

GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

30^{ème} réunion (réunion virtuelle, 18-19 septembre 2020)

Compte rendu des séances de travail

Lors de sa 30^e réunion en mode virtuel, le Groupe européen de droit international privé a poursuivi ses travaux concernant l'examen du projet d'instrument sur les droits réels. Ensuite, il a entamé un débat sur le résultat recherché et sur la méthode de travail en ce qui concerne le projet de codification européenne de la partie générale de droit international privé. Le Groupe a également débattu de la réponse à donner à la consultation de la Commission européenne sur la ratification par l'Union de la Convention de La Haye de 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Enfin, le Groupe a entendu des rapports d'actualité concernant le droit de l'Union et la Cour européenne des droits de l'homme.

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

I. PROJET DE CODIFICATION EUROPÉENNE : DROIT APPLICABLE AUX DROITS RÉELS

F. GARCIMARTÍN présente le nouveau projet d'instrument sur la loi applicable aux droits réels soumis par le sous-groupe (voy. l'annexe 1), en rappelant que le texte comporte trois chapitres couvrant, respectivement, le champ d'application, les règles de conflit de lois et les dispositions générales.

Cette version tient compte des discussions de la réunion de Katowice¹, qui avaient mené à un accord sur un certain nombre de points. Il avait été notamment décidé, au niveau du champ d'application matériel de l'instrument, que le sous-groupe pourrait réfléchir à une formulation plus précise des exclusions afin de refléter la politique sous-tendant ces exclusions. Le Groupe avait également suggéré que le sous-groupe se positionne sur la nécessité d'avoir une définition du « bien en transit » et dans l'affirmative, d'examiner la place de cette définition dans le texte. Au sujet de l'article 6, relatif aux moyens de transport, le Groupe s'était accordé pour prévoir une règle de conflit de lois applicable aux biens enregistrés d'une part, et une règle pour les biens n'ayant pas fait l'objet d'un enregistrement d'autre part. Pour la première catégorie, le Groupe s'était entendu pour qu'ils soient soumis à la loi du lieu d'enregistrement, ce qui a été suivi dans le nouveau projet soumis au Groupe.

Le projet actuel soumis à discussion modifie la version antérieure sur les points suivants :

- Au sujet de la relation entre ce projet d'instrument et les autres instruments européens (dont beaucoup d'éléments ont été discutés lors de la réunion précédente), l'attention attirée sur les notes de bas de page n° 2² (sur la relation avec le règlement Rome I quant

¹ Réunion du GEDIP à Katowice, 13-15 septembre 2019.

² La note prévoit ce qui suit : « A recital should clarify that the law applicable under this Regulation determines the requirements for the creation, acquisition or transfer of a property right. When such a law requires a valid contract as a title for its creation, acquisition or transfer, the validity of the contract shall be governed by the law applicable under the Rome I Regulation. However, this Regulation does determine the law applicable to the agreement that transfer property ("proprietary agreement" = Einigung) in those legal systems where this is a condition independent from the underlying contract that simply creates an in personam obligation to transfer property ».

au droit applicable à un accord de propriété) et n° 8³ (quant au droit applicable au trust une fois valablement créé, le présent projet visant le droit applicable aux effets du trust en matière de propriété et non sa validité) ;

- Concernant la définition des biens en transit et destinés à être exportés, deux définitions fonctionnelles sont proposées dans la note de bas de page n° 10⁴ qui s'inspirent de celles prévues par la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières ;
- Quant à la règle spéciale sur les moyens de transport prévue à l'article 6 du projet, cette dernière a été limitée à la question des biens ayant fait l'objet d'un enregistrement (voy. ci-dessous). Si cette définition est acceptée, il conviendra alors de se prononcer sur la nature de l'inscription, question qui reste pendante à l'heure actuelle. La note de bas de page n° 12 en tient compte en précisant qu'un considérant pourrait clarifier la question de savoir si cette disposition couvre l'inscription à but purement administratif ou seulement les inscriptions aux fins de preuve ou de titre de propriété.

L'attention est ensuite attirée sur le problème du conflit mobile (article 8 ci-dessous), lequel est d'ailleurs en lien avec la délimitation du domaine du droit applicable (article 7 ci-dessous). Le projet du sous-groupe, après s'être penché sur les différentes alternatives possibles pour répondre à ce conflit, propose deux options (ces dernières seront discutées, voy. *infra*).

Il est précisé que l'article 7 relatif au domaine du droit applicable doit encore être examiné au sujet du point b) des certificats de titres ou des mandats en tant que preuve de la propriété.

Enfin, outre les dispositions générales du chapitre III, il reste à discuter de l'inclusion de règles spéciales concernant les biens volés et les biens culturels. Les notes de bas de page n°^s 20 et 21 incluent comme références possibles les règles spéciales établies en droit belge sur ces questions (voy. à cet égard l'annexe 1).

La discussion s'engage article par article, tout en se limitant aux points sur lesquels le Groupe n'est pas parvenu à un consensus lors de sa dernière réunion.

Article 1. Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to proprietary rights (rights in rem) in tangible assets^[1]

2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation

(a) questions involving the status or legal capacity of natural persons,

³ Aux termes de cette note, « A recital should clarify that this exclusion should not be understood as a general exclusion of trusts. Where a trust is validly created, the law applicable under this Regulation should apply to govern the trust's proprietary rights over tangible assets. Conversely, the mutual rights and obligations between the settlor of the trust, the trustee and the beneficiary are not governed by this Regulation ».

⁴ Cette note indique ce qui suit : « See Art. 101 Swiss PIL Act, Art. 88 Belgian PIL Act or 52 Italian PIL Act (but see Art. 10(1) III Spanish Civil Code). A recital should explain that (i) this provision allows, in particular, for the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the State of destination; and (ii) it presupposes that the asset eventually arrives in that State (see Art. 85 (4) UNCITRAL Model Law on Secured Transactions). Thus, it must be clarified that if a proprietary right is created while the asset is in transit under the actual *lex rei sitae*, ie by the *lex rei sitae* where the asset is physically but temporally located, this law will determine the priority between the two conflicting rights. Another recital should define the concept of assets in transit (ie assets being relocated from one State to another) and assets to be exported (ie assets destined to be moved to another State). An alternative approach is to define these terms in Article 2 ».

- (b) questions involving the capacity of legal persons,
- (c) contractual obligations[2],
- (d) non-contractual obligations[3],
- (e) the creation, acquisition or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes[4],
- (f) the creation, acquisition or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships[5],
- (g) the creation, acquisition or transfer of property rights by succession[6],
- (h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights[7],
- (i) the transfer of proprietary rights by operation of law as a consequence of company mergers, divisions or global transfers (universal succession), and
- (j) the creation, administration and dissolution of trust[8].

[1] A recital should clarify that this Regulation shall not apply, in particular, to receivables, rights to the performance of obligations other than receivables, negotiable instruments or negotiable document in electronic form, right to payment of funds credited to a bank account, certificated and book-entry securities.

[2] A recital should clarify that the law applicable under this Regulation determines the requirements for the creation, acquisition or transfer of a property right. When such a law requires a valid contract as a title for its creation, acquisition or transfer, the validity of the contract shall be governed by the law applicable under the Rome I Regulation. However, this Regulation does determine the law applicable to the agreement that transfer property ("proprietary agreement" = Einigung) in those legal systems where this is a condition independent from the underlying contract that simply creates an in personam obligation to transfer property.

[3] A recital should clarify that claims arising from damages to (intromissions emanating from, see Art. 44 EGBGB) an immovable property do not fall within the scope of this Regulation, but within Rome II.

[4] A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on matrimonial property regimes in accordance with recitals 24 to 28 of the latter instrument.

[5] Idem.

[6] A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on successions in accordance with recitals 14 to 19 of the latter instrument.

[7] A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on insolvency proceedings. The term "effects of the opening of insolvency proceedings" includes in particular, the enforcement of a proprietary right after the opening of insolvency proceedings, the ranking of claims and the avoidance of the creation or transfer of proprietary rights.

[8] A recital should clarify that this exclusion should not be understood as a general exclusion of trusts. Where a trust is validly created, the law applicable under this Regulation should apply to govern the trust's proprietary rights over tangible assets. Conversely, the mutual rights and obligations between the settlor of the trust, the trustee and the beneficiary are not governed by this Regulation.

Il est tout d'abord proposé d'ajouter, après la première phrase de la note de bas de page n° 2 le fait que l'instrument visera également l'extinction du droit de propriété. La proposition est acceptée dès lors que l'article 7, f) du projet, sur le domaine du droit applicable, vise

expressément cette question d’extinction du droit de propriété. Toujours dans le cadre de cette note n° 2, il est convenu de remplacer le terme allemand « *Einigung* » par un autre terme qui permettrait de mettre l’accent sur la notion d’accord de propriété. Le terme proposé et accepté est « *Verfügungsgeschäft* ».

La discussion s’engage ensuite sur le point h) et la note de bas de page n° 7, notamment sur sa relation avec le règlement 2015/848 relatif aux procédures d’insolvabilité (spécialement vis-à-vis de ses articles 7⁵ et 8⁶). En tenant compte de la manière dont ses dispositions sont utilisées et interprétées, il est proposé de préciser que l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité n’entraîne pas un changement du droit applicable aux droits réels.

Enfin, sous le point j) de l’article 1, la note de bas de page n° 8 devrait préciser dans quelle mesure des droits sur un bien visé par un trust entrent dans le domaine du texte en projet. Ce problème avait déjà fait l’objet de discussions lors des réunions précédentes. Il est précisé que l’instrument ne s’applique pas à la validité du trust mais bien uniquement aux effets en termes de propriété de ce trust.

Article 2. Definitions

For the purpose of this Regulation :

(a) “Proprietary rights” means rights over tangible assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, mortgages, usufructs or servitudes;

(b) “Tangible assets” means assets able to be physically possessed and includes both movable and immovable ;

L’article 2 du projet présente deux définitions qui avaient fait l’objet de discussions lors de la réunion du Groupe à Katowice et que l’article 3 avait été accepté.

Article 3. Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

L’article 3 ne fait l’objet d’aucune observation.

⁵ L’article 7 indique que « 1. Sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d’insolvabilité et à ses effets est celle de l’État membre sur le territoire duquel cette procédure est ouverte (ci-après dénommé « État d’ouverture »).

2. La loi de l’État d’ouverture détermine les conditions liées à l’ouverture, au déroulement et à la clôture de la procédure d’insolvabilité. Elle détermine notamment les éléments suivants : [...] ».

⁶ L’article 8 prévoit que « 1. L’ouverture de la procédure d’insolvabilité n’affecte pas le droit réel d’un créancier ou d’un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification, appartenant au débiteur et qui sont situés, au moment de l’ouverture de la procédure, sur le territoire d’un autre État membre. [...] ».

Article 4. General rule

The proprietary rights in an asset are governed by the law of the State within the territory of which the asset is located.[9]

[9] Though Rome I Regulation refers to “law of the country”, the recent EU instruments refer to “the law of the State”. This is also the terminology used by the Regulation on assignments.

La règle générale de l’article 4 prévoit l’application du droit de l’État sur le territoire duquel le bien est localisé. Il est précisé que le terme « State » au lieu de « Country » se base sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l’opposabilité des cessions de créances⁷. Ce choix n’est pas anodin lorsque la règle désigne le droit d’un système plurilégislatif, tel le Royaume-Uni. La formulation est maintenue car elle correspond à l’usage actuel, étant entendu que l’article 12 du projet règle spécifiquement cette hypothèse.

Article 5. Assets in transit or to be exported

The acquisition and the loss of proprietary rights in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the State of destination.[10]

[10] See Art. 101 Swiss PIL Act, Art. 88 Belgian PIL Act or 52 Italian PIL Act (but see Art. 10(1) III Spanish Civil Code). A recital should explain that (i) this provision allows, in particular, for the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the State of destination; and (ii) it presupposes that the asset eventually arrives in that State (see Art. 85 (4) UNCITRAL Model Law on Secured Transactions). Thus, it must be clarified that if a proprietary right is created while the asset is in transit under the actual *lex rei sitae*, ie by the *lex rei sitae* where the asset is physically but temporally located, this law will determine the priority between the two conflicting rights. Another recital should define the concept of assets in transit (ie assets being relocated from one State to another) and assets to be exported (ie assets destined to be moved to another State). An alternative approach is to define these terms in Article 2.

Un membre relève d’abord que les notes de bas de page du projet, destinées aux considérants du futur instrument, vont généralement trop loin. L’exemple est pris de la note n° 10 qui traite un point de substance et qui, de ce fait, doit se trouver dans le texte et non dans les considérants, ces derniers devant se limiter à interpréter des notions. Il est relevé que cela correspond d’ailleurs à l’approche des principes UNCITRAL. Il est proposé que le texte de la note 10 s’ajoute à celui de l’article 5. La discussion fait toutefois apparaître qu’il serait plus cohérent de placer ce texte à l’article 2, lequel consacre un certain nombre de définitions.

L’hypothèse du bien qui n’arrive pas à destination est ensuite évoquée, rien n’étant prévu dans ce cas au niveau du droit applicable. Il est répondu que c’est alors la règle générale de l’article 4 qui s’applique sans qu’il y ait besoin de le préciser dans la disposition.

Une autre interrogation porte sur les biens stockés dans un entrepôt. Un membre relève qu’en général, ce cas ne pose pas de problème car, étant en entrepôt, ils sont destinés à être exportés et le sont dans les faits. Ainsi, la règle telle que formulée dans le projet couvrirait les biens

⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l’opposabilité des cessions de créances, COM/2018/096 final - 2018/044.

destinés à être exportés et ceux ayant commencé leur transit. Dans ces deux cas, la même loi s'applique. D'autres membres indiquent qu'il serait plus clair de préciser, dans la disposition relative aux biens en transit, une durée telle que « goods that are to be shortly exported » ou « agreed to be exported ». Cela permettrait d'exprimer clairement que l'article 5 est une exception à l'article 4 et trouve à s'appliquer si les biens ont quitté l'État d'origine ou sont sur le point de le quitter. D'autres membres ajoutent qu'une précision pourrait aussi être apportée, aux termes de laquelle les biens destinés à être exportés le sont suite à un accord contraignant (cet accord étant la base pour appliquer l'article 5).

Différents problèmes sont cependant soulevés, quant au fait d'abord que le terme « shortly » reste vague et ambigu et qu'il faudrait indiquer une durée (en semaines, mois, etc.). Ensuite, l'accord contraignant pose la question de savoir qui est visé par cet accord, et un déplacement peut aussi avoir été décidé par le propriétaire sans conclusion d'un tel accord.

Il est convenu que le texte doit rester en l'état pour le moment, étant entendu qu'il y a accord sur la substance. Au demeurant, une tentative de clarification du texte pourrait à son tour engendrer d'autres interrogations.

Article 6. Means of transport[11]

The proprietary rights in an aircraft, vessel or railway vehicle subject to registration are governed by the law of the State under the authority of which the register is kept.[12]

[11]See Art. 45 EGBGB, Art. 89 Belgium PIL Act, Art. 10 (2) Spanish CC;

[12]A recital should clarify whether this provision covers registration for mere administrative purposes, or only registers that evidence entitlements or proprietary rights.

L'article 6 suscite des questions à propos d'autres moyens de transport que ceux mentionnés dans le texte, tels les camions ou autres véhicules automobiles, voire des engins spatiaux, telles les fusées de lancement de satellites. S'agissant des premiers, en constant déplacement, la jurisprudence allemande se réfère au lieu d'enregistrement ; d'autres les considèrent comme des biens en transit. Il est décidé de laisser le texte en l'état, sans exclure toute règle spéciale pour les engins spatiaux.

Article 7. Scope of the applicable law

[Without prejudice to Article 8][13] The law applicable pursuant to this Regulation shall govern, in particular :

- (a) the requirements to create, transfer or acquire a proprietary right over an asset ;
- (b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be evidenced by a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate[14] ;
- (c) the priority between competing proprietary rights over the same asset ;
- (d) the nature and content of the proprietary rights over an asset ;
- (e) the enforcement of security interest over an asset ; or
- (f) the extinction or loss of a property right.

[13] As regards the structure, there are two possible approaches: (i) Either to place Article 8 as a sort of exception/clarification of Article 7; (ii) or to place it after Article 4. In the latter case, the clause “without prejudice” would not be necessary.

[14] A recital should explain the consequences, ie if the assets is covered by a negotiable instrument, the transfer of proprietary rights over the physical asset may take place by endorsement or delivery of the instrument. See, for a different approach, Art. 106 Swiss PIL or Art. 91(3) Belgium PIL Act.

Dans l’article 7, il est proposé de remplacer, à la lettre b), le terme « evidenced » par le terme « embodied ». Ce changement permet de clarifier le fait que cet instrument ne couvre pas le transfert du certificat mais uniquement le bien physique.

La discussion est également engagée sur la note de bas de page n° 14 et sur ce qu’elle tente de clarifier. Un membre relève que si la loi désignée comme applicable par le projet d’instrument concerne notamment la question de la propriété d’un bien pouvant ou non être établie par un certificat de propriété (soit le point b) de l’article 7), cela entre en conflit avec la *lex carta sitae*. L’exemple est donné d’un bien transféré dans un autre État. En application des règles de conflit de lois de cet Etat, il est possible que ce bien soit soumis au droit de l’État sur le territoire duquel se situe le certificat de propriété. Il est répondu que si le certificat représente le bien, ce dernier sera soumis à la *lex rei sitae* et cela correspond donc à une question couverte par le projet d’instrument. Il est ajouté que le projet ne concerne pas la validité de l’approbation ou de la délivrance du certificat de propriété. Une proposition est émise de clarifier le tout et d’indiquer que l’instrument ne vise pas le transfert du certificat mais simplement le bien physique ainsi que le bien qui serait représenté par ce certificat. Un membre suggère alors d’ajouter une règle spéciale pour le problème non visé par l’actuel projet d’instrument, étant une règle de conflit spéciale pour les titres négociables.

Article 8. [conflit mobile] Protection of acquired rights

Option A

1. This Article applies if there is a change of the connecting factor that determines the applicable law under this Regulation[15].

2. In this Article -

- a) "the new law" means the law applicable under this Regulation after the change;
- b) "the old law" means the law applicable under this Regulation before the change.

3. When a proprietary right has been acquired under the old law, this law continues to govern the existence of a proprietary right created before the change of the applicable law[16].

4. The new law governs the extent and the exercise of a proprietary right created under the old law[17] and the priority between a proprietary right created under the old law and a competing proprietary right created under the new law.

5. Where a person invokes a proprietary right to which he is entitled under the old law and the new law does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted [transposed] to the closest equivalent right in rem under the law of that State, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right in rem and the effects attached to it[18].

6. If a proprietary right has not been acquired under the old law previously to the change of law, as to the acquisition of a proprietary right under the new law, facts that took place under the old law are considered as if they took place under the new law[19].

