lois de cet État qui déterminent l'unité territoriale concernée dont les règles de droit doivent s'appliquer. 2. En l'absence de telles règles internes de conflits de lois : a) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions relatives à la résidence habituelle des partenaires, comme faite à la loi de l'unité territoriale dans laquelle les partenaires ont leur résidence habituelle ; b) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu des dispositions relatives à la nationalité des partenaires, comme faite à la loi de l'unité territoriale avec laquelle les partenaires présentent les liens les plus étroits ; c) toute référence à la loi de l'État mentionné au paragraphe 1 s'entend, aux fins de la détermination de la loi applicable en vertu de toute autre disposition se référant à d'autres éléments comme à des facteurs de rattachement, comme faite à la loi de l'unité territoriale dans laquelle l'élément concerné est situé.

Article 34 : **Systèmes non unifiés — conflits de lois interpersonnels**. –Lorsqu'un État a plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, toute référence à la loi d'un tel État s'entend comme faite au système de droit ou à l'ensemble de règles 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 les partenaires présentent les liens les plus étroits s'applique.

10. Inapplicabilité du règlement aux conflits de lois internes

Convention de Rome

Règlement Rome I

Règlement Rome II

Règlement Rome III, article 16

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.

Règlement Successions, article 38

Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes. – Un État membre qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de succession ne sera pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois qui surviennent uniquement entre ces unités.

Règlement Insolvabilité (refonte)

Règlement Régimes matrimoniaux, article 35

Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes. – Un État membre qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière de régimes matrimoniaux n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois qui concernent uniquement ces unités.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 35

Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes. – Un État membre qui comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles de droit en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois qui concernent uniquement ces unités.

11. Relations avec d'autres dispositions de l'Union

Convention de Rome, article 20

Priorité du droit communautaire. – La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes.

Règlement Rome I, article 23

Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire. – À l'exception de l'article 7, le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des domaines particuliers, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles.

Règlement Rome II, article 27

Relation avec d'autres dispositions du droit communautaire. – Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles.

Règlement Rome III

Règlement Successions

Règlement Insolvabilité (refonte)

Règlement Régimes matrimoniaux

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

---

12. Relations avec les conventions internationales existantes

Convention de Rome, article 21

Relations avec d'autres conventions. – La présente convention ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant est ou sera partie.

Règlement Rome I, articles 25 et 26

article 25 : **Relation avec des conventions internationales existantes**. – 1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles. – 2. Toutefois, le présent règlement prévaut entre les États membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement.

article 26 : **Liste des conventions**. – 1. Au plus tard le 17 juin 2009, les États membres communiquent à la Commission les conventions visées à l'article 25, paragraphe 1. Après cette date, les États membres communiquent à la Commission toute dénonciation de ces conventions. – 2. Dans un délai de six mois après réception des communications visées au paragraphe 1, la Commission publie au Journal officiel de l'Union européenne : a) la liste des conventions visées au paragraphe 1 ; b) les dénonciations visées au paragraphe 1.

Règlement Rome II, articles 28 et 29

article 28 : **Relation avec des conventions internationales existantes**. – 1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière d'obligations non contractuelles. – 2. Toutefois, le présent règlement prévaut entre les États membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement.

article 29 : **Liste des conventions**. – 1. Au plus tard le 11 juillet 2008, les États membres communiquent à la Commission les conventions visées à l'article 28, paragraphe 1. Après cette date, les États membres communiquent à la Commission toute dénonciation de ces conventions. – 2. Dans un délai de six mois après leur réception, la Commission publie au Journal officiel de l'Union européenne : i) la liste des conventions visées au paragraphe 1 ; ii) les dénonciations visées au paragraphe 1.

Règlement Rome III, article 19

Liens avec les conventions internationales en vigueur. – 1. Sans préjudice des obligations incombant aux États membres participants conformément à l'article 351 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres participants sont parties au moment de l'adoption du présent règlement ou lors de l'adoption de la décision conformément à l'article 331, paragraphe 1, deuxième ou troisième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et qui règlent les conflits de lois en matière de divorce ou de séparation de corps. – 2. Toutefois, le présent règlement prévaut, entre les États membres participants, sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des questions régies par le présent règlement.