Option B

1. Sauf dans les cas prévus aux articles 5 et 6, lorsque le bien a été déplacé du territoire d'un Etat à un autre, un droit réel acquis conformément à la loi du premier Etat continue de régir l'existence d'un tel droit après le déplacement.

2. Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu du paragraphe 1 et que la loi désignée en vertu de l'article 4 après le déplacement du bien 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 cette loi en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés.

3. Lorsqu'un droit réel n'a pas encore été acquis en vertu du paragraphe 1, il est tenu compte de faits survenus avant le déplacement lors de l'application de la loi applicable en vertu de l'article 4 après le déplacement.

[15] An alternative formulation may be: "This Article applies if the asset is moved from one State to another", but it would not cover the means of transport governed by Article 6.

[16] A recital should explain that this provision entails the obligation to recognize "proprietary rights" validly created under the law of the State where the asset was at the time of creation of the right.

[17] See Art. 43 (2) EGBGB; Art. 100 (2) Swiss PIL Act.

[18] See, e.g., Art. 31 of the Succession Regulation, the corresponding recitals should also be included in this Regulation (recitals 16 and 17).

[19] See Art. 43 (3) EGBGB; Art. 102 Swiss PIL Act. This solution could also be included in the recital as an interpretative criteria of the general rule.

L'article 8 présente deux options afin de répondre au problème du conflit mobile. Celles-ci tentent de combiner deux objectifs potentiellement conflictuels, étant d'une part le maintien de

la règle aussi clairement et simplement que possible, et d'autre part l'adoption d'une solution fonctionnelle pour répondre aux différents scénarios pouvant surgir dans ce contexte. L'option A se base sur la définition prévue à l'article 7 de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, tout en simplifiant et en s'adaptant à la spécificité de l'instrument en projet. Quant à l'option B, elle arrive au même résultat que l'option A tout en présentant une formulation plus simple et moins descriptive que l'option A. Les notes de bas de page n^{os} 15 à 19 expliquent par ailleurs quelques problèmes liés aux différentes formulations.

D'emblée, un membre relève que l'option A semble couvrir plus d'hypothèses que l'option B, étant plus neutre et plus descriptive (favorisant la compréhension du conflit mobile, comme cela se fait dans d'autres instruments). Aux termes de l'option A, un bien déplacé dans un autre État ne perd pas le droit de propriété qui y est attaché (§3 de l'option A). La nouvelle loi va cependant régir l'étendue et l'exercice du droit de propriété créé en application de l'ancien droit et règle également un potentiel conflit qui surgirait entre ces lois (§4 de l'option A). Cette option prévoit également le principe d'adaptation (§5) ainsi que l'hypothèse de biens volés qui entrerait dans le cadre du §6.

La discussion fait apparaître une volonté de supprimer les paragraphes 1 et 2 (redondants notamment par rapport à ce qui est prévu au paragraphe 3), et de reformuler le paragraphe 3 afin de viser également les biens déplacés d'un État à un autre. Le paragraphe 4, qui prévoit notamment une règle de priorité en cas de conflit (l'exemple est pris de biens volés puis acquis par une tierce personne de bonne foi), pourrait être précisé. Pour certains membres, l'étendue du domaine de la nouvelle loi (existence, étendue du droit) va trop loin, et il conviendrait d'ajouter une règle de conflit spéciale en faveur du possesseur de bonne foi, à l'exemple de l'article 92 du Code belge de droit international privé.

L'option B, quant à elle, rejoint en substance l'option A, la seule différence étant la formulation du premier paragraphe et du second. Cette option se veut plus concise en supprimant notamment les définitions des termes ancienne loi et nouvelle loi. Sous cette formulation différente, l'accent est mis sur le fait que le principe qui prévaut est l'application de l'article 4, l'exception étant le maintien des droits acquis (§1 de l'option B). Cette option fait par ailleurs l'économie du paragraphe 4 de l'option A, ce dernier reflétant l'article 4 du projet. Un membre relève que la formulation du paragraphe 1 de cette option devrait être revue, notamment quant à la réserve concernant les articles 5 et 6 (examiner si la réserve vaut pour chaque article, et s'il faut une précision dans une note de bas de page) et quant à la syntaxe, il est suggéré de reformuler la phrase comme suit : « lorsque le bien a été déplacé du territoire d'un État à un autre, un bien acquis conformément à la loi du premier État, continue d'être régi par la loi de cet État après le déplacement » ; ou encore : « Le déplacement d'un bien du territoire d'un Etat à un autre n'affecte pas l'existence d'un droit réel acquis conformément à la loi du premier Etat ».

En conclusion, si le Groupe s'accorde sur la substance de l'article 8, il n'y a pas de consensus quant à sa formulation.

Enfin, il reste à examiner la question des biens volés ainsi que des biens culturels, non encore traités lors de la réunion précédente.

Il convient d'abord de déterminer l'inclusion ou non d'une règle spéciale. L'affirmative risque d'ajouter un temps considérable pour la finalisation du projet, dès lors qu'un accord ne sera pas atteint rapidement. Il est suggéré de travailler séparément sur une proposition de règle spéciale,

quitte à l'inclure plus tard dans le projet actuel sur les droits réels, une fois que celui-ci aura été finalisé sur les points ayant été discutés et qu'il aura été publié.

Certains membres indiquent que tout en étant en accord avec l'exclusion des biens culturels vu leur nature particulière — en particulier le régime de la directive de 2014/60, dont la portée en termes de conflit de lois a été interprétée diversement par les lois de transposition —, il en va autrement des biens volés le soient aussi. Ils souhaitent donc que ces biens soient pris en compte dans le projet actuel. Ils ajoutent qu'en tout état de cause, à moins de prévoir une exclusion expresse, les biens volés sont couverts par le projet actuel.

En conclusion, en vue de la réunion de 2021, le sous-groupe adaptera certaines dispositions des articles 1 à 8 sans en modifier la substance. Par ailleurs, les membres du Groupe soumettront à bref délai leurs observations sur les articles 1 à 8 au sous-groupe, afin qu'il finalise une nouvelle version provisoire pouvant être diffusée.

Au terme de cette consultation à distance, le sous-groupe a établi la version provisoire suivante :

The law applicable to rights in rem in tangible assets

Provisional draft, 31.10.2020

Chapter I. Scope

Article 1. Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to proprietary rights (rights *in rem*) in tangible assets⁽¹⁾.
2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation
 - (a) questions involving the status or legal capacity of natural persons,
 - (b) questions involving the capacity of legal persons,
 - (c) contractual obligations⁽²⁾,
 - (d) non-contractual obligations⁽³⁾,
 - (e) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes⁽⁴⁾,
 - (f) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships⁽⁵⁾,

⁽¹⁾ A recital should clarify that this Regulation shall not apply, in particular, to receivables, rights to the performance of obligations other than receivables, negotiable instruments or negotiable document in electronic form, right to payment of funds credited to a bank account, certificated and book-entry securities.

⁽²⁾ A recital should clarify that when the law applicable under this Regulation requires a valid contract as a title for the creation, acquisition or transfer of a right in rem, the validity of the contract shall be governed by the law applicable under the Rome I Regulation. However, this Regulation does determine the law applicable to the agreement that transfer property ("proprietary agreement" = Verfügungsgeschäft) in those legal systems where this is a condition independent from the underlying contract that simply creates an in personam obligation to transfer property.

⁽³⁾ A recital should clarify that claims arising from damages to (intromissions emanating from, see Art. 44 EGBGB) an immovable property do not fall within the scope of this Regulation, but within Rome II.

⁽⁴⁾ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on matrimonial property regimes in accordance with recitals 24 to 28 of the latter instrument.

⁽⁵⁾ *Idem.*

- (g) the creation, acquisition or transfer of property rights by succession⁽⁶⁾,
- (h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights⁽⁷⁾,
- (i) the transfer of proprietary rights by operation of law as a consequence of company mergers, divisions or global transfers (universal succession), and
- (j) the creation, administration and dissolution of trusts⁽⁸⁾.

Article 2. Definitions

For the purpose of this Regulation:

- (a) “Proprietary rights” means rights over tangible assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, mortgages, usufructs or servitudes;
- (b) “Tangible assets” means assets able to be physically possessed and includes both movable and immovable;
- (c) “asset in transit” means an asset being relocated from one State to another
- (d) “asset to be exported” means an asset destined to be moved to another State

Article 3. Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

Chapter II. Uniform rules

Article 4. General rule

The proprietary rights in an asset are governed by the law of the State within the territory of which the asset is located.

Article 5. Assets in transit (res in transit) or to be exported

The acquisition and the loss of a proprietary right in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the State of destination, provided that the asset reaches that State⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾.

Article 6. Means of transport

⁽⁶⁾ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on successions in accordance with recitals 14 to 19 of the latter instrument.

⁽⁷⁾ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on insolvency proceedings along these lines: In principle, and notwithstanding the opening of insolvency proceedings, the law applicable under this Regulation continues to apply; however, this does not prejudice the application of the special rules governing insolvency proceeding and their effects upon proprietary rights. The term “effects of the opening of insolvency proceedings” includes in particular, the enforcement of a proprietary right after the opening of insolvency proceedings, the ranking of claims and the avoidance of the creation or transfer of proprietary rights.

⁽⁸⁾ A recital should clarify that this exclusion should not be understood as a general exclusion of trusts. Where a trust is validly created, the law applicable under this Regulation should apply to the transfer by the settlor of proprietary rights in tangible assets to the trustee, and any proprietary rights of the trustee and the beneficiaries in the tangible trust assets

⁽⁹⁾ A recital should explain that: (i) this provision allows, in particular, for the determination of the law applicable to the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the State of destination; (ii) if the asset does not reach the State of destination, the general rule applies. – There is an *issue warranting a brief further discussion by the group*. This is whether an operative provision should be included saying that as to assets in transit, if a proprietary right is created under the actual *lex rei sitae*, ie the law of the place where the asset is physically but temporarily located, that law will determine the priority between the two conflicting rights.

⁽¹⁰⁾ Several members of the Group advocated for including an additional condition linked to an agreement by the parties on the application of the *lex destinationis* or to a certain period of time prior to the exportation of the asset from the State of origin. This question is still pending for further discussion.

The proprietary rights in an aircraft, vessel or railway vehicle subject to registration are governed the law of the State under the authority of which the register is kept.⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

Article 7. Scope of the applicable law

Without prejudice to Article 8, the law applicable pursuant to this Regulation shall govern, in particular:

- (a) the requirements to create, transfer, encumbered or acquire a proprietary right over an asset;
- (b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be embodied in a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate⁽¹³⁾;
- (c) the priority between competing proprietary rights over the same asset;
- (d) the nature and content of the proprietary rights over an asset;
- (e) the enforcement of security interest over an asset; or
- (f) the extinction or loss of a property right

Article 8. Protection of acquired rights

1. When there is a change of the applicable law in accordance with this Regulation and a proprietary right has been acquired under the former law, this law continues to govern the existence of such a right.⁽¹⁴⁾

2. The new law governs the extent and the exercise of that proprietary right, and the priority between that proprietary right and a competing proprietary right created under the new law.

3. Where a person invokes a proprietary right to which he is entitled under the law referred to in paragraph 1 and the law referred to in paragraph 2 does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted [transposed] to the closest equivalent proprietary right under the law referred to in paragraph 2, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right and the effects attached to it.

4. If a proprietary right has not been acquired under the law referred to in paragraph 1 previously to the change of law, as to the acquisition of a proprietary right under the law referred to in paragraph 2, facts that took place under the old law are considered as if they took place under the new law

[Flexibility]⁽¹⁵⁾

[Stolen assets and cultural goods]⁽¹⁶⁾

⁽¹¹⁾ A recital should clarify that this provision only covers registers that evidence entitlements or proprietary rights.

⁽¹²⁾ Some members of the Group have suggested the extension of this provision to other means of transport, in particular automobiles, rocket engines or spacecrafts (or means of transport for these assets). This question is still pending for further discussion.

⁽¹³⁾ A recital should explain the consequences, ie if the asset is covered by a negotiable instrument, the transfer of proprietary rights over the physical asset may take place by endorsement or delivery of the instrument. But this Regulation does not determine the law applicable to the transfer of the instrument itself.

⁽¹⁴⁾ A recital should clarify that this provision is not limited to a change of the applicable law in accordance with the main rule, ie Article 4, but may also apply when, for example, there is a change of the applicable law under Article 6 if the asset is de-registered from State A and register in State B.

⁽¹⁵⁾ Some members of the subgroup have advocated for the inclusion of some provisions to provide more flexibility to the rules laid down in Articles 4 to 8. One option would be to include an escape clause, eg. Article X:

“If there is a substantially closer connection with the law of a State other than that which would apply under articles 4 to 8, then that law shall apply”

Another alternative would be to include special rules for particular situations, e.g. assets that form part of a patrimony, statutory liens or bulk goods.

This issue is also pending for further discussion within the Group. The subgroup will prepare some proposals for the next meeting of the Group

⁽¹⁶⁾ The addition of special rules for stolen assets and cultural goods is still “work in progress”. A subgroup coordinated by Symeon will take care of presenting a proposal for the next meeting of the Group.

II. CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN : LES PRINCIPES DU DROIT EUROPÉEN ET LEUR INCIDENCE SUR LES RÈGLES DE LA PARTIE GÉNÉRALE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN

F. JAULT-SESEKE présente le document de travail soumis par le sous-groupe (voy. l'annexe 2). Lors de la dernière réunion du Groupe l'idée a émergé de travailler sur la partie générale d'un Code européen de droit international privé, en commençant par une identification des principes pertinents de droit primaire et en indiquant en quoi ces principes influencent le droit international privé. Le but n'est pas de rédiger un code qui serait une copie d'un code national de droit international privé. Il est plutôt de cibler l'essence même du droit international privé européen. Le sous-groupe a ainsi réalisé une première sélection, sans prétendre à l'exhaustivité (elle devra donc encore être complétée).

Le sous-groupe s'est réuni à plusieurs reprises, de manière virtuelle en raison des conditions sanitaires. Les membres se sont répartis entre eux les principes à traiter, chaque principe faisant l'objet d'une fiche contenant une définition, la mise en contexte de ce principe et son incidence sur les différentes règles de droit international privé (en se référant aux textes européens et à la jurisprudence de la Cour de justice). Il est rapidement apparu qu'il était nécessaire, dans le cadre d'un travail sur une partie générale de droit international privé, de lister également des notions importantes de droit international privé. Le sous-groupe a dès lors opté pour une double démarche, déductive et inductive, ce qui l'a conduit à analyser à la fois les principes généraux du droit de l'Union et à rechercher leur influence sur le droit international privé mais également certaines notions de droit international privé en s'interrogeant sur la façon dont elles étaient influencées par les principes du droit de l'Union.

Le document soumis au Groupe comporte donc deux parties (21 fiches au total), l'une sur les principes généraux du droit de l'Union et l'autre sur les notions de droit international privé. Étant donné que le travail porte sur une partie générale, il n'y a pas eu de tri dans ces principes et notions en fonction de la matière du statut personnel, contractuelle, etc. Le document est par ailleurs assorti d'un tableau comparatif portant sur 12 notions relevant de la partie générale du droit international privé et qui se retrouvent dans différents règlements européens. Ce tableau permet de relever l'acquis européen. Il permet également de mettre en lumière les points restés en-dehors de l'intervention du législateur européen. Par exemple, la nationalité des personnes physiques, l'application du droit étranger, la fraude à la loi, le rôle de la méthode de la reconnaissance et de la méthode conflictuelle — dont on ne trouve pas trace dans le discours récent sur l'état de l'Union qui a pourtant appuyé l'importance de la méthode de la reconnaissance⁸.

Les membres reconnaissent l'ampleur du travail réalisé, tout en relevant d'emblée la question de leur exploitation immédiate, tantôt comme une encyclopédie académique à publier comme telle, tantôt comme un outil aidant à déterminer l'axe d'un travail futur. Le document soumis répond au mandat donné lors de la réunion du Groupe à Katowice, où il avait été convenu qu'avant toute décision sur une codification générale du droit international privé européen, un sous-groupe se chargerait d'établir une liste des principes du droit de l'Union et de déterminer leur contenu et portée, et plus précisément leur incidence sur les règles de droit international privé.

⁸ Discours sur l'état de l'Union de la présidente von der Leyen en session plénière du Parlement européen, 16 septembre 2020, disponible via le lien suivant : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/speech_20_1655.

Il convient à présent de déterminer une feuille de route pour la poursuite des travaux du sous-groupe. La question se pose de savoir s'il convient de procéder à une codification. En cas de réponse affirmative, il conviendra de déterminer quel résultat le Groupe souhaite atteindre. À l'heure actuelle, il semblerait qu'une rédaction de toute la partie générale de droit international privé soit trop ambitieuse à bref délai. Il est donc proposé de procéder à la rédaction des dispositions relatives à des notions de droit international privé qui n'ont pas été abordées par le législateur européen ou qui l'ont été mais de manière peu satisfaisante, voire de manière incohérente. Une suggestion est émise pour commencer ce travail par les lois de police — en partant déjà des différences existant dans les règlements Rome I et Rome II quant à la notion et à sa mise en œuvre — par l'application du droit étranger et par l'autorité de la règle de conflit.

Concernant le but recherché, il est d'emblée suggéré par certains membres d'en faire une sorte d'encyclopédie ou de dictionnaire, voire une sorte de guide. Si l'idée reste de faire une codification générale (sous forme d'articles ou de résolution ou d'embryon de code), la sélection des principes devrait se faire en fonction des lacunes qu'ils permettraient de combler dans les règles concrètes et particulières du droit international privé, comme cela se fait dans les codifications nationales, lesquelles contribuent à la lecture de l'interprétation du *corpus iuris*. Il est fait observer que chacune des listes répond à un objectif propre. Alors que la liste 2 (principes de conflit de lois) est de nature à configurer la partie générale d'un code, la liste 1 (principes du droit primaire) se prête moins à rédiger des règles qu'à fournir une analyse académique aidant à identifier lacunes et inhérences de règles de conflit ou de leur interprétation. Ces principes n'ont donc pas vocation à intégrer la partie générale d'un code. Il s'agit d'un travail préliminaire dont le but est de déterminer la manière de prendre en compte le droit européen lorsque l'on réfléchit au droit international privé. Partant, lorsque des dispositions générales de droit international privé européen devront être rédigées, le travail effectué préalablement sur les principes généraux du droit primaire se retrouvera plutôt dans les préambules. Le travail réalisé permet déjà de voir ce qui ressort du droit européen et peut s'avérer utile lors de la rédaction d'une disposition de droit international privé qui soit conforme au droit européen.

Quant au tableau comparatif joint au document, il est suggéré – pour les comparaisons effectuées – d'y ajouter des conventions internationales auxquelles l'Union est partie. Ces dernières peuvent contenir également d'autres principes généraux qu'européens. Il est entendu que ces conventions seront ajoutées et prises en compte pour le travail futur du sous-groupe. Par ailleurs, d'autres matières, telles la propriété intellectuelle et la protection des données personnelles, pourront être intégrées afin de ne pas se limiter uniquement aux règlements européens comportant des règles de conflit de lois mais de couvrir toute règle de droit international privé présente dans le droit dérivé.

Par ailleurs, les fiches devraient veiller à intégrer la jurisprudence pertinente de la Cour de justice. Par exemple, l'abus de droit et sa relation avec l'autonomie de la volonté sont évoqués dans l'arrêt *Vinyls*⁹. Dans cette affaire, la Cour est amenée à examiner l'ampleur du pouvoir des parties de choisir la loi applicable dans un contrat purement interne, en lien avec le règlement insolvabilité. Elle conclut que les parties peuvent faire un choix de loi dans cette hypothèse, la limite étant que ce choix n'a pas été fait de manière abusive ou frauduleuse.

Le Groupe arrive à la conclusion que le document soumis devra être complété et enrichi par tous les membres, l'actuel document ne présentant que les premières réflexions pour dégager les

⁹ C.J.U.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 8 juin 2017, *Vinyls Italia SpA contre Mediterranea di Navigazione SpA*, C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433.

lignes directrices de l'influence du droit européen sur le droit international privé. Dans sa version actuelle, il n'a pas vocation à être publié comme travail académique, sans exclure qu'à terme il puisse aider les opérateurs du droit, à savoir le législateur européen lorsqu'il s'apprête à adopter un nouveau texte afin que la cohérence soit maintenue, les tribunaux, voire la doctrine pour l'aider à résoudre des lacunes.

En conclusion, un consensus est atteint quant à la suite des travaux :

- Il conviendra de choisir deux ou trois principes/notions qui seront discutés (par exemple, les lois de police) afin de parvenir à les formuler de manière générale et d'en discuter au sein du Groupe lors de la réunion de l'année prochaine. Une fois formulés, ces principes pourraient être rediscutés et précisés lors de chaque projet du Groupe sur des matières plus spécifiques, comme par exemple dans le cadre du projet d'instrument en matière de droits réels qui contient une série de dispositions générales. Un membre indique qu'il pourrait aussi être utile de partir des matières spécifiques dans lesquelles les principes généraux s'expriment et de voir en quoi les différences remarquées sont justifiées, pour réfléchir ensuite à la manière de formuler la disposition de manière générale. Ainsi, la notion de lois de police est traduite différemment dans les règlements Rome I et II, par rapport au règlement succession et ce, de manière délibérée, sans que le législateur puisse s'appuyer, à l'occasion d'un débat sur une matière particulière, sur un principe général préalablement identifié. Il est donc utile de prendre les principes généraux pour eux-mêmes et non de les élaborer exclusivement en se basant sur les matières spécifiques. Cela s'est déjà avéré problématique, dans le cadre notamment du règlement RGPD qui est incohérent du fait qu'il ait été adopté sans avoir eu égard aux principes généraux du droit international privé. Inversement, les règles de conflit de lois ne peuvent pas ignorer l'incidence éventuelle d'un principe du droit primaire, tels les principes d'équivalence et de proportionnalité à propos des lois de police.
- Le document fera l'objet d'une publication sur le site du Groupe, en tant que travail en élaboration, après que tous les membres auront pu le compléter et l'enrichir par des références à la jurisprudence de la Cour de justice et, de manière limitée, à la doctrine. Le sous-groupe intégrera ces commentaires, afin que le document apparaisse comme un document du Groupe.

III. RÉPONSE À LA CONSULTATION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE - ADHÉSION DE L'UNION À LA CONVENTION DE LA HAYE DE 2019 SUR LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS (« CONVENTION JUGEMENTS »)

J. BASEDOW présente une proposition de position du Groupe relative à la ratification de la Convention Jugements par l'Union (voy. l'annexe 3). L'adhésion de l'Union serait un premier pas vers une réglementation plus cohérente de la reconnaissance et de l'exécution dans les États membres des décisions provenant d'États tiers. Actuellement, le régime varie d'un État membre à l'autre. Par ailleurs, ces États ont perdu la possibilité de conclure des traités internationaux dès lors que la matière relève désormais de la compétence exclusive de l'Union.

Une adhésion serait d'ailleurs en accord avec les orientations politiques générales de l'Union, soit la promotion du commerce mondial, le multilatéralisme et le soutien de la Conférence de La Haye. Elle ferait également suite à l'adhésion à la Convention de La Haye de 2005¹⁰.

En pratique, cette adhésion doit être mise en œuvre par une décision du Conseil, prise sur la base d'une proposition de la Commission et après le consentement du Parlement européen, par une majorité qualifiée au sein du Conseil. La question est alors de savoir s'il sera possible d'obtenir cette majorité au sein des États. La réponse sera fonction de la comparaison entre les règles prévues dans la Convention Jugements et les règles nationales. À cet égard, une classification peut être effectuée en trois groupes entre les États dits libéraux (par exemple, l'Italie, la Pologne, etc...) et les États moins libéraux. Les premiers se limitent à vérifier si les décisions provenant d'un État tiers respectent les garanties procédurales de l'État d'origine. Pour eux, l'adhésion à la Convention ne posera pas de souci, dès lors que le système proposé s'apparente au leur. D'autres États (Allemagne, Autriche, République tchèque, etc...), tout en vérifiant le respect des règles procédurales de l'État d'origine, ajoutent une condition supplémentaire de réciprocité. Elle est parfois instrumentalisée pour le refus de reconnaissance de décisions provenant d'États où l'indépendance de la justice n'est pas assurée. Pour les États de ce groupe, l'adhésion à la Convention sera moins évidente en cas de manque de réciprocité (par exemple, l'Allemagne refuse régulièrement de reconnaître des décisions russes, du fait de l'absence de réciprocité). Un troisième groupe d'États (Pays-Bas et pays nordiques) refusent d'exécuter des décisions provenant d'États tiers en l'absence d'instrument international en la matière. Pour ces États, l'adhésion à la Convention sera une étape significative vers la libéralisation, qu'ils ne seront pas nécessairement prêts à franchir. Il n'est dès lors pas certain qu'une majorité qualifiée soit obtenue au sein du Conseil, du fait que les États des groupes 2 et 3 risquent de s'y opposer.

Ce risque est d'ailleurs aggravé par le fait que les États tiers vont pouvoir ratifier cette Convention, indépendamment de la qualité et de l'indépendance de leur système judiciaire. Cela aura pour conséquences que l'Union sera dans l'obligation de reconnaître et d'exécuter les décisions provenant de ces États et ce, sans pouvoir en analyser les motifs. La réserve de l'ordre public ne suffit pas pour se protéger contre de tels jugements. Le seul remède réside dans l'article 29 de la Convention¹¹, lequel permet de faire une déclaration aux termes de laquelle un État partie décide de ne pas être en relations avec un autre État contractant. Cela étant dit, vu que l'Union serait contractante à cette Convention, il serait utile d'adapter ce mécanisme. À l'heure actuelle, une telle notification suppose une décision du Conseil, la Commission pouvant initier une proposition. Une fois l'Union partie à cette Convention, l'adhésion d'un État tiers

¹⁰ Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.

¹¹ Article 29 - Établissement de relations en vertu de la Convention :

« 1. La présente Convention ne produit des effets entre deux États contractants que si aucun d'entre eux n'a transmis de notification au dépositaire à l'égard de l'autre conformément aux paragraphes 2 ou 3. En l'absence d'une telle notification, la Convention produit des effets entre deux États contractants dès le premier jour du mois suivant l'expiration de la période pendant laquelle les notifications peuvent être faites.

2. Un État contractant peut notifier au dépositaire, dans les 12 mois suivant la date de la notification par le dépositaire visée à l'article 32(a), que la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion d'un autre État n'aura pas pour effet d'établir des relations entre ces deux États en vertu de la présente Convention.

3. Un État peut notifier au dépositaire, lors du dépôt de son instrument en vertu de l'article 24(4), que sa ratification, son acceptation, son approbation ou son adhésion n'aura pas pour effet d'établir des relations avec un État contractant en vertu de la présente Convention.

4. Un État contractant peut à tout moment retirer une notification qu'il a faite en vertu des paragraphes 2 ou 3. Ce retrait prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de trois mois à compter de la date de notification ».

« indésirable » a pour effet d'empêcher les États membres de décider ou non de reconnaître les décisions en provenance de ces États. Le rapporteur indique que les États membres devraient pouvoir disposer du droit d'initier une décision du Conseil quant aux déclarations en application de l'article 29 de la Convention.

Par ailleurs, il semble au rapporteur que l'Union devrait déposer une déclaration en application de l'article 19 de la Convention¹² en vue de protéger ses propres intérêts financiers ainsi que ceux des États membres. L'exemple est donné d'un litige impliquant l'Union et se déroulant en-dehors du territoire de l'Union et dont le créancier veut ensuite faire exécuter la décision dans l'Union. Aux termes de l'article 19 précité, on se trouve en-dehors du domaine de la Convention. Le rapporteur indique donc qu'il serait intéressant d'inclure les États membres comme parties auxiliaires, surtout dans des situations où un État membre serait poursuivi dans un État tiers.

Il conviendrait également de s'interroger sur la pertinence de l'adage *exequatur sur exequatur ne vaut*. Pour le rapporteur, celui-ci ne pourra probablement pas être maintenu au sein de l'Union au sujet de décisions prises dans un État membre sur la reconnaissance et l'exécution d'une décision d'un État tiers. Cette maxime ne lui paraît pas conciliable avec le fait que l'Union sera partie à cette Convention. De plus, l'adhésion de l'Union devrait s'accompagner d'une règle commune de compétence pour connaître de demandes de reconnaissance et d'exécution de décisions d'États tiers. Il conviendrait de se référer au domicile du débiteur et à défaut, à la localisation des biens du débiteur. De même, des règles de procédure pourraient être nécessaires, à l'instar de celles contenues dans le règlement Bruxelles Ibis.

A. BONOMI appuie la présentation du rapporteur, en renvoyant à sa propre note de travail (voy. l'annexe 4). Il est important d'encourager cette adhésion, mais le rôle du Groupe est d'apporter quelques clarifications nécessaires préalables.

Tout d'abord, au sujet de l'article 15 de la Convention¹³ (point également soulevé par C. KESSEDIAN, l'annexe 5), cette disposition prévoit la possibilité pour les États de reconnaître une décision à des conditions plus favorables et ce, si le droit national le permet. On part donc de l'idée que dans le cadre d'une adhésion de l'Union, cet article doit permettre aux États membres de faire usage de cette faculté en appliquant leurs propres normes internes qui seraient plus favorables. Il semble que cela puisse être confirmé par l'article 27 (2) de la Convention¹⁴ et pour

¹² Article 19 - Déclarations relatives aux jugements concernant un État :

« 1. Un État peut déclarer qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux jugements issus de procédures auxquelles est partie :

(a) cet État ou une personne physique agissant pour celui-ci ; ou

(b) une agence gouvernementale de cet État ou toute personne physique agissant pour celle-ci.

L'État qui fait une telle déclaration s'assure que la portée de celle-ci n'est pas plus étendue que nécessaire et que l'exclusion du champ d'application y est définie de façon claire et précise. La déclaration ne peut pas faire de distinction selon que l'État, une agence gouvernementale de cet État ou une personne physique agissant pour l'un ou l'autre est le défendeur ou le demandeur à la procédure devant le tribunal d'origine.

2. La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal d'un État qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe premier peut être refusée si le jugement est issu d'une procédure à laquelle est partie l'État qui a fait la déclaration ou l'État requis, l'une de leurs agences gouvernementales ou une personne physique agissant pour l'un d'entre eux, dans les limites prévues par cette déclaration ».

¹³ Article 15 - Reconnaissance et exécution en application du droit national

« Sous réserve de l'article 6, la présente Convention ne fait pas obstacle à la reconnaissance ou à l'exécution d'un jugement en application du droit national ».

¹⁴ Article 27 - Organisation régionale d'intégration économique en tant que Partie contractante sans ses États membres

« [...] »

l'intervenant, c'est d'ailleurs la seule explication conforme à la *ratio* de l'article 15. Au surplus, la Convention n'affecte pas les traités internationaux antérieurs¹⁵. Ce point sur l'article 15 doit donc être discuté au sein du Groupe, car même s'il y a une adhésion dans le chef de l'Union, le système de reconnaissance des décisions d'États tiers ne sera pas unifié.

Ensuite, A. BONOMI est d'avis qu'il faut maintenir le principe *exequatur sur exequatur ne vaut*. Une décision de reconnaissance ou de refus de reconnaissance prise sur la base de la Convention dans un État membre ne va pas pouvoir lier les autres États membres. Cet effet ne se produit pas pour les décisions des États membres sous l'empire des règlements européens car cela irait au-delà du niveau d'intégration au sein de l'Union. Il n'y a donc pas lieu de le prévoir pour des décisions d'États tiers rendues sous l'empire de la Convention. De fait, certains motifs de refus doivent pouvoir être appliqués de manière différenciée d'un État membre à l'autre (par exemple, le motif de contrariété à l'ordre public).

En ce qui concerne les déclarations aux termes de l'article 29 précité, A. BONOMI se montre réticent face à cette disposition qui n'est pas idéale, tout en comprenant son importance, en ce qu'elle favorise l'adhésion de certains États (comme la Suisse) et qu'elle facilite le ralliement de certains États membres au sein de l'Union. Il indique notamment que le mécanisme de l'ordre public n'est à lui seul pas suffisant pour répondre au problème du manque d'indépendance du système judiciaire d'un État tiers. Allant dans le même sens que le premier rapporteur, il indique que les États membres devraient pouvoir exercer le droit d'initiative concernant cette déclaration. Pour lui, chaque État membre doit pouvoir bénéficier de ce droit, même s'il doute que cela soit compatible avec la Convention (cf. art. 27 (2) et 29). En ce cas, il suggère qu'au lieu de ratifier la Convention, l'Union recommande l'adhésion par chaque État, ayant pour conséquences que chaque État bénéficie de la possibilité de soulever de manière indépendante la déclaration de l'article 29. Dans l'hypothèse où l'Union décide de ratifier elle-même la Convention et que les États membres ne peuvent effectuer la déclaration sur la base de l'article 29, il relève l'importance de ne pas placer la barre trop haut pour effectuer une telle déclaration. Ainsi, au lieu d'exiger une majorité qualifiée pour la déclaration, l'Union pourrait accepter de faire cette déclaration chaque fois que cela est demandé par un nombre d'États équivalent à la minorité de blocage dans le cadre de la procédure ordinaire (soit, 9 États représentant plus de 35% de la population européenne). Dès lors, au moment de l'adhésion par l'Union, la minorité de blocage pourra conditionner son accord à l'émission d'une déclaration au sens de l'article 29 à l'encontre de certains États tiers qui auraient déjà ratifié la Convention. Cela pourrait aussi logiquement se faire ultérieurement, à l'encontre d'un nouvel État contractant.

Enfin, quoi qu'il en soit de cette déclaration, l'absence d'indépendance du système judiciaire d'un État devrait permettre aux juridictions des États membres d'utiliser le motif de refus de l'ordre public. Même si une déclaration formelle à cet égard n'est pas prévue par la Convention, rien n'empêche que l'Union recommande aux États membres, lors de l'adhésion, de suivre cette interprétation de l'ordre public et de suggérer son application dans tous les cas où l'État d'origine souffre d'un « *systemic lack of due process* » (expression reprise dans les lois uniformes

2. Lorsqu'une déclaration est faite par une Organisation régionale d'intégration économique en conformité avec le paragraphe premier, toute référence à un « État contractant » ou à un « État » dans la présente Convention s'applique également, le cas échéant, aux États membres de l'Organisation ».

¹⁵ Article 23 - Rapport avec d'autres instruments internationaux

« [...] »

2. La présente Convention n'affecte pas l'application par un État contractant d'un traité conclu avant cette Convention.

[...] ».

américaines et dans la jurisprudence de la Cour de justice). Pour lui, le Groupe pourrait soutenir une déclaration en ce sens.

La discussion débute sur l'adhésion de l'Union à la Convention et sur les risques qui y sont liés. Un membre y voit des avantages mais aussi des obstacles tels qu'une adhésion puisse s'avérer problématique. Ainsi, la référence du texte à, tantôt la notion d'Etat, tantôt la notion d'Etat contractant, n'en facilitera pas la lecture. Pour d'autres, le Groupe peut admettre la légitimité de l'Union à faire évoluer le droit international privé des États membres, dans le sens du multilatéralisme. De plus, cette adhésion aura une importance certaine au niveau des relations économiques entre l'Union et d'autres puissances, comme la Chine. Ceci n'empêche pas de se pencher sur les options/procédés qui pourraient s'offrir à l'Union pour remédier aux risques identifiés.

Concernant spécifiquement l'article 29, un membre relève la nécessité d'une application cohérente des déclarations qui seront faites et ajoute qu'à l'égard de certains partenaires habituels de l'Union (comme les États-Unis et la Chine), il est probable que l'Union ne fasse pas cette déclaration. La seule alternative dans ces hypothèses reposera sur la mise en œuvre de l'ordre public. Un autre membre relève toutefois que l'usage de ce mécanisme peut être accueilli dans le cadre d'une décision rendue par un tribunal manquant d'impartialité mais qu'il restera toujours un problème de preuve pour établir ce fait. En réponse au fait que cette déclaration ne sera pas émise vis-à-vis de certains partenaires comme la Chine, un membre indique que la simple possibilité de faire cette déclaration pourrait donner un signal fort envers les États quant à l'importance de maintenir l'impartialité de leur système judiciaire. Un autre membre ajoute que cet article 29 codifie une pratique déjà établie dans le cadre d'autres conventions sans que le Conseil n'en fasse usage. Le mécanisme de l'article 29 risque de produire un résultat contreproductif par sa rigidité et la fermeture au dialogue.

Quelques commentaires sont ensuite apportés relatifs aux négociations ayant entouré l'adoption de cette Convention. Tout d'abord, concernant la difficulté soulevée à l'encontre du maintien du principe *exequatur sur exequatur ne vaut*, elle n'a pas été spécifiquement discutée (ni dans le cadre de cette Convention, ni d'ailleurs dans le cadre de la Convention de Lugano). Il semblerait que l'idée reste de viser les États membres à titre individuel et non l'Union. Ce point mériterait probablement un examen séparé par le Groupe, qui aurait à en évaluer la pertinence de manière plus générale. Ensuite, au sujet de l'article 29 de la Convention, il est rappelé que cette disposition a toujours été un problème sensible. Cet article a été demandé par la Suisse et l'Union était partante dès le départ d'adhérer à la Convention sans cette possibilité de faire des déclarations. Par la suite, la position de l'Union a évolué vers une solution de consensus, ce qui fait que ce point ne sera pas nécessairement problématique. Il est ajouté qu'il n'est cependant pas réaliste de déléguer aux États membres la faculté de faire une déclaration en application de cet article 29.

La discussion s'engage enfin sur la position que doit adopter le Groupe au sujet de la consultation de la Commission. *A priori*, il semble qu'un consensus existe au sein du Groupe en faveur de l'adhésion de l'Union à la Convention Jugements, à tout le moins comme étant un objectif à poursuivre. La question reste de savoir ce qu'il convient de faire par rapport aux questions spécifiques relevées ci-dessus.