Règlement Successions, article 75

Relations avec les conventions internationales existantes. – 1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui portent sur des matières régies par le présent règlement. – En particulier, les États membres qui sont parties à la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires continuent à appliquer les dispositions de cette convention au lieu de l'article 27 du présent règlement pour ce qui est de la validité quant à la forme des testaments et des testaments conjonctifs. – 2. Nonobstant le paragraphe 1, le présent règlement prévaut, entre les États membres, sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où ces conventions concernent des matières régies par le présent règlement. – 3. Le présent règlement ne fait pas obstacle à l'application de la convention du 19 novembre 1934 conclue entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, qui comporte des dispositions de droit international privé relatives aux successions, aux testaments et à l'administration des successions, telle que révisée par l'accord intergouvernemental conclu entre lesdits États le 1er juin 2012, par les États membres qui y sont parties, dans la mesure où elle prévoit : a) des règles relatives aux aspects procéduraux de l'administration des successions définies par la convention et une assistance en cette matière de la part des autorités des États qui sont parties contractantes à la convention ; et b) une simplification et une accélération des procédures de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière de successions.

Règlement Insolvabilité (refonte), article 85

Relations avec les conventions. – 1. Le présent règlement remplace, dans les relations entre les États membres et pour les matières auxquelles il se réfère, les conventions conclues entre deux ou plusieurs de ces États, à savoir : […] – 2. Les conventions visées au paragraphe 1 continuent à produire leurs effets en ce qui concerne les procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur du règlement (CE) nº 1346/2000. – 3. Le présent règlement n'est pas applicable : a) dans tout État membre, dans la mesure où il est incompatible avec les obligations en matière de faillite résultant d'une convention conclue antérieurement à l'entrée en vigueur du règlement (CE) no 1346/2000 par cet État membre avec un ou plusieurs pays tiers ; b) au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, dans la mesure où il est incompatible avec les obligations en matière de faillite et de liquidation de sociétés insolvables résultant d'accords avec le Commonwealth applicables au moment de l'entrée en vigueur du règlement (CE) no 1346/2000.

Règlement Régimes matrimoniaux, article 62

Relations avec les conventions internationales existantes. – 1. Le présent règlement est sans incidence sur l'application des conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement ou d'une décision en vertu de l'article 331, paragraphe 1, deuxième ou troisième alinéa, du TFUE et qui concernent des matières régies par le présent règlement, sans préjudice des obligations incombant aux États membres au titre de l'article 351 du TFUE. – 2. Nonobstant le paragraphe 1, le présent règlement prévaut, entre les États membres, sur les conventions conclues entre eux dans la mesure où ces conventions concernent des matières régies par le présent règlement. – 3. Le présent règlement ne fait pas obstacle à l'application de la convention du 6 février 1931 entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède comprenant des dispositions de droit international privé sur le mariage, l'adoption et la garde des enfants, telle qu'elle a été révisée en 2006; de la convention du 19 novembre 1934 entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède, comprenant des dispositions de droit international privé relatives aux successions, aux testaments et à l'administration des successions, telle qu'elle a été révisée en juin 2012; et de la convention du 11 octobre 1977 entre le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile par les États membres qui y sont parties, dans la mesure où lesdites conventions prévoient des procédures simplifiées et plus rapides de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

Règlement Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, article 62

Relations avec les conventions internationales existantes. – 1. Le présent règlement est sans incidence sur l'application des conventions bilatérales ou multilatérales auxquelles un ou plusieurs États membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement ou d'une décision en vertu de l'article 331, paragraphe 1, deuxième ou troisième alinéa, du TFUE et qui concernent des matières régies par le présent règlement, sans préjudice des obligations incombant aux États membres au titre de l'article 351 du TFUE. – 2. Nonobstant le paragraphe 1, le présent règlement prévaut, entre les États membres, sur les conventions conclues entre eux dans la mesure où ces conventions concernent des matières régies par le présent règlement.