Il est décidé de créer un sous-groupe *ad hoc* se chargeant de lister les questions et les points d'attention dans le cadre d'une future ratification et d'indiquer les points de consensus et de désaccord au sein du Groupe, sans conduire nécessairement à la rédaction d'une résolution. Dans le cadre de ce travail, certains points de réflexion pourraient être ajoutés, tels que

l'existence d'une alternative à l'article 29, ou la question de l'exclusion de certains matières particulières au sens de l'article 18 de la Convention, tels les contrats de travail et de consommation en vue d'éviter que les règles impératives de l'Union ne trouvent plus à s'appliquer dans l'hypothèse de saisine de juridictions d'un État tiers. Dans ce listing, une référence devra être faite aux travaux du Groupe en 2010 relatifs à la refonte du règlement Bruxelles I, où est proposé un régime unitaire de reconnaissance des décisions provenant d'États tiers. Le document devrait être transmise à la Commission avant la fin de l'année 2020.

En revanche, il n'y aura pas lieu de répondre formellement à la consultation de la Commission, cette consultation n'ayant d'ailleurs pas les milieux académiques pour cible principale.

Suite à un nouveau de projet de texte préparé par le sous-groupe et soumis par échange de courriers à la consultation des membres, le Groupe adopte le texte qui suit :

**Observations on the possible accession of the European Union to the Hague Convention of 2 July 2019
on the Recognition of Foreign Judgments**

(text adopted on 9 December 2020)

The European Group of Private International Law,

Taking cognizance of the public consultation by the European Commission of 22 June 2020 on the subject of International Enforcement of Courts Rulings and of a possible accession by the Union to the Hague Convention of 2 July 2019 on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (hereinafter, the "Judgments Convention"),

Recalling the Group's 2010 proposal on amending the Regulation 44/2001 in order to apply it to external situations, and in particular to the recognition and enforcement of judgments rendered in States that are not a member of the European Union,⁽¹⁾

Believes that the following considerations should guide the European Union's decision to accede to the Judgments Convention:

1. The Group welcomes the conclusion of the Judgments Convention as an ambitious contribution to international judicial co-operation. The Group believes that the effective recognition and enforcement of foreign judgments facilitates global trade and development on the basis of a rule-based multilateralism. Together with the *1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* and the *2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, the Judgments Convention is a valuable step toward a comprehensive system of international dispute resolution based on multilateral agreements.
2. In the opinion of the Group, the accession to the Judgments Convention by the European Union will enhance the Convention's chances of success in those foreign countries that are interested in promoting the recognition and enforcement of their judgments by all EU Member States. As a consequence, it may also facilitate the recognition of EU Member States' judgments by third countries, particularly those that currently take a restrictive stance on recognition and enforcement of foreign judgments. This would help reduce the current imbalance in the relationship with some important commercial partners of the European Union.
3. In this respect, the Group points out that the Judgments Convention reduces the grounds for refusal of recognition to a minimum (Article 7). As to the list of acceptable recognition bases (Articles 5 and 6 of the Convention), these broadly reflect the approach to jurisdiction prevailing within the European Union and most of its Member States, so that judgments rendered in the Union would be entitled to recognition and enforcement in the other Contracting States of the Convention. While this factor militates in favor of accession to the new instrument, the Group also underlines that a number of judgments rendered in EU Member States would not be able to circulate under the Convention because: (a) important matters are excluded from the Convention's material scope of (Article 2); and (b) the list of admissible recognition bases

⁽¹⁾ Consolidated version of a proposal to amend Regulation 44/2001 in order to apply it to external situations (Bergen 2008, Padua 2009, Copenhagen 2010), accessible on the website of the Group at the address <<https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-20vce.htm>>.

does not include certain jurisdictional grounds that are used in the European Union and several Member States, such as those based on the place of the damage, the working place of an employee, the domicile of a consumer, and some grounds of derived jurisdiction.

4. With respect to incoming judgments, the accession to the Judgments Convention would establish a common minimum standard among the EU Member States, which at present follow very different approaches with respect to the recognition and enforcement of third-country judgments. This will help prevent or reduce potential distortions within the internal market. However, no full uniformity will be ensured. Indeed, Article 15 will still allow the most liberal ones to maintain their current, more recognition-friendly solutions – which is to be welcomed in the interest of the global circulation of judgments.

5. The open character of the Judgments Convention – an instrument that can theoretically be ratified or accessed by every State – may raise some concern with respect to judgments rendered in countries where the rule of law and fundamental due process requirements are frequently disregarded. While a declaration under Article 29 of the Convention might provide a remedy in the most serious situations, the Group recognizes the difficulties inherent in the implementation of this provision. Because such a declaration might trigger severe political and diplomatic consequences in the relationship between the European Union and the third State concerned, it seems unrealistic to assume that a declaration would be resorted to in all situations in which it might be needed. In addition, the mechanism of Article 29 appears to be too rigid in the case of change of circumstances: while a previous declaration can be withdrawn when the political and institutional framework improves in the third country, no new declaration may be made when the situation worsens.

6. It is therefore crucial to make sure that the courts of the EU Member States will apply the public policy ground for refusal of recognition provided by Article 7(1)(c) of the Judgments Convention) whenever sufficient evidence is provided that the rule of law and fundamental due process principles are systematically disrespected in the country of origin of the foreign judgement. To that end, the European institutions might be well-advised to give guidance to the courts of the Member States, notably in a recital in the decision approving the accession to the Convention.

7. It is also important to ensure that the courts of the Member States interpret the concept of public policy as including the fundamental principles of EU law, the rights recognised by the Charter of Fundamental Rights, and the overriding mandatory provisions of EU law. This will ensure that the recognition and enforcement of a third-country judgment will not jeopardize crucial European principles and policies.

8. The Judgments Convention includes a number of legal concepts, the interpretation of which may give rise to discrepancies among the courts of the Contracting Parties. The European Union should encourage and support the efforts of the Hague Conference of Private International Law to promote the uniform application of the instrument through measures of post-convention assistance, such as the creation of an appropriate database and regular follow-up conferences.

9. In the opinion of the Group, the accession to the Judgments Convention should be an opportunity to restart the process of extending the rules of the Regulation 1215/2012 to third States, a process that had been only partially brought about by the 2012 recast. In line with its 2010 proposal, the Group calls for the inclusion of a set of uniform European rules on the recognition and enforcement in the Member States of third-country judgments. It also recommends the replacement of current Article 6 of that Regulation by jurisdictional rules applicable to defendants domiciled in third countries (in line with the approach followed in all most recent EU regulations). Indeed, there is a discrepancy between the design of the jurisdictional filters in the Judgments Convention, which largely build on the existing rules of the Regulation 1215/2012, and the non-application of most of these rules to defendants domiciled in a third State. If the European Union wishes to ensure recognition and enforcement of judgments given by its courts under the Convention, it should ensure that its courts exercise jurisdiction regarding those defendants based on the rules of EU law.

10. The Group also believes that the accession to the Judgments Convention is an opportunity to consider the possible EU-wide effects of a decision of a Member State to recognize or not recognize a foreign judgment both under the Regulation 1215/2012 (or other EU regulations, or the Lugano Convention) and the Judgments Convention.

Observations sur l'éventuelle ratification par l'Union européenne de la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance de jugements étrangers

(texte adopté le 9 décembre 2020)

Le Groupe européen de droit international privé,

Ayant pris connaissance de la consultation de la Commission du 22 juin 2020 sur le thème de l'Exécution internationale des décisions de justice et sur l'éventuelle ratification par l'Union de la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (ci-après, la « Convention Jugements »),

Rappelant ses propositions de modifications du règlement n° 44/2001 en vue de son application aux situations externes, en particulier à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires rendues dans un État non membre de l'Union européenne⁽¹⁾,

Estime que l'évaluation d'une ratification par l'Union de la Convention devrait prendre en compte les éléments d'appréciation suivants :

1. Le Groupe salue la conclusion de la Convention Jugements comme une contribution ambitieuse à la coopération judiciaire internationale. Il est convaincu que la reconnaissance et l'exécution effectives des jugements étrangers facilite le commerce et le développement à une échelle globale dans le cadre d'un multilatéralisme fondé sur la règle de droit. Ensemble avec la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 et la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for de 2005, la Convention Jugements est un pas significatif vers la création d'un système complet de résolution des litiges internationaux fondé sur des accords multilatéraux.

2. De l'avis du Groupe, la ratification de la Convention Jugements par l'Union européenne augmentera les chances de succès de la Convention dans les États tiers soucieux de promouvoir la reconnaissance et l'exécution de leurs propres jugements dans l'ensemble des États membres de l'Union. Par conséquent, elle pourrait également faciliter la reconnaissance des jugements rendus dans les États membres, en particulier dans les États tiers qui retiennent une approche restrictive en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. Elle pourrait ainsi contribuer à réduire le déséquilibre existant dans les relations avec d'importants partenaires commerciaux de l'Union.

3. À cet égard, le Groupe souligne que la Convention Jugements réduit au minimum les motifs de refus de reconnaissance (article 7). Les fondements de la reconnaissance listés aux articles 5 et 6 reflètent largement l'approche de la compétence internationale qui prévaut dans l'Union européenne et dans la plupart de ses États membres, si bien que les jugements rendus au sein de l'Union devraient pouvoir bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution dans les autres États parties à la Convention. Bien que ce constat milite en faveur de la ratification de ce nouvel instrument, le Groupe souligne néanmoins que certains jugements rendus dans des États membres ne pourront pas circuler en vertu de la Convention parce que : (a) des matières importantes sont exclues du champ d'application matériel de la Convention (article 2) et (b) la liste des fondements de reconnaissance n'inclut pas certains chefs de compétence utilisés dans l'Union et dans plusieurs États membres, tels ceux fondés sur le lieu du dommage, le lieu d'exécution des prestations d'un travailleur, le domicile d'un consommateur ainsi que certaines compétence dérivées.

4. Concernant les jugements rendus dans les États tiers, la ratification de la Convention Jugements permettrait d'établir un standard minimum commun entre les États membres de l'Union européenne, ceux-ci retenant actuellement des approches très variables en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. La Convention contribuera à prévenir ou à réduire les distorsions potentielles au sein du marché unique. Cependant, l'uniformité ne pourra pas être entièrement garantie, car l'article 15 permettra aux pays plus libéraux de maintenir leurs solutions actuelles, plus favorables à la reconnaissance – ce qui mérite approbation au vu de la circulation internationale des jugements.

5. La nature ouverte de la Convention Jugements – il s'agit d'un instrument pouvant théoriquement faire l'objet d'une ratification ou adhésion par tout État – pourrait susciter certaines inquiétudes à l'égard de jugements rendus dans des pays où l'État de droit et les exigences fondamentales du procès équitable sont

⁽¹⁾ Version consolidée des propositions de modification du règlement 44/2001 en vue de son application aux situations externes (Bergen 2008, Padoue 2009, Copenhague 2010), accessible sur le website du Groupe à l'adresse <<https://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-20vce.htm>>.

fréquemment méconnus. S'il est vrai qu'une déclaration au sens de l'article 29 de la Convention permettrait d'y remédier dans les situations les plus graves, le Groupe est conscient des difficultés inhérentes à la mise en œuvre de cette disposition. Une telle déclaration pouvant déclencher de sérieuses conséquences politiques et diplomatiques dans les relations entre l'Union européenne et l'État tiers concerné, il paraît peu réaliste d'y recourir dans les différentes situations dans lesquelles celle-ci s'avérerait opportune. Qui plus est, le mécanisme de l'article 29 paraît trop rigide dans le cas d'un changement de circonstances : alors qu'une déclaration antérieure peut être retirée lorsque le contexte politique et institutionnel s'améliore dans l'État étranger, il est impossible de faire une nouvelle déclaration en cas de détérioration de la situation.

6. Il est dès lors crucial de s'assurer que les juridictions des États membres utiliseront le motif de refus de reconnaissance tiré de l'ordre public, tel que prévu à l'article 7(1)(c) de la Convention Jugements, chaque fois qu'il est établi que l'État de droit et le principe fondamental du procès équitable sont méconnus de manière systémique dans l'État d'origine du jugement. À cet effet, il serait utile que les institutions européennes adressent des recommandations aux juridictions des États membres, en particulier, à l'aide d'un considérant de la décision approuvant la ratification de la Convention.

7. Il est également important de garantir que les juridictions des États membres interprètent la notion d'ordre public comme incluant les principes fondamentaux du droit de l'Union, les droits reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que les lois de police de source européenne. Ceci garantira que la reconnaissance et l'exécution d'un jugement étranger ne mettent pas en péril des principes et des objectifs cruciaux pour l'Europe.

8. La Convention Jugements inclut un nombre de concepts juridiques dont l'interprétation pourrait donner lieu à des divergences parmi les juridictions des États contractants. L'Union européenne devrait encourager et soutenir les efforts de la Conférence de La Haye pour promouvoir une application uniforme de l'instrument par le biais de mesures d'assistance post-conventionnelles, telles que la création d'une base de données appropriée et l'organisation de conférences de suivi.

9. De l'avis du Groupe, la ratification de la Convention Jugements devrait fournir l'occasion de relancer le processus d'extension du règlement n° 1215/2012 aux États tiers, un processus qui n'a été que partiellement réalisé lors de la révision de 2012. En lien avec ses propositions de 2010, le Groupe appelle de ses vœux l'inclusion de règles européennes uniformes sur la reconnaissance et l'exécution dans les États membres des jugements rendus dans les États tiers. Il recommande également le remplacement de l'actuel article 6 de ce règlement par des règles de compétence applicables aux défendeurs domiciliés dans des États tiers (en ligne avec la méthode suivie par l'ensemble des règlements adoptés depuis). Il existe, en effet, un décalage entre la conception des critères de compétence indirecte de la Convention Jugements, qui s'alignent largement sur les règles de compétence du règlement, et l'inapplicabilité de la plupart de ces règles aux défendeurs domiciliés dans des États tiers. Si l'Union européenne souhaite garantir la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus par les juridictions des États membres en application de la Convention, elle devrait faire en sorte que ces juridictions exercent leur compétence à l'égard de ces défendeurs sur le fondement de règles européennes.

10. Le Groupe estime par ailleurs que la ratification de la Convention Jugements offre l'opportunité de considérer la possibilité d'attribuer un effet européen à la décision d'un État membre portant sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance d'un jugement étranger, que ce soit sous l'empire du règlement n° 1215/2012 (ou d'autres règlements européens ou de la Convention de Lugano) ou de la Convention Jugements.

IV. ACTUALITÉS DU DROIT DE L'UNION - LIMITES DE L'INTÉGRATION EUROPÉENNE DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DU *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* : RÉPERCUSSIONS POTENTIELLES SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

C. KOHLER présente les actualités du droit de l'Union en mettant l'accent sur un arrêt récent du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*) du 5 mai 2020 (voy. annexe 6).

Pour le rapporteur, cette année, même les actualités du droit de l'Union sortent de l'ordinaire. Cette décision du *BVerfG* illustre un conflit ouvert avec la Cour de justice de l'Union.

Dans cet arrêt, le Tribunal constitutionnel décide que le programme d'achat *PSPP* (*Public Sector Asset Purchase Programme*) de la Banque Centrale Européenne (BCE) a été pris *ultra vires*. Le Tribunal refuse par ailleurs de suivre l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice¹⁶ rendu suite aux questions qu'il avait lui-même posées à la Cour. Cet arrêt ainsi que le *PSPP* sont donc inopérants en Allemagne. Le *BVerfG* ajoute que le Gouvernement fédéral ainsi que le *Bundestag* ont violé les droits des requérants en s'abstenant d'agir contre l'omission de la BCE qui n'a, dans ses décisions relatives à l'adoption et à la mise en œuvre du *PSPP*, ni vérifié ni précisé la conformité au principe de proportionnalité des mesures adoptées. Le même reproche est adressé à l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice, dès lors que s'agissant du contrôle du respect du principe de proportionnalité par les décisions prises pour la mise en œuvre du *PSPP*, la motivation de l'arrêt « n'est tout simplement plus compréhensible » et celui-ci doit ainsi être considéré comme étant rendu *ultra vires*. C'est la première fois que le Tribunal constitutionnel exerce un pouvoir de contrôle et qu'elle invalide une décision de la Cour de justice. Le rapporteur indique toutefois qu'aussi grave que cette insurrection puisse paraître, elle n'est pas surprenante eu égard au fait qu'elle avait été en quelque sorte annoncée dans les décisions précédentes sur la ratification des traités de Maastricht et de Lisbonne (voy. à cet égard la note en annexe 6). Dans ces arrêts, le *BVerfG* avait déjà exprimé sa vision de l'intégration européenne. Pour cette juridiction, l'Union est une sorte de confédération *sui generis* d'États souverains soumis au principe d'attribution. Suivant cela, tout programme d'intégration doit se limiter aux compétences attribuées et ne peut porter atteinte à « l'identité constitutionnelle » de la Loi fondamentale allemande. Pour le Tribunal, les États membres – tout en ayant transféré à l'Union certains droits de souveraineté – l'ont fait dans les limites dont ils gardent le contrôle. En d'autres termes, le Tribunal se réserve le droit de contrôler si l'Union respecte les limites des compétences attribuées par les traités et qui ont fait l'objet de la loi de ratification. Tout acte des institutions de l'Union pris *ultra vires* restera donc inopérant en Allemagne et sera sans effet contraignant pour les autorités nationales. Par ailleurs, un recours en matière de contrôle des limites de l'intégration peut être intenté par un citoyen, invoquant la violation de son « droit à la démocratie » par les pouvoirs allemands dans le cadre de l'intégration européenne. Ce faisant, un désaccord, voire une dissension, apparaît entre le Tribunal constitutionnel allemand et la Cour de justice au sujet de la nature et des effets du droit de l'Union. Pour cette dernière, la primauté du droit de l'Union et son effet direct proviennent de son autonomie en tant qu'ordre juridique indépendant alors que pour le Tribunal allemand, ils n'existent que du fait et dans les limites de la loi de ratification.

Cette menace en raison de la théorie de l'acte *ultra vires* datant de 1993 est toutefois restée sans conséquence jusqu'à la décision du 5 mai 2020. Une ordonnance de la même juridiction datant du 13 février 2020 (voy. à ce sujet, l'annexe 6) a étendu ce pouvoir de contrôle en vérifiant la régularité formelle des actes du législateur. Dans cette ordonnance, le Tribunal a fait droit aux recours constitutionnels dirigés contre la loi allemande autorisant la ratification par l'Allemagne de l'accord relatif à une juridiction unifiée du brevet, du fait qu'elle n'avait pas été adoptée à la majorité des deux tiers des membres du *Bundestag* et du *Bundesrat* contrairement à ce qui serait prévu dans la Loi fondamentale. Cet accord, pour la juridiction allemande, implique une

¹⁶ C.J.U.E. (gde ch.), arrêt du 11 décembre 2018, *Heinrich Weiss e.a.*, C.-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

modification de l'organisation judiciaire prévue par la Loi fondamentale dont la constatation relève de sa compétence.

Le rapporteur poursuit sa présentation sur les répercussions potentielles de ces décisions sur le droit international privé. Dans l'arrêt « Lisbonne » de 2009, le Tribunal constitutionnel a insisté sur le fait que l'unification européenne ne peut être réalisée de manière telle que les États membres ne disposent plus de possibilités suffisantes permettant « l'organisation politique des conditions de vie économiques, culturelles et sociales ». Il a ensuite ajouté qu'il relève de l'autonomie des États de prendre des décisions concernant le secteur de l'éducation, le régime linguistique, la condition des communautés religieuses, le droit de la famille. Avec cette dernière réserve, cet arrêt trouve écho dans le cadre des compétences concernant la coopération judiciaire en matière civile transférée à l'Union par l'article 81 TFUE. Le Tribunal insiste d'une part sur le fait que les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière – pour lesquelles l'article 81, §3 TFUE prévoit une procédure législative spéciale – doivent aussi correspondre à celles énoncées pour les autres matières au §2 de cet article et que si tel n'est pas le cas, la participation de l'Allemagne en matière familiale exigera une loi préalable du *Bundestag*. D'autre part, ce genre de loi préalable doit toujours être exigée dans le contexte de l'utilisation de la « passerelle » de l'article 81, §3 TFUE qui permet, pour des aspects du droit international privé de la famille définis dans la décision, de passer de la procédure législative spéciale à la procédure ordinaire. Sur ces matières, le simple silence du législateur allemand ne suffit pas pour légitimer la participation de l'Allemagne. Aucun élargissement des compétences et aucune modification des modalités pour l'adoption des mesures en matière de droit international privé familial ne sauraient être adoptées sans l'accord préalable du législateur allemand.

L'arrêt « Lisbonne » va cependant plus loin car il empêche toute harmonisation des règles matérielles du droit de la famille. En effet, en tant qu'élément essentiel de l'identité nationale où s'affirme l'espace culturel de l'État, ce secteur du droit est entièrement soustrait à la compétence de l'Union européenne. La protection de cet élément de l'identité nationale justifierait même un contrôle a posteriori par le *BVerfG* des actes de l'Union adoptés *ultra vires* dans ce domaine. La prémisse derrière cette vision des compétences réservées, à savoir la séparation des règles matérielles et des règles de conflit de lois, ne résiste pas à l'analyse. Dans maints cas, les règles de conflit de lois et de juridictions peuvent conduire à une modification déguisée des règles matérielles en la matière. C'est par exemple le cas dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères sans avoir égard à la loi appliquée par le juge d'origine. C'est aussi le cas lorsque les parties peuvent choisir la loi applicable au rapport litigieux et que le juge importe dans l'État du for la solution de la loi étrangère choisie. Dans ce dernier cas, la protection de l'ordre juridique du for contre l'importation des solutions étrangères n'est possible que par le biais de l'ordre public. Or, dans les relations entre les États membres, le recours à ce mécanisme obéit à des conditions restrictives et ne doit pas mettre en cause les objectifs des règles du droit de l'Union.

Une modification déguisée des règles matérielles du for en matière familiale peut en outre découler tant de l'application des règles de reconnaissance résultant du droit primaire que du droit dérivé. Par exemple, en matière matrimoniale, les juridictions roumaines refusent de prononcer des séparations de corps en application d'un droit étranger, ce qui est incompatible avec le règlement Rome III lorsqu'en vertu de la règle de conflit de lois, la loi désignée comme

applicable prévoit cette séparation de corps et que la partie intéressée en fait la demande¹⁷. Toujours en cette matière, les juridictions d'un État membre A ne peuvent pas refuser l'application de la loi d'un État membre B au titre de l'ordre public du fait que cette loi soumette le divorce à des conditions plus strictes que celles de la loi de A. Cela est par contre différent si la loi est celle d'un État tiers, l'ordre public pouvant alors jouer plus facilement. Un exemple tiré du droit primaire est fourni par l'arrêt *Coman* de la Cour de justice aux termes duquel la Cour oblige la Roumanie à reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu en Belgique et ce, aux fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers. La Roumanie, soutenue en ce sens par la Lettonie, se défend devant la Cour en faisant valoir que cette obligation de reconnaissance viole les principes constitutionnels du droit roumain et qu'une restriction éventuelle aux droits découlant de la citoyenneté européenne serait justifiée par des raisons liées à l'ordre public et à l'identité nationale. La Cour précise qu'elle limite cette obligation aux seules fins du droit de séjour et qu'elle n'oblige pas à ouvrir cette institution aux personnes de même sexe. Pour le rapporteur, cela revient à mettre de la poudre aux yeux car compte tenu du rejet catégorique du mariage entre personnes de même sexe en droit roumain, toute obligation de reconnaître un tel mariage à quelque fin que ce soit, porte atteinte à la cohérence de l'ordre juridique interne et affecte sa crédibilité. Il est probable que d'autres effets de la reconnaissance, relevant d'autres domaines, s'ajoutent à l'octroi du droit de séjour à l'époux d'un citoyen européen, confirmant ainsi la modification déguisée du droit roumain de la famille.

Dans le cadre de l'ordonnance du 13 février 2020 et de son impact sur le droit international privé, le rapporteur précise qu'elle concerne l'incompétence des juridictions nationales comme problème de droit constitutionnel. L'accord de 2013 créant une juridiction du brevet nécessite pour le Tribunal constitutionnel allemand une loi adoptée à la majorité des deux tiers. Cette nouvelle juridiction disposerait d'une compétence exclusive pour les litiges liés aux brevets européens. Ce faisant, ce contentieux serait soustrait à la juridiction allemande (le *Bundespatentgericht*) spécialement créée pour connaître de ce contentieux. Ainsi, le transfert d'une partie importante des attributions de ce tribunal à la nouvelle juridiction comporte une modification matérielle de la loi fondamentale. Le Tribunal ajoute que cette éviction des juridictions allemandes touche non seulement à la garantie des droits fondamentaux reconnus par la loi fondamentale, lesquels ne seraient plus protégés par les juridictions allemandes, mais aussi à l'organisation concrète de la séparation des pouvoirs en vertu de cette même loi.

Cette analyse invite alors à une réflexion sur une question parallèle se présentant dans le cadre des conflits de juridictions. En effet, toute règle sur la compétence judiciaire internationale conduisant à la compétence des juridictions d'un autre État implique l'incompétence des juridictions nationales et donc leur éviction au profit des juridictions étrangères. Dans un tel cas, ni les règles de conflit de lois, ni le cas échéant les règles de droit matériel du juge du pays évincé ne peuvent venir s'imposer, cela valant également pour les droits fondamentaux de ce même État. Ces conséquences suggèrent de poser la question de savoir si, et dans quelles conditions, une réglementation de la compétence judiciaire internationale conduisant à l'incompétence des juridictions nationales a un impact sur la Constitution de l'État évincé. Pour répondre à cette interrogation, il y a lieu de distinguer deux hypothèses, à savoir celle visant les cas où le contentieux dans un domaine donné est *ratione materiae* transféré en bloc à une juridiction

¹⁷ C.J.U.E, arrêt du 16 juillet 2020, *JE c. KF*, aff. C-249/19, ECLI:EU:C:2020:570.

étrangère (ou internationale) et l'hypothèse où l'incompétence des juridictions nationales résulte *ratione loci* des règles de compétence judiciaire internationale. Malgré les différences catégorielles entre ces hypothèses, le point de départ commun dans la perspective de la Constitution est le droit du justiciable à une protection juridictionnelle par les juridictions de son pays, qui est protégé tant par les Constitutions nationales que par le droit de l'Union et par la Convention EDH. Dans la première hypothèse, ce droit est entièrement refusé pour un contentieux donné, alors que dans la seconde, le refus de protection résulte de l'absence des facteurs dont les règles applicables font dépendre la compétence judiciaire des juridictions nationales. Dans les deux hypothèses, le refus de protection juridictionnelle dans un État donné doit toutefois être justifié aux yeux des textes qui la garantissent. Le rapporteur revient sur la première hypothèse, ajoutant que le refus de protection juridictionnelle par le pays d'origine peut être justifié lorsque d'une part, la juridiction *ad quem* présente des garanties adéquates et suffisantes pour assurer une protection juridictionnelle équivalente à celle de l'État d'origine et que d'autre part, il peut raisonnablement être demandé au justiciable de faire face aux complications d'un litige conduit hors du pays d'origine. Dans le cadre de la juridiction unifiée du brevet, il y avait une base suffisante pour considérer que ces conditions étaient remplies. Dans l'autre hypothèse par contre, le refus de protection juridictionnelle par le pays d'origine ne peut être justifié que si les règles de compétence respectent les exigences du droit fondamental d'accéder à un tribunal indépendant et impartial. Or, ce droit fondamental ne garantit pas nécessairement un accès aux juridictions nationales du justiciable. Il appartient donc au législateur de fixer les conditions d'accès à ses propres juridictions, et il est généralement accepté qu'en cela, les États disposent d'une large marge d'appréciation.

Cette problématique est généralement analysée dans la perspective du défendeur étranger afin de savoir dans quelles conditions il peut être attiré devant les juridictions du for. À ce sujet, il existe un consensus général sur le fait que les règles de compétence directe doivent être en principe fondées sur un lien suffisamment étroit entre les parties ou l'objet du litige et l'État du for. La question est rarement perçue comme relevant du droit constitutionnel de l'État du for (sauf aux États-Unis). Dans tous les cas, dans un système de compétence directe, l'absence de compétence des juridictions nationales résulte normalement de l'absence des rattachements fondant la compétence du juge saisi et est considérée comme étant justifiée pour cette raison. Cette justification connaît toutefois des limites lorsqu'aucune juridiction étrangère ne se déclare compétente ou que la ou les juridictions normalement compétentes refusent ou ne sont pas en mesure d'exercer leur compétence. Dans ce cas, pour éviter un déni de justice, l'exercice de la compétence se fait sur la base du *forum necessitatis*, étant entendu que même dans cette hypothèse, un lien suffisant peut être exigé entre le litige et le juge saisi.

Le rapporteur conclut que ces deux décisions allemandes constituent un coup de tonnerre dans la grande politique européenne et qu'elles intéressent d'ailleurs la matière du droit international privé.

*

Au cours de la discussion, une clarification est demandée sur l'insistance du Tribunal constitutionnel allemand à ce qu'il y ait une correspondance entre les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière et celles énoncées pour les autres matières au paragraphe 2 de l'article 81. Cette exigence du Tribunal a trait au renvoi, en matière de

coopération judiciaire, au catalogue des mesures prévues à l'article 81, §2 TFUE. Selon le Tribunal, lorsqu'on touche au domaine du droit de la famille, seul le paragraphe 3 de cette disposition peut s'appliquer, tout en précisant que les mesures adoptées ne peuvent en aucun cas correspondre à d'autres mesures que celles listées au paragraphe 2. En cela, le rapporteur pense que le Tribunal veut éviter le risque de voir adopter des mesures d'harmonisation touchant au droit matériel de la famille.

Une autre demande de clarification concerne la probabilité que le Tribunal constitutionnel allemand qualifie d'*ultra vires* une modification déguisée du droit de la famille. Or, le conflit à la base de cet arrêt du 5 mai 2020 est aussi en lien avec l'arrêt préjudiciel de la Cour de justice et donc pourquoi exclure *de facto* une réaction similaire du Tribunal allemand sur un arrêt préjudiciel de la Cour de justice en matière du droit de la famille. Le rapporteur indique qu'il n'a pas voulu dire, qu'il ne peut d'ailleurs pas exclure, que dans un cas similaire à celui ayant donné lieu à l'arrêt *Coman*, mais dans un domaine intéressant l'Allemagne (comme par exemple le contexte des mariages de mineurs), même une modification déguisée des règles matérielles puisse donner lieu à une réaction *ultra vires*. Il attire d'ailleurs l'attention sur le fait que le cas d'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du Tribunal constitutionnel et à la qualification d'*ultra vires* est très particulier, et le Tribunal a clairement voulu montrer qu'il comptait faire respecter les limites des règles de compétence. Un membre indique que cette décision a été fortement critiquée par la doctrine mais que malgré le souhait du Tribunal allemand de marquer sa présence, cette décision n'aura que peu d'impact sur l'intégration européenne. Il est ajouté que la chambre ayant rendu cette décision, sans pour autant revenir sur sa position, réfléchira à deux fois avant d'adopter à nouveau cette piste. Par ailleurs, la composition de cette chambre a changé depuis lors.

Cela étant dit, il ne faut pas se leurrer, cette vision de l'identité constitutionnelle de la loi fondamentale peut ouvrir la porte à des idées et à des réactions très critiquables. En caricaturant la tendance et la position du Tribunal dans l'arrêt du 5 mai 2020, pour cette juridiction l'intégration européenne est une sorte d'élément perturbateur pour l'identité constitutionnelle nationale. Cette position est donc clairement contraire à celle de la Cour de justice. Le Tribunal allemand n'est d'ailleurs pas le premier à avoir pris ce genre de décision et le risque existe donc que d'autres juridictions se sentent encouragées par cela et fassent de même en refusant de suivre la position de la Cour de justice (dans d'autres domaines, comme le mariage et la filiation), ce qui aurait un impact tant au niveau politique que sur le droit international privé. Un membre indique toutefois qu'il convient de limiter la portée qu'aura cette décision, cette dernière ayant trait à une décision prise par la BCE et donc par une institution européenne servant un parti particulier du droit de l'Union. Par contre, pour les actes concernant le droit international privé qui sont établis par le Conseil c'est tout à fait différent. De plus, dans le cas d'espèce, le Tribunal allemand a demandé une clarification et que soit prise une décision respectueuse du principe de proportionnalité, donc au regard de ce cas très particulier, il est possible de dire que les effets *erga omnes* de cette décision seront limités. Ce sera donc très probablement une décision exceptionnelle, qui par ailleurs (à la différence de l'arrêt « Lisbonne ») n'a pas de répercussions au niveau du droit international privé.

Un membre revient sur le fait que le langage utilisé par le Tribunal constitutionnel est extrêmement fort lorsqu'il affirme que l'interprétation de la Cour de justice peut être mise de côté et qu'elle n'est donc pas obligatoire si elle n'est pas compréhensible et si elle peut être

considérée comme étant arbitraire. Or, cette motivation reste très vague. Il existerait donc un danger non pas dans la décision en tant que telle mais bien dans l'encouragement qu'elle peut donner à d'autres juridictions, ce qui au final peut mener à un facteur de discorde au sein de l'Union. Un membre ajoute que le risque existe aussi au sujet de la remise en cause de principes comme la primauté du droit de l'Union et l'autonomie de ce droit.

En conclusion, ce n'est pas la première fois, et ce ne sera pas la dernière, qu'une juridiction nationale refuse de suivre une décision de l'Union. Divers exemples sont donnés, notamment celui de la Cour suprême de la République tchèque ainsi que celui du Conseil d'État français. Ce qui est particulier en l'espèce, c'est que l'Allemagne a toujours été considérée comme étant un élève modèle et qu'avec sa position actuelle, elle se démarque ouvertement en créant une sorte de choc ou une « fin des illusions ». Il est donc vrai que le risque existe que d'autres juridictions suprêmes d'États membres suivent cet exemple. Il est quand même étonnant de constater la manière assez brutale employée par le Tribunal constitutionnel allemand, qui reproche à la Cour de justice de ne plus rendre des arrêts compréhensibles. Cette réaction est presque une réaction enfantine de quelqu'un ayant une différence de vues et d'opinions et, constatant ne pas être suivi, décide de claquer la porte. Il reste à espérer que cette décision restera exceptionnelle.

V. ACTUALITÉS DE LA COMMISSION

A. STEIN présente les travaux de la Commission en matière civile et commerciale au cours de la saison 2019-2020 ainsi que les projets en cours et futurs.

A. Travaux réalisés depuis la réunion de Katowice

- Sur la révision du règlement sur l'obtention des preuves et la signification et notification des actes

Le Conseil est arrivé à un accord politique en décembre 2019 et le processus est arrivé dans la phase du trilogue. Il est donc certain que ce texte sera adopté, étant entendu qu'il reste la modification finale à apporter. Même s'il n'y a pas de date précise quant à ce, l'adoption formelle du nouveau règlement devrait se faire à la fin de l'année 2020.

Le point crucial de ce nouvel instrument est la digitalisation de la communication des documents, qui sera maintenant rendue obligatoire et non plus fondée sur une base volontaire. Un point de débat a porté sur la période de transition, la Commission ayant proposé un délai de quatre ans pour les points techniques et de deux ans pour l'application du règlement. Les négociations ont abouti à un délai respectif de trois et deux ans.

Un autre élément clé à relever dans ce nouveau règlement est la signification/notification directe transfrontière par voie électronique, via email. Dans le cadre d'un système de communication sécurisé en conformité avec le règlement eIDAS (qualified electronic registered delivery services) il sera possible de donner un consentement général préalable du destinataire de documents dans ce système indépendamment d'un litige spécifique. Pour la signification/notification via email simple, d'autres conditions sont prévues, notamment l'obtention de l'accord du destinataire à recevoir les documents par ce moyen, son consentement ne pouvant être donné qu'au cours de la procédure (soit, après avoir été invité à comparaître) et pour les procédures concrètes en question. En plus, il faudra que le destinataire envoie un accusé de réception si la communication se fait par email. Cela crée donc un certain

risque pour celui qui opte pour ce moyen de signification et notification. Par ailleurs, il reste possible pour les États de prévoir des conditions supplémentaires, lesquelles ne pourront toutefois rendre impossible ce système de communication.

Enfin, en ce qui concerne l'obtention de preuves, il est encouragé d'une façon plus forte de faire usage du système de vidéos conférences, par le biais d'une obligation à condition que cela soit possible et jugé comme étant approprié par le tribunal.

B. Projets en cours et futurs

- Sur la proposition de règlement sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances

Ce projet est en cours depuis 2018 et a été interrompu pour une certaine période entretemps. Il semblerait toutefois qu'à l'heure actuelle, ce projet revienne sur le devant de la scène. Les discussions s'accroissent mais il n'y a actuellement pas, ou peu, de changements par rapport à l'approche la proposition de la Commission (règle principale de la résidence habituelle du cédant avec des exceptions régies par la loi de la créance cédée).

- Sur la ratification par l'Union de la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale

La Commission prendra l'initiative de procéder à cette ratification. La consultation lancée par la Commission reste d'actualité jusqu'à la fin du mois d'octobre 2020 et l'analyse d'impact qui sera ensuite effectuée portera essentiellement sur les déclarations visées aux articles 19 et 18. Il est probable que la proposition soit émise pendant le premier semestre de l'année prochaine.

- Projets futurs

- Un nouveau protocole a été négocié en lien avec la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, conclue au Cap le 16 novembre 2001. Ce nouveau protocole est de routine et les États pourront le ratifier après autorisation par une décision du Conseil qui sera proposée par la Commission dans un futur proche.
- Sur le règlement européen relatif au titre exécutoire européen (TEE)¹⁸ :

La Commission avait initialement émis le souhait de l'abroger suite à l'adoption du règlement Bruxelles I *bis* du fait qu'un instrument spécifique sur l'*exequatur* n'aurait plus lieu d'être en raison de la suppression de cet *exequatur*. Mais étant donné que le système de la suppression de l'*exequatur* du règlement Bruxelles I *bis* tel qu'adopté n'est pas le même et que le TEE offre davantage d'efficacité, la question se pose de savoir s'il ne faudrait tout de même pas les garder en parallèle. L'utilité de cet instrument spécifique est actuellement analysée et un rapport devrait être soumis au cours de l'année prochaine.

D'autres initiatives et travaux futurs pourraient porter sur les points suivants :

¹⁸ Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *J.O.*, L 143 du 30.4.2004, p. 15.

- Sur la protection des adultes vulnérables :
Un mandat a été donné pour procéder à une étude sur la question, cette étude étant sur le point d'être lancée. Aucune décision n'a été prise pour le moment. Il y aura probablement un Green paper partiellement sur cette question en automne et les prochaines étapes se baseront sur les réponses apportées aux questions qui auront été posées.
- Le dernier discours sur l'état de l'Union fait une mention à la méthode de la reconnaissance dans le cadre du statut de parents. Il est donc possible que quelque chose se fasse quant à ce dans le futur, même si ce sujet est particulièrement sensible politiquement et qu'il est nécessaire d'obtenir l'unanimité pour que soit adopté un règlement en cette matière civile (cf. art. 81, §3 TFUE). Autre chose est de prendre pour base légale la circulation du citoyen.
- La Commission fera très probablement une communication cet automne sur la digitalisation de la justice.
- Un travail sera effectué sur l'amélioration du droit matériel en matière d'insolvabilité. Pour l'instant, il n'est pas certain que cela aboutira à un instrument contraignant.
- Il est possible qu'une étude soit lancée l'année prochaine sur le règlement aliments, dès lors qu'il n'a pas fait l'objet de rapport d'évaluation. Il est cependant fait remarquer qu'il n'y a pas de problèmes majeurs relatifs à cet instrument. La question reste donc ouverte de savoir si un nouvel instrument est nécessaire.
- Une étude pourra également être lancée concernant le règlement Rome II, lequel n'a pas encore fait l'objet d'une révision. Outre la matière des accidents de la circulation routière, il sera notamment intéressant d'analyser l'exclusion de la diffamation dans un contexte post-Brexit ainsi que la question de l'intentement d'une procédure à l'encontre d'ONG pour en faire des règles européennes. Cela reste toutefois en réflexion, sans qu'un délai précis ne soit prévu pour y travailler.
- Concernant le règlement Bruxelles I *bis*, le prochain rapport pour une future révision est prévu pour 2022. Les États ne semblent toutefois pas disposés à rouvrir les discussions relatives à cet instrument. Il est donc possible que ce rapport soit établi plus tard, comme cela a été le cas pour d'autres règlements. Il reste que l'intention est de tenter de le faire l'année prochaine, du fait notamment d'un élément non négligeable qu'il sera important de prendre en considération, à savoir le sujet « *business* et droits de l'homme ». Sur ce sujet, les Nations Unies travaillent actuellement sur un potentiel instrument contraignant. Ce sujet n'est pas simple à aborder au sein de cette institution, spécialement du point de vue des États industrialisés, lesquels n'ont pas la volonté de s'engager dans ce genre de processus de réflexion. Le sujet divise et l'Union reste dans une position délicate, pouvant s'exprimer lors des sessions mais sans pour autant pouvoir s'engager quant à une future participation. Il n'y a donc aucune certitude quant à l'engagement de l'Union.
- Au niveau international, le rapporteur mentionne un autre projet, étant la vente judiciaire de navires. Les discussions sur ce projet ont été entamées, la question cruciale

étant la coordination de la position européenne et spécialement, de sa compétence externe pour ce faire.

C. Discussion

La discussion s'engage sur la question de la ratification par l'Union de la Convention Jugements et sur l'utilité pour la Commission de disposer d'un document du Groupe indiquant sa position par rapport aux déclarations qu'il est possible de faire en application de cette Convention, document ayant fait l'objet de discussions lors de cette réunion mais sans attendre le début de l'année prochaine afin que le document transmis ait une certaine utilité. Un membre évoque, à propos d'une déclaration visée par l'article 18, le précédent relatif à la Convention de 2005 à propos du secteur de l'assurance, qui reprend une liste excessivement complexe issue du droit dérivé, tout en appelant à une formulation plus simple à l'occasion de la présente Convention.

Quant au thème « *business* et droits de l'homme », un membre évoque l'initiative de D. REYNDERS à propos d'une législation européenne sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour les entreprises¹⁹. Cette initiative aura un impact sur la législation existante et pose d'ailleurs question quant à son applicabilité dans l'espace (loi d'application immédiate ou non). Il est répondu qu'une consultation sera bientôt lancée sur ce thème précis, avec la question discutée de savoir s'il faut inclure des questions de droit international privé dans ce contexte. Il est fort probable que cela soit le cas au regard des développements récents en la matière.

D. Actualités de la Conférence de La Haye

A. STEIN les réflexions en cours au sein de la Conférence de La Haye dans le sillage de la Convention Jugements, portant sur la question de la compétence directe. À cet égard, un premier groupe d'experts s'est réuni pour en discuter.

Cependant, en raison de la crise sanitaire actuelle, aucune autre réunion n'a pu se tenir. Des réunions futures sont toutefois planifiées, lesquelles se tiendront avant la réunion sur les affaires générales. Il y aura aussi des discussions en ligne à la fin du mois d'octobre. Il reste qu'actuellement, une convention sur la compétence directe reste simplement en état de réflexion.

VI. DROITS DE L'HOMME

P. KINSCH présente une série d'affaires rendues par la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé pendant la période sous examen. L'accent sera mis sur quatre affaires regroupées en deux thèmes : la reconnaissance des situations constituées à l'étranger et les aspects de la lutte contre l'enlèvement international d'enfants. Concernant ce second thème, la jurisprudence n'a pas évolué mais une affaire attire l'attention, étant intéressante au niveau factuel.

Pour le surplus, il renvoie à sa note pour les autres affaires listées (voy. annexe 7).

¹⁹ Déclaration lors d'un Webinar du 29 avril 2020, visionnable via le lien suivant : <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/european-commission-promises-mandatory-due-diligence-legislation-in-2021/>.

A. Reconnaissance et non-reconnaissance des situations constituées à l'étranger : *C. et E. c. France*, décision du 19 novembre 2019, n^{os} 1462/18 et 17348/18 et *D. c. France*, arrêt du 16 juillet 2020, n^o 11288/18

Ces deux affaires *C. et E. c. France* et *D. c. France* représentent la suite – en termes de jurisprudence – de la saga de la gestation pour autrui en France.

Ces affaires font en effet suite à l'avis consultatif de la Cour EDH du 10 avril 2019 rendu dans le cadre de l'affaire *Mennesson*²⁰ (présenté à la réunion de Katowice). Les deux affaires présentées correspondent à deux variantes de la situation ayant fait l'objet de l'avis consultatif. La première affaire concerne deux couples hétérosexuels ayant recouru à une gestation pour autrui en Floride (couple C., naissance d'un enfant) et au Ghana (couple E., naissance de triplets). Dans les deux cas, les gamètes féminins avaient été fournis par une tierce donneuse, et non par la mère d'intention. Quant à la seconde affaire, elle concerne un couple hétérosexuel en lien avec une gestation pour autrui en Ukraine. Dans cette affaire, la mère d'intention était également la mère génétique de l'enfant né à la suite de cette gestation pour autrui. Dans les deux affaires, les mères ont introduit une requête devant la Cour suite au renvoi par les tribunaux français à la procédure d'adoption pour établir leur maternité alors qu'elles souhaitaient que leur maternité soit automatiquement reconnue. Les deux requêtes sont rejetées, par voie de décision dans l'affaire *C. et E. c. France* (les motifs étant conformes à ceux dans l'avis consultatif)²¹ et par voie d'arrêt dans l'affaire *D. c. France*, cette dernière affaire étant plus complexe en raison du lien génétique entre la mère d'intention et l'enfant. La Cour n'est toutefois pas d'avis que ce facteur doit entraîner une autre appréciation à l'égard de la décision des juridictions françaises que de renvoyer la mère d'intention à une procédure d'adoption en ne reconnaissant pas le lien de filiation constaté en Ukraine²².

Partant, à la suite de ces deux affaires, la Cour EDH confirme qu'il reste possible pour les États parties de prévoir une procédure d'adoption en ce qui concerne le lien de filiation maternelle. Il n'existe pas d'obligation de reconnaître automatiquement ce lien par la transcription de l'acte étranger. Cette conclusion est par ailleurs étendue à l'hypothèse où la mère d'intention a un lien génétique avec l'enfant. La Cour EDH, dans les deux affaires, rejette le grief de discrimination entre les enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger et les autres enfants français nés à l'étranger, lesquels ne doivent pas soumettre les actes de l'état civil constatant leur naissance à un contrôle juridictionnel en France²³. Aux termes du §86 de l'arrêt *D. c. France*, la Cour décide que « cette différence de traitement quant aux modalités d'établissement du lien maternel de filiation visait, en ce qu'elle induisait un contrôle juridictionnel, à s'assurer au regard des circonstances particulières de chaque cas qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une gestation pour autrui qu'un tel lien soit établi à l'égard de la mère de l'enfant ».

Ces affaires, selon le rapporteur, s'expliquent en raison de l'évolution en France sur la gestation pour autrui. La France est à la fois l'un des États les plus rationnels et l'un des États où les passions

²⁰ Cour EDH, *Avis consultatif du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, aff. n^o P16-2018-001.

²¹ Voy. §§40-44 de la décision.

²² Voy. §§60-64 de l'arrêt.

²³ Voy. §§51-55 de la décision *C. et E. c. France*, 19 novembre 2019, n^{os} 1462/18 et 17348/18 et §86 de l'arrêt *D. c. France*, 16 juillet 2020, n^o 11288/18.

politiques sont les plus vives. La gestation pour autrui est en conséquence à la fois traitée de manière très rationnelle par la Cour de cassation (sur le plan des techniques de droit international privé) et en même temps traitée de manière très politique. Le rapporteur relève qu'un des aspects le plus remarquable dans cette saga des relations entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle de la Cour EDH est qu'après avoir longtemps défendu une position très « bioconservatrice » (lui ayant valu la condamnation dans l'affaire *Mennesson*), la Cour de cassation s'est désormais rangée dans le camp « bioprogressiste avancé ». Le fait d'accepter la transcription de la seule filiation paternelle, laissant alors pour la mère d'intention la possibilité d'adopter, n'a été en réalité qu'une étape dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette manière de procéder est, pour le rapporteur, loin d'être absurde et permet de répondre aux oppositions à l'encontre de la gestation pour autrui, émises (pour des raisons différentes) tant par la droite que la gauche dans le milieu politique français. Ainsi, l'adoption requise pour les mères d'intention est une solution équilibrée pour le rapporteur et cela a d'ailleurs pu être confirmé par la Cour EDH dans l'avis consultatif susmentionné ainsi que dans les affaires présentées. Le rapporteur ajoute que cette solution permet à la Cour EDH de pouvoir veiller au respect de la protection de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de la procédure d'adoption.

Pour le rapporteur, cette saga aurait pu se terminer à ce moment-là mais c'est sans compter sur le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation française, mentionné ci-dessus. La Cour EDH en est d'ailleurs bien consciente mais n'entend pas faire de ce type de reconnaissance une obligation à l'égard de tous les États contractants, se contentant donc de l'équilibre trouvé dans son avis consultatif. Elle indique d'ailleurs dans le §69 de son arrêt *D. c. France* ce qui suit : « Enfin, la Cour relève que les requérants font valoir que c'est à cause du manque de célérité de la procédure d'adoption que la première chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par deux arrêts du 18 décembre 2019, en posant le principe de la transcription de l'acte de naissance étranger [...]. Elle constate toutefois non seulement que les requérants n'apportent aucun élément à l'appui de cette thèse, mais aussi qu'il ne ressort pas des motifs de ces arrêts [...] que la raison pour laquelle la première chambre civile a procédé à ce revirement de jurisprudence se trouverait dans la durée de la procédure d'adoption ou dans son ineffectivité ».

Le rapporteur, ignorant le dernier état de la procédure législative en France, s'interroge enfin sur la question de savoir si le Parlement français a abandonné ou non sa position tendant à briser la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Il pose la question aux membres français du Groupe.

Aux termes de la discussion, en réponse à l'interrogation du rapporteur, il apparaît qu'en France les discussions sur la loi bioéthique et sur la proposition de modifier l'article 47 du Code civil français sur les actes de l'état civil²⁴ font apparaître la volonté de maintenir le principe selon lequel la femme qui accouche est la mère de l'enfant, la mère d'intention dans les cas de gestation pour autrui devant adopter l'enfant en vue d'établir sa maternité. Il est également indiqué qu'aucune loi sur la gestation pour autrui ne sera discutée.

²⁴ Cette disposition prévoit que « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

En raison du côté extrêmement politique de la question, il est peu probable que le législateur aille aussi loin que la Cour de cassation depuis son revirement de jurisprudence.

B. Affaires d'enlèvement international d'enfants (mise en œuvre du règlement Bruxelles IIbis et de la Convention de La Haye)

Le rapporteur ne présente que les affaires *Rinau c. Lituanie* (arrêt du 14 janvier 2020, aff. n° 10926/09) et *Michnea c. Roumanie* (arrêt du 7 juillet 2020, aff. n° 10395/19) et renvoie pour les autres affaires à sa note (voy. annexe 7).

Ces deux affaires sont très intéressantes quant à la position adoptée par la Cour EDH face à des États particulièrement récalcitrants. L'affaire *Rinau* est, pour le rapporteur, assez spectaculaire. La situation factuelle est la suivante. Un père allemand et sa fille, née de son mariage avec une ressortissante lituanienne, introduisent une requête devant la Cour EDH contre la Lituanie, État où la mère était rentrée illicitement avec sa fille d'un an à l'époque en violation du droit de garde conjoint. Le grief, déclaré justifié, tient à une réticence certaine et à de nombreux retards injustifiés des autorités lituaniennes à exécuter un ordre de retour de l'enfant en Allemagne, décidé par les juridictions allemandes. La particularité de l'affaire réside, pour le rapporteur, dans les raisons de ces retards. Le dysfonctionnement de la justice en Lituanie était dû à une campagne médiatique et politique menée par la mère, sur fond de xénophobie envers l'Allemagne. Cette campagne a impliqué des politiciens, des magistrats (jusqu'au Procureur général et au président de la Cour suprême), lesquels ont privilégié la défense des intérêts de la mère par rapport à la légalité. Pour la Cour EDH, cet engagement fut excessif. Selon elle, « although the Government invoked the absence of any tangible evidence that the decision-making in the applicants' case had been politicised [...], the Court cannot but find otherwise. [...] » (§210). Elle ajoute que « the foregoing findings demonstrate that, with the exception of the President of the Republic [...], the Lithuanian authorities – and this includes politicians, child care officials, and prosecutors – failed to ensure fair decision-making in the applicants' case in the phase of execution of the Court of Appeal judgment of 15 March 2007, and their actions may be taken as suggesting that they did not even care about appearances. It goes without saying that their efforts, aimed at creating a negative atmosphere around the legal actions of the first applicant and constituting direct attempts to interfere in those proceedings, were unacceptable in a system based on the rule of law. The Court also finds that those activities undoubtedly alerted the judges and other officials that their steps in the applicants' proceedings were being closely monitored, which it finds particularly worrying [...] » (§211). Elle indique également que même la saisine de la Cour de justice de l'Union européenne par la Cour suprême participait des manœuvres dilatoires (§219), ce que condamne la Cour.

Le rapporteur termine par la présentation de l'arrêt *Michnea c. Roumanie*, qui montre les ressources qu'offre une lecture orientée de l'arrêt *Mercredi*²⁵ rendu par la Cour de justice de l'Union européenne à des juges roumains qui refusent de jouer vraiment le jeu de Bruxelles IIbis. Au niveau des faits, le requérant est italien et la défenderesse roumaine, laquelle a enlevé l'enfant du couple d'Italie vers la Roumanie. Le requérant tente d'obtenir directement des juridictions roumaines le retour de l'enfant en Italie (et donc sans avoir saisi d'abord les

²⁵C.J.U.E. (1^{ère} ch.), arrêt du 22 décembre 2010, *Barbara Mercredi contre Richard Chaffe*, C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829.

juridictions italiennes) sur la base du règlement Bruxelles IIbis et de la Convention de La Haye relative à l'enlèvement international d'enfants. La juridiction roumaine saisie refuse de faire droit à cette demande, prétextant que la résidence habituelle de l'enfant ne se trouvait pas en Italie au moment de son enlèvement. Pour ce faire, elle se base sur l'arrêt *Mercredi* de la Cour de justice, concernant la détermination de la résidence habituelle d'un bébé, mais en l'interprétant de manière particulière. Pour cette juridiction roumaine, l'enfant avait sa résidence habituelle en Roumanie, dès lors que le couple y résidait au moment de sa conception et y avait d'ailleurs son domicile légal. La Cour EDH, tout en se défendant d'être un quatrième degré de juridiction, décide de sanctionner l'arbitraire dans l'application des critères du règlement Bruxelles IIbis par le juge roumain. Elle indique que l'enfant avait sa résidence habituelle en Italie et condamne donc la Roumanie (voy. spécialement les §§46-53).

Ces deux arrêts présentés dans la matière de l'enlèvement d'enfants sont donc intéressants du point de vue de la position de la Cour EDH face aux comportements récalcitrants de certains États.

Lors de la discussion, il est d'emblée relevé, vis-à-vis de la dernière affaire présentée, qu'il reste beaucoup de travail au niveau de la formation des juges quant à l'interprétation des arrêts de la Cour de justice, et spécialement de l'arrêt *Mercredi*.

Un autre membre indique, toujours en lien avec l'affaire roumaine, qu'il est de plus en plus fréquent que le parent ayant enlevé l'enfant invoque, comme premier moyen de défense, la contestation de ce que l'enfant avait sa résidence habituelle dans l'Etat duquel il a été enlevé. Un parallèle est effectué avec les affaires portées devant la Cour de justice et qui concernent la localisation de la résidence habituelle. Un constat est alors fait qu'il est étonnant de n'avoir toujours aucune définition légale de la notion de résidence habituelle dans le droit international privé conventionnel ni européen.

La discussion porte enfin sur un arrêt n'ayant pas fait l'objet d'une présentation orale mais était repris dans la note écrite : *Ghoumid et autres c. France*, arrêt du 25 juin 2020, aff. n° 52273/16. Cet arrêt a trait à la déchéance de nationalité. En l'espèce, la Cour EDH juge que la déchéance de la nationalité française à l'égard de doubles nationaux, à la suite de leur condamnation pour participation à une association terroriste, ne porte pas atteinte à leur droit à une vie privée et familiale aux termes de l'article 8 CEDH. Un membre se demande quel est le raisonnement de la Cour EDH qui insiste fortement sur le fait que tous les requérants disposent d'une autre nationalité en plus de la nationalité française dont ils ont été déchus (§50). Il est répondu que la Cour EDH fonctionne différemment de la Cour de justice lorsqu'elle est interrogée. La Cour de justice répond toujours de manière abstraite, alors que la Cour EDH va partir des faits et réagir par rapport à la situation qui lui est soumise, s'attachant dès lors plus à faire une pondération des intérêts en présence. Ainsi, en procédant de cette manière pour décider du cas lui étant soumis, la Cour EDH arrive à la conclusion que ce n'est pas une affaire très complexe, que ce sont des terroristes et qu'ils disposent par ailleurs d'une autre nationalité, la déchéance de leur nationalité française n'étant donc pas une mesure disproportionnée. Cela laisse alors sous-entendre que dans une situation d'une personne ne disposant que d'une nationalité, la Cour pourra décider que la déchéance de cette seule nationalité n'est pas une mesure proportionnée. En d'autres termes, la Cour raisonne en termes d'appréciation de proportionnalité en réagissant à une situation précise et sans formuler de règles de droit valant pour l'avenir mais en indiquant

simplement les éléments qui devront être pris en compte pour une future affaire similaire. Il est ajouté que la Cour EDH dans cette affaire mentionne l'affaire *Rottmann* de la Cour de justice²⁶, laquelle avait insisté sur l'importance d'examiner les conséquences et risques d'une déchéance de nationalité si l'individu devient apatride. La Cour EDH cite donc cette décision sans aller plus loin, montrant son souhait de donner une réponse prudente.

²⁶ C.J.U.E. (grde ch.), arrêt du 2 mars 2010, *Janko Rottman contre Freistaat Bayern*, C-135/08, ECLI:EU:C:2010:104.

ANNEXE 1

The law applicable to rights in rem in tangible assets

GEDIP

Chapter I. Scope

Article 1. Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to proprietary rights (rights *in rem*) in tangible assets¹.
2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation
 - (a) questions involving the status or legal capacity of natural persons,
 - (b) questions involving the capacity of legal persons,
 - (c) contractual obligations²,
 - (d) non-contractual obligations³,
 - (e) the creation, acquisition or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes⁴,
 - (f) the creation, acquisition or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships⁵,
 - (g) the creation, acquisition or transfer of property rights by succession⁶,
 - (h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights⁷,
 - (i) the transfer of proprietary rights by operation of law as a consequence of company mergers, divisions or global transfers (universal succession), and

¹ A recital should clarify that this Regulation shall not apply, in particular, to receivables, rights to the performance of obligations other than receivables, negotiable instruments or negotiable document in electronic form, right to payment of funds credited to a bank account, certificated and book-entry securities.

² A recital should clarify that the law applicable under this Regulation determines the requirements for the creation, acquisition or transfer of a property right. When such a law requires a valid contract as a title for its creation, acquisition or transfer, the validity of the contract shall be governed by the law applicable under the Rome I Regulation. However, this Regulation does determine the law applicable to the agreement that transfer property (“proprietary agreement” = Einigung) in those legal systems where this is a condition independent from the underlying contract that simply creates an in personam obligation to transfer property.

³ A recital should clarify that claims arising from damages to (intrusions emanating from, see Art. 44 EGBGB) an immovable property do not fall within the scope of this Regulation, but within Rome II.

⁴ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on matrimonial property regimes in accordance with recitals 24 to 28 of the latter instrument.

⁵ *Idem*.

⁶ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on successions in accordance with recitals 14 to 19 of the latter instrument

⁷ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on insolvency proceedings. The term “effects of the opening of insolvency proceedings” includes in particular, the enforcement of a proprietary right after the opening of insolvency proceedings, the ranking of claims and the avoidance of the creation or transfer of proprietary rights.

(j) the creation, administration and dissolution of trust⁸.

Article 2. Definitions

For the purpose of this Regulation:

(a) “Proprietary rights” means rights over tangible assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, mortgages, usufructs or servitudes;

(b) “Tangible assets” means assets able to be physically possessed and includes both movable and immovable;

Article 3. Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

Chapter II. Uniform rules

Article 4. General rule

The proprietary rights in an asset are governed by the law of the State within the territory of which the asset is located.⁹

Article 5. Assets in transit or to be exported

The acquisition and the loss of proprietary rights in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the State of destination¹⁰.

Article 6. Means of transport¹¹

⁸ A recital should clarify that this exclusion should not be understood as a general exclusion of trusts. Where a trust is validly created, the law applicable under this Regulation should apply to govern the trust’s proprietary rights over tangible assets. Conversely, the mutual rights and obligations between the settlor of the trust, the trustee and the beneficiary are not governed by this Regulation

⁹ Though Rome I Regulation refers to “law of the country”, the recent EU instruments refer to “the law of the State”. This is also the terminology used by the Regulation on assignments.

¹⁰ See Art. 101 Swiss PIL Act, Art. 88 Belgian PIL Act or 52 Italian PIL Act (but see Art. 10(1) III Spanish Civil Code). A recital should explain that (i) this provision allows, in particular, for the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the State of destination; and (ii) it presupposes that the asset eventually arrives in that State (see Art. 85 (4) UNCITRAL Model Law on Secured Transactions). Thus, it must be clarified that if a proprietary right is created while the asset is in transit under the actual *lex rei sitae*, ie by the *lex rei sitae* where the asset is physically but temporally located, this law will determine the priority between the two conflicting rights. Another recital should define the concept of assets in transit (ie assets being relocated from one State to another) and assets to be exported (ie assets destined to be moved to another State). An alternative approach is to define these terms in Article 2.

¹¹ See Art. 45 EGBGB, Art. 89 Belgium PIL Act, Art. 10 (2) Spanish CC;

The proprietary rights in an aircraft, vessel or railway vehicle subject to registration are governed the law of the State under the authority of which the register is kept.¹²

Article 7. Scope of the applicable law

[Without prejudice to Article 8]¹³ The law applicable pursuant to this Regulation shall govern, in particular:

- (a) the requirements to create, transfer or acquire a proprietary right over an asset;
- (b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be evidenced by a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate¹⁴;
- (c) the priority between competing proprietary rights over the same asset;
- (d) the nature and content of the proprietary rights over an asset;
- (e) the enforcement of security interest over an asset; or
- (f) the extinction or loss of a property right

Article 8. [conflit mobile] Protection of acquired rights

Option A

1. This Article applies if there is a change of the connecting factor that determines the applicable law under this Regulation¹⁵.

2. In this Article -

- a) "the new law" means the law applicable under this Regulation after the change;
- b) "the old law" means the law applicable under this Regulation before the change.

3. When a proprietary right has been acquired under the old law, this law continues to govern the existence of a proprietary right created before the change of the applicable law¹⁶.

4. The new law governs the extent and the exercise of a proprietary right created under the old law¹⁷ and the priority between a proprietary right created under the old law and a competing proprietary right created under the new law.

¹² A recital should clarify whether this provision covers registration for mere administrative purposes, or only registers that evidence entitlements or proprietary rights.

¹³ As regards the structure, there are two possible approaches: (i) Either to place Article 8 as a sort of exception/clarification of Article 7; (ii) or to place it after Article 4. In the latter case, the clause "without prejudice" would not be necessary.

¹⁴ A recital should explain the consequences, ie if the assets is covered by a negotiable instrument, the transfer of proprietary rights over the physical asset may take place by endorsement or delivery of the instrument. See, for a different approach, Art. 106 Swiss PIL or Art. 91(3) Belgium PIL Act

¹⁵ An alternative formulation may be: "This Article applies if the asset is moved from one State to another", but it would not cover the means of transport governed by Article 6.

¹⁶ A recital should explain that this provision entails the obligation to recognize "proprietary rights" validly created under the law of the State where the asset was at the time of creation of the right.

¹⁷ See Art. 43 (2) EGBGB; Art. 100 (2) Swiss PIL Act

5. Where a person invokes a proprietary right to which he is entitled under the old law and the new law does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted [transposed] to the closest equivalent right *in rem* under the law of that State, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right *in rem* and the effects attached to it¹⁸.

6. If a proprietary right has not been acquired under the old law previously to the change of law, as to the acquisition of a proprietary right under the new law, facts that took place under the old law are considered as if they took place under the new law¹⁹.

Option B [Marc]

1. Sauf dans les cas prévus aux articles 5 et 6, lorsque le bien a été déplacé du territoire d'un Etat à un autre, un droit réel acquis conformément à la loi du premier Etat continue de régir l'existence d'un tel droit après le déplacement

2. Lorsqu'une personne fait valoir un droit réel auquel elle peut prétendre en vertu du paragraphe 1 et que la loi désignée en vertu de l'article 4 après le déplacement du bien 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 cette loi en tenant compte des objectifs et des intérêts poursuivis par le droit réel en question et des effets qui y sont liés.

3. Lorsqu'un droit réel n'a pas encore été acquis en vertu du paragraphe 1, il est tenu compte de faits survenus avant le déplacement lors de l'application de la loi applicable en vertu de l'article 4 après le déplacement.

[Possible special rule for claims over stolen goods²⁰ or cultural goods²¹]²²

¹⁸ See, e.g., Art. 31 of the Succession Regulation, the corresponding recitals should also be included in this Regulation (recitals 16 and 17)

¹⁹ See Art. 43 (3) EGBGB; Art. 102 Swiss PIL Act. This solution could also be included in the recital as an interpretive criteria of the general rule.

²⁰ See, for example, Art. 92 Belgian Law: *“La revendication d'un bien volé est régie, au choix du propriétaire originaire, soit par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa disparition, soit par celui de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication.*

Toutefois, si le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa disparition ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication.”

²¹ See, for example, Art. 90 Belgian Law: *“Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication.*

Toutefois, si le droit de l'Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication”.

²² Another possible approach is to address these issues under Article 9.

Chapter III. Other provisions

Article 9. Overriding mandatory provisions

1. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.
2. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a Member State for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the third-party effects of assignments of claims pursuant to this Regulation.

Article 10. Public policy (ordre public)

The application of a provision of the law of any State specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum.

Article 11. Exclusion of renvoi

The application of the law of any State specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that State other than its rules of private international law.

Article 12. States with more than one legal system

1. Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of proprietary rights, each territorial unit shall be considered as a State for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.
2. A Member State which comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of proprietary rights shall not be required to apply this Regulation to conflicts of laws arising between such units only.

Article 13. Relationship with other provisions of Union law

This Regulation shall not prejudice the application of provisions of Union law which, in relation to particular matters, lay down conflict of laws rules relating to proprietary rights.

Article 14. Relationship with existing international conventions

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict of laws rules relating to proprietary rights.
2. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.

Article 15. Application in time

1. This Regulation shall apply to proprietary rights created or acquired on or after [date of application].
2. The law applicable pursuant to this Regulation shall determine the priority between a proprietary right acquired on or after the date of application of this Regulation and a competing proprietary right acquired before this Regulation becomes applicable.

[Possible inclusion of a special rule in Brussels I on right in rem over movable property]

ANNEXE 2

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

<i>Présentation des travaux du sous-groupe (FJS)</i>	46
<i>I. Principes généraux du droit de l'Union</i>	48
<i>Abus de droit (JM)</i>	48
<i>Autonomie procédurale (MF)</i>	50
<i>Cohérence (FJS)</i>	55
<i>Confiance et reconnaissance mutuelles (MF)</i>	57
<i>Droits fondamentaux (Ch. K)</i>	62
<i>Equivalence et effectivité (MF)</i>	64
<i>Identités nationales (JM)</i>	66
<i>Libertés de circulation (GCM)</i>	67
<i>Proportionnalité (GCM)</i>	71
<i>Protection juridictionnelle effective – Protection des droits de la défense – Bonne administration de la justice (Ch. K)</i>	73
<i>Sécurité juridique (FJS)</i>	77
<i>Solidarité (dont coopération loyale) (JM)</i>	79
<i>II. Notions générales de DIP européen</i>	81
<i>Adaptation (Ch. K)</i>	81
<i>Autonomie de la volonté (CGB)</i>	84
<i>Clause d'exception (FJS)</i>	86
<i>Fraude à la loi (ou l'abus de droit) (PK)</i>	87
<i>Loi étrangère (HGT)</i>	89
<i>Lois de police (PK)</i>	91
<i>Ordre public (GCM)</i>	94
<i>Reconnaissance des situations (CGB)</i>	97
<i>Renvoi (PK)</i>	100
<i>Annexe : Tableau comparatif des dispositions des règlements européens en matière de droit international privé (conflits de lois) (PK)</i>	102

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 retenue 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. 1^{er} 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 principes de coopération loyale (art. 4.3 TFUE) et de protection juridictionnelle (art. 47 Charte UE).
- Le principe d'autonomie procédurale connaît des tempéraments. Il a pour limite le respect des principes institutionnels d'équivalence et d'effectivité. 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).
- Condition d'équivalence : 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.).
- Condition d'effectivité : 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 compétence judiciaire internationale ou de reconnaissance et d'exécution de décisions 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 condition procédurale du droit étranger, 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 l'application d'office d'une règle de compétence judiciaire : 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 Ibis, 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 l'application d'office d'un motif de refus 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 le statut procédural d'une règle européenne de conflit de lois :
 - 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 regl. 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 « loi de police européenne », 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 chevauchements²³.
2. De faire émerger des notions communes pour l'application des différentes règles (consommateur, travailleur, prestations de service, divorce²⁴, dommage²⁵).
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 lacunes²⁶.

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);
- 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,

²³ 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.

²⁴ CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-372/16, Sahyouni.

²⁵ CJUE 10 déc. 2015, affaire C-350/14, Florin Lazar/Allianz Spa.

²⁶ 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...

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 « prémisses » 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 connaît 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 lois de police 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 équivalence 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)²⁷

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),²⁸ « 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 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

²⁷ 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.

²⁸ 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.

l'article 8 de la CEDH.²⁹ 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] ». ³⁰

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 par 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.³¹ Cette **limitation des effets de la présomption** est une 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 2/13.³² 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.

²⁹ CJUE, 5.6.2018, C-673/16, nos. 48 à 50.

³⁰ CJUE, 22.12.2010, C-208/09, nos. 52, 88 s.

³¹ Cf. l'arrêt C-34/17, *Donnellan*.

³² 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'éviter 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'État 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 État 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'État d'accueil, y compris la loi désignée par la règle de conflit de cet État, utilisant le cas échéant le critère du siège réel (*Polbud*). De même, l'État 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 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*).
- 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 réglementation 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 lois de police 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. Loi étrangère).

- 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)³³ 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 n° 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 n° 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 n° 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).³⁴

(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 *Ibis* (cf. le considérant 16)³⁵. Dans la jurisprudence de la CJUE, le recours au concept de « bonne administration de la justice » intervient fréquemment³⁶ 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,³⁷ soit une interprétation plutôt stricte, défendue dans l'intérêt de la stabilité du droit et des relations juridiques.³⁸ 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 n° 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

³³ Par exemple au cons. 38 du règlement Bruxelles *Ibis* 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 *Ibis*.

³⁴ 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.

³⁵ Cf. également le cons. 15 du règlement 4/2009 concernant les obligations alimentaires.

³⁶ 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.

³⁷ Cf., pour le for du consommateur dans le règlement Bruxelles I, l'arrêt du 2.4.2020, C-500/18, *Reliantco Investments*, no. 63.

³⁸ 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.

parties, qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur, de bénéficiaire, notamment, d'un accès facilité à la justice et d'une prévisibilité des règles de compétence (...). »³⁹

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*,⁴⁰ 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.

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

³⁹ CJUE, 4.6.2020, C-41/19, *FX*, no. 40.

⁴⁰ CJUE, 26.4.2018, C-34/17.

(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/ Denavit 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 simplicité⁴¹ et est sollicité pour justifier l'interprétation littérale du texte⁴², ou la continuité dans l'interprétation des textes⁴³.

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 n° 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 n° 1257/2012 (brevet européen à effet unitaire)
- 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 :

⁴¹ 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.

⁴² CJCE 22 mai 2008, C-462/06, Glaxosmithkline.

⁴³ CJCE 14 mai 2009, C-180/06, IIsinger.

- 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 attiré » (arrêt Falco, répété régulièrement). V. aussi CJUE 7 nov. 2019 C-213/18 Easyjet, pt 54 pour assurer l'interprétation de l'article 33 § 1 de 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 européenne

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 ;⁴⁴ 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. »⁴⁵

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 *Ibis* dispose que

⁴⁴ 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).

⁴⁵ 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 successiois* 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.⁴⁶ 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 ».⁴⁷

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 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

⁴⁶ 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. »

⁴⁷ Consid. 17 du règlement 650/2012; consid. 26 des règlements 2016/1103 et 2016/1104.

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 connaît 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 dérogoire).

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 dérogoire” 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 principe de cohérence 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 19^e siècle (L. Boyer, « Sur quelques adages », *Biblioth. de l'Ecole des chartes*, 1998, p. 29 s.). En jurisprudence, le cas emblématique au 19^e 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'Union⁴⁸, 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, *Vinylys 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 fraude⁴⁹.

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.

Selon l'arrêt *Vinylys 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Selon l'avocat général, il s'agissait d'une question d'application du règlement Rome I.

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 soucieux 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) *Preuve 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**).

Lois de police (PK)

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 1^{er} 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 20^e 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 général⁵⁰), définit les lois de police (par.1^{er}), 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 strictes⁵¹ inspirées d'un compromis diplomatique et dans une certaine mesure du lobbying 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).

Incidence des principes européens

1. Lois de police du for

a) Les lois de police du droit européen dérivé

⁵⁰ Il s'agit de la question du sens de la référence aux « intérêts publics » dans le paragraphe 1^{er} 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* du 17 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.

⁵¹ 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.

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 accroît « 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'Etat du for ; (3) permettre au juge du for de faire application de lois de police appartenant à l'ordre juridique d'Etats 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 propos 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 prédictat 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 voulant 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 1^{er}, 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 reconnaître 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 *Menesson 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 19^e 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 1^{er}, 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 État 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 ce 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. 1^{er}, il réserve un renvoi dans deux situations différentes. La deuxième, celle du renvoi à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi, est reprise de l'article 4 de la Convention de La Haye du 1^{er} 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'État membre désigné par la règle de conflit étrangère, non s'il est appliqué dans un autre État membre. Néanmoins, c'est une extension de l'idée de renvoi au premier degré, les autres États membres reprenant la solution d'application de la loi de l'État membre désigné, pour réaliser une « cohérence » (cons. 57) de la loi applicable dans tous les États 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 règlements¹ 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 étranger² (au-delà des exclusions habituelles de l'art. 1^{er} 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.

¹ 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.

² Cf. Art. 13 LDIP suisse.

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

Convention de Rome

Règlement Rome I, article 1^{er}

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 1^{er}

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 1^{er} : **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, n° 12)].

Règlement Régimes matrimoniaux, article 1^{er}

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 1^{er}

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

préssumé, 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 33¹

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.

¹ L'article 33 prévoit le refus de la reconnaissance des *décisions* d'insolvabilité ouvertes dans d'autres États-membres ; indirectement, ce refus de reconnaissance entraîne une exception à l'applicabilité de la loi de l'État 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) n° 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.

ANNEXE 3

Jürgen Basedow, Should the European Union accede to the 2019 Hague Convention?

(Paper submitted to the 2020 GEDIP meeting)

1. At present, the recognition and enforcement of third-State judgments in the Member States of the EU is regulated in an inconsistent manner: the *Member States* can regulate the matter by their autonomous law, but not by international treaties, and the *Union* can conclude treaties, but has no homogeneous rules of its own which it could offer to the world.
2. The Union's accession to the 2019 Hague Judgments Convention (HJC) would be a first step towards a more consistent legal situation. It would be in line with general policy orientations of the EU: promotion of global trade; multilateralism; support of the Hague Conference.
3. The accession must be put into effect by a Council Decision to be taken, on a proposal by the Commission and after the consent of the European Parliament, by a qualified majority in the Council.
4. The autonomous rules of Member States on the recognition and enforcement of third-State judgments range from liberal rules that only examine the respect for procedural safeguards in the country of origin, through the requirement of reciprocity to the categorical refusal of recognition of third-State judgments in the absence of an international agreement. For Member States of the latter groups the accession to the HJC would imply a significant step of liberalisation which they may be reluctant to make, as it also includes the irreversible transfer of control to the EU. A qualified majority in the Council is not secured.
5. This situation is aggravated by the fact that all States, regardless of the quality and independence of their courts, are entitled to approve the HJC and thereby put contracting parties such as the Union under the obligation to recognise and enforce their judgments. Art. 29 HJC takes account of this and allows contracting parties to notify that they do not want to be bound to specific contracting states.
6. In the case of the EU, such notification would presuppose a Council Decision. The proposal can be submitted by the Commission; but in this case, the right of initiating the Decision should also be conferred on the Member States. Once the Union is a contracting party, the accession of an unwelcome third State has the effect of depriving the Member States of their ability to decide on the recognition of that State's judgments; the EU's accession entails a loss of control over the recognition of that third State's judgments for the Member States. They should have the right to initiate a Council Decision on a notification under Art. 29 HJC.
7. In addition, the Union should also lodge a Declaration under Art. 19 HJC, protecting its own financial interests and also those of the Member States.
8. It is unlikely that the maxim *exequatur sur exequatur ne vaut* can be maintained *within* the Union with regards to decisions taken in a Member State under the HJC on the recognition and enforceability of third-State judgments. The maxim is not in line with the quality of the Union as a single contracting party to the Convention.
9. In the case of the Union's accession the jurisdiction of the Member States for proceedings concerning the recognition and enforcement of third-State judgments should be regulated at the level of the Union. It should exclusively attach to the judgment debtor's domicile; in the absence of such domicile, the location of the judgment debtor's assets are decisive.
10. The need for further rules concerning applications for non-recognition and the *enforcement procedure* is to be examined. Rules of the Brussels I Regulation may serve as a model.

ANNEXE 4

Quelques remarques sur l'accession de l'UE à la Convention de La Haye (réponse à quelques points soulevés par Jürgen et Catherine)

A. Bonomi

1. La question de l'applicabilité de l'art. 15 – soulevée par Catherine au point 7 de son texte – est cruciale. Il me semble que même dans le cas d'accession de l'UE, chaque État membre doit se voir reconnaître la possibilité d'appliquer ses propres normes internes si elles sont plus favorables à la reconnaissance :
 - Cette possibilité me semble confirmée par l'art. 27(2) de la Convention.
 - Elle également la seule conforme à la *ratio* de l'art. 15 (*favor recognitionis*). Le Groupe pourrait prendre position sur ce point. En outre, les traités internationaux antérieurs ne sont pas affectés par la Convention (art. 23(2)).

Si cela est vrai, il a plusieurs conséquences, entre autres :

- Le souci exprimé par Catherine au sujet de la réception à l'étranger des jugements français (p. 2 de son texte) n'a pas raison d'être.
 - Le régime de reconnaissance des jugements d'États tiers ne sera pas réellement uniforme, il y aura toujours des différences entre un EM et l'autre
2. Je ne partage pas la remarque de Jürgen (point 8) concernant l'impossibilité de maintenir la maxime « exequatur sur exequatur ne vaut » : autrement dit, je ne crois pas qu'une décision de reconnaissance (ou de refus de reconnaissance) rendue sur la base de la Convention dans un EM puisse lier les autres EM.

Cet effet ne se produit même pas pour les jugements des EM sous l'empire des règlements européens : je ne vois pas pourquoi il devrait se produire pour les jugements d'États tiers sous l'empire de la Convention. Ce d'autant que certains motifs de refus doivent pouvoir être appliqués de manière différenciée d'un EM à l'autre : je pense notamment à l'ordre public.

3. Déclaration de l'art. 29. Je comprends d'une part les réticences de Catherine (p. 3 de son texte), mais je considère que la déclaration de l'art. 29 constitue quand même un garde-fou important qui peut encourager les États à ratifier la Convention (et aider à trouver une majorité en ce sens au sein de l'UE).
4. Je suis entièrement d'accord avec Jürgen (point 6 e son texte) quant au fait que les EM devrait (tout au moins) pouvoir exercer l'initiative concernant la déclaration prévue à l'art. 29. Mais j'irais même plus loin sur ce point.
5. L'idéal serait que chaque EM soit autorisé à faire cette déclaration. Or, j'admets que cela est probablement incompatible avec la Convention... (question d'interprétation

des art. 27(2) et 29 ?). Si tel est le cas, je me demande si, au lieu de ratifier la Convention, l'UE ne devrait finalement pas se limiter – si une majorité favorable à la Convention se dégage – à recommander la ratification/accession par chaque EM, avec la conséquence que chacun d'entre eux pourrait soulever de manière indépendante la déclaration de l'art. 29. Le risque d'application « à géométrie variable » ne me semble pas problématique, dans la mesure où il y a de toute manière l'art., 15 (cf point 1).

6. Si l'UE décide de ratifier elle-même (et s'il est confirmé que les EM ne peuvent pas faire la déclaration à titre individuel, cf. point 5), il est important que la barre pour la déclaration de l'art. 29 ne soit pas placée trop haut : au lieu d'exiger une majorité qualifiée pour la déclaration, il me semble que l'UE devrait accepter de faire la déclaration chaque fois que cela est demandé par un nombre d'État équivalent à la « minorité de blocage » dans le cadre de la procédure ordinaire (soit 9 EM, soit autant d'EM représentant plus que 35% de la population européenne).

En effet, au moment de l'accession de la part de l'UE, la « minorité de blocage » aura la possibilité de conditionner son accord à l'accession à une déclaration au sens de l'art. 29 contre certains États tiers qui auraient déjà ratifié la Convention. Logiquement, cette même « minorité » devrait pouvoir imposer cette déclaration par la suite, à l'encontre d'un nouvel État contractant.

7. La « rigidité » de la déclaration – signalée dans l'article de Cristina Mariottini et rappelée par Catherine (p. 3, point 2) – reste un problème. Elle pourra toujours être retirée si les conditions d'indépendance du judiciaire s'améliorent dans l'État tiers concerné, mais elle ne pourra pas être faite dans le cas inverse...
8. Je partage l'avis de Catherine que les tribunaux européens devraient pouvoir utiliser la clause d'ordre public lorsque les juges de l'État tiers d'origine ne sont pas indépendants et impartiaux (p. 5, point 9). Une déclaration formelle dans ce sens n'est certes pas prévue par la Convention, mais cela n'empêche que les institutions de l'UE recommandent aux EM, lors de l'accession, de suivre cette interprétation de l'ordre public : le Groupe pourrait encourager une déclaration dans ce sens.

À mon avis, cette recommandation pourrait aller encore plus loin et encourager les EM à appliquer l'ordre public dans tous les cas où l'État d'origine souffre manifestement d'un « systemic lack of due process », pour reprendre l'expression utilisée dans les lois uniformes américaines (ainsi que dans certaines décisions de la CEDH, bien que dans un contexte différent).

AB/17.09.2020

ANNEXE 5

GEDIP 2020

Discussion sur la consultation de la Commission à propos de l'éventuelle ratification par l'UE de la Convention de La Haye de 2019¹

Contribution de Catherine Kessedjian

Introduction

La consultation de la Commission a été préparée essentiellement pour entendre le point de vue des personnes et entreprises qui ont des activités économiques sur le terrain.

Toutefois, plusieurs questions, d'ordre plus général, peuvent, à mon avis, faire l'objet d'une contribution du GEDIP qui pourrait être utile pour la Commission.

Pour ceux d'entre vous qui n'ont pas pu accéder au questionnaire, je reproduis ci-dessous les questions (en anglais car je n'ai trouvé d'autre version linguistique) qui, à mon avis, pourraient appeler notre attention¹.

¹J'ai bien remarqué que certains d'entre nous sont réticents à une quelconque action du GEDIP à cet égard. Cette contribution ne part donc pas d'un présupposé que nous agirons, mais se veut seulement comme une participation à la décision à prendre de savoir si le GEDIP soumet une contribution. Pour ma part, une contribution limitée aux points que j'aborde dans ce document me paraîtrait une contribution utile.

Sur la question 29, il ne me semble pas que le GEDIP ait à contribuer directement en réponse à cette question. Toutefois, il est possible de « retourner la question » de deux manières : 1°) On peut signaler à la Commission que la Convention va entraîner une rétrogradation du statut des jugements étrangers (i.e. d'Etats tiers) dans certains Etats membres, comme la France, si bien que l'on peut penser que les jugements rendus en France après une éventuelle accession à la Convention de La Haye soient moins bien reçus à l'étranger qu'ils ne le sont aujourd'hui. Je n'ai pas conduit une étude empirique à cet égard, mais il est clair que les règles de la Convention de La Haye sont beaucoup moins libérales que ne l'est le droit commun français de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. Le GEDIP pourrait contribuer en donnant une liste de pays européens qui se trouveraient dans ce cas (au moins pour les pays qui sont « représentés » au sein du GEDIP).

2°) On peut lier cette question à l'article 29 de la Convention de La Haye (v. la discussion ci-dessous) même si je pense que cette discussion est mieux placée à la suite des questions 34 et 35.

Sur la question 30, il n'est pas certain que le GEDIP ait l'expertise nécessaire pour répondre à cette question. Toutefois, il est possible que certains d'entre nous puissent alimenter la connaissance de la Commission sur cette question. Peut-être que, dans ce cas, les réponses individuelles seraient plus appropriées. Mais elles pourraient être compilées dans une réponse du GEDIP.

Sur les questions 34 et 35 qui doivent être prises ensembles, c'est là que, à mon avis, la discussion sur l'article 29 de la Convention de La Haye prend sa place naturelle.

Je suis personnellement très réticente par rapport à une disposition telle que la déclaration possible en vertu de l'article 29 de la Convention. Je le dis très brièvement dans l'article qui a été publié à la Revue néerlandaise de droit international privé, dont je crois j'ai omis de vous envoyer une copie. Cet oubli est réparé en document attaché au message qui vous transmet la présente note².

² Je signale d'ailleurs que dans la même livraison de la revue il y a une contribution de M. Wilderspin qui examine la Convention en partant du prisme de l'Union européenne. Malheureusement, malgré mes demandes itératives au gestionnaire de la revue, je n'ai jamais reçu cette contribution. Je viens de la demander à Michael. Si l'un ou l'autre d'entre vous avait déjà cet article, il nous serait probablement utile.

Les raisons de ma réticence sont les suivantes :

1. La philosophie derrière un tel mécanisme est ancrée dans les vieux concepts du 19^{ème} siècle de « souveraineté étatique »³. On se retrouve dans des mécanismes puisant à la même politique juridique que la protection diplomatique (dont tout le 20^{ème} siècle a cherché à se sortir), mais avec le grand inconvénient qu'une telle déclaration est générale et abstraite et atteint tous les citoyens, alors que la protection diplomatique a l'intérêt d'être un mécanisme au cas par cas. De plus, si l'on suit la logique de la « souveraineté » on doit aussi faire appel à la fameuse *comitas gentium* qui vient poser une limite à un exercice trop unilatéral de la souveraineté.

³ Je suis toujours étonnée quand des jeunes chercheurs, telle Cristina M. Mariottini, dont l'article est par ailleurs bien fait, semblent épouser ces vieux principes.

2. Une telle déclaration, comme l'explique C. Mariottini, est très rigide. Elle n'est pas disponible en continue. Elle ne peut donc pas s'adapter à l'évolution du pays en cause. Il me semble que c'est aussi ce que dit Jürgen, même s'il ne semble pas y voir un inconvénient parce que son angle d'attaque est une question de compétence au sein de l'Union pour émettre une telle déclaration. Or nous savons par expérience, même au sein de l'UE, et malgré la présence de la Cour de Strasbourg, que l'indépendance d'un système judiciaire évolue au gré des évolutions politiques. Je serais donc moins opposée aux déclarations de cette nature si elles pouvaient être faites tout au long de la vie de la Convention et s'adapter au gré des évolutions politiques de chaque pays.
3. De plus, l'impartialité ou l'absence d'impartialité des juges d'un pays est une question extrêmement délicate à évaluer de manière générale, même si je reconnais, comme le dit Jürgen, que dans certains pays, il s'agit d'une difficulté systémique, même si je ne suis pas convaincue par l'anecdote rapportée par Jürgen qui présente tous les inconvénients du « *gossip* ».
4. La question est de savoir qui, au sein des pouvoirs assurant la gouvernance d'un Etat, est le mieux placé pour apprécier cette question : l'exécutif ou le judiciaire. Poser cette question c'est aussi se demander s'il est préférable d'avoir une déclaration générale

qui empêchera toute reconnaissance d'un jugement, quelles que soient les circonstances spécifiques de l'affaire, ou bien s'il est plus efficace d'avoir une règle permettant un examen au cas par cas, ce pour quoi le juge est le mieux placé.

5. Poser la question au point 4 ci-dessus, revient à étudier et répondre à la question 34 de la consultation. Mais avant de regarder cette question de manière précise, il convient de se souvenir du champ d'application très étroit de la Convention de La Haye de 2019. Ce sont essentiellement les activités économiques des entreprises qui sont visées. Or, dans un très grand nombre de cas, lorsqu'il y a contrat, il y aura une clause d'arbitrage et si celle-ci est violée par le juge local, je pense qu'aucun des Etats membres de l'UE n'acceptera de reconnaître ou d'exécuter un tel jugement⁴. Il reste essentiellement les affaires délictuelles. Ce sont celles-là qui à mon avis peuvent inquiéter les entreprises européennes. Mais, en regard, ce sont aussi les demandeurs qui doivent être protégés si l'entreprise a conduit des activités qui entraînent un dommage⁵. Donc, la balance des intérêts doit être conservée en mémoire. De plus, on doit se demander si l'on veut protéger une entreprise au-delà de ce qu'elle fait elle-même. Si elle a pris le risque d'investir ou de conduire des activités dans un pays dont le système juridique ou judiciaire posent problème, doit-on être plus royaliste que le roi ? Par ailleurs, si grâce à un système juridique défaillant, elle a conduit des activités dommageables, doit-elle être protégée ?

⁴ Mais cette question est extérieure à la Convention puisque l'arbitrage en est exclu.

⁵ Ce sont les affaires qui concernent la RSE pour lesquelles le GEDIP a formé un sous- groupe de travail.

6. C'est là qu'il convient d'analyser les articles 5, 6 et 7 de la Convention comme nous y invite la question 34 de la Consultation.
7. Sur l'article 5, je regrette qu'un chef de compétence fondé sur la lutte contre le déni de justice (for de nécessité) n'ait pas été intégré dans cet article. Je conçois que ce n'est pas forcément un problème en tant que tel puisque les Etats peuvent appliquer des règles « plus favorables » grâce à l'article 15. Mais on plaidera peut-être longtemps pour savoir si d'exécuter un jugement rendu par un tribunal sur la base d'une compétence telle que celle-ci, correspond bien à ce que l'article 15 vise⁶. De plus, comme le dit Jürgen, la Convention tombe dans la compétence exclusive de l'Union. La question est donc de savoir quelle est la portée de l'article 15 à l'égard des EM de l'UE pris isolément. Et plus générale, les EM ont-ils un devoir d'application uniforme de la Convention ? Il me semble qu'une contribution du GEDIP serait la bienvenue sur cette question⁷.

⁶ En préparant cette note, j'ai regardé le site de la CODIP et je n'y ai pas trouvé le rapport explicatif. J'ai une version provisoire de ce rapport. Paco pourra nous dire si cela est la bonne version. Voici ce que dit ce texte sur l'article 15 :

« Article 15 – Recognition or enforcement under national law

1. Article 15 deals with how the Convention relates to national law. According to this provision, and subject to Article 6, the Convention does not prevent the recognition or enforcement of judgments under national law. This provision is based on a *favor recognitionis* principle. If a judgment cannot be recognised or enforced under the Convention, because, *e.g.*, it is not eligible according to Article 5, a

party may still seek recognition or enforcement under national law. In other words, the Convention sets out a minimum standard for mutual recognition or enforcement of judgments, but States may go further.

2. If a judgment is not eligible for recognition or enforcement under the Convention, the national law of the requested State determines whether a party may resort to national law “as a whole” or may combine provisions from both systems. Thus, it is possible that in accordance with national law, the judgment creditor may benefit from the jurisdictional filters laid down by national law, if they are more generous than those contained in Article 5 of the Convention, but also benefit, for example, from the grounds for refusal set out by the Convention, if they are more liberal than those contained in national law.

3. However, Article 6 prevents national law being invoked to grant recognition or enforcement to a judgment that infringes the exclusive basis of jurisdiction in that provision [*note infra paginale omise*]. ».

⁷Je me suis demandé également s’il conviendrait, par ailleurs, de conduire une analyse sur chaque chef de compétence pour voir si des difficultés propres à l’Union européenne surgissent. Mais j’aurais plutôt tendance à répondre par la négative sur cette question.

8. Sur l’article 6, je n’ai rien à dire.
9. Sur l’article 7, je trouve personnellement regrettable que l’indépendance, l’impartialité ou la neutralité du tribunal d’origine n’ait pas été spécifiquement visés dans le texte comme étant inclus dans l’exception d’ordre public. Et comme le texte du rapport est silencieux sur ce point⁸, il est à craindre que certains juges refusent d’entrer en matière ou ne soient trop timides pour refuser la reconnaissance et l’exécution d’un jugement sur ce fondement. Je me suis demandé, dès lors, si l’on ne devrait pas conseiller à l’UE de faire une déclaration non pas au titre de l’article 29, mais au titre de l’article 7 pour dire que l’ordre public au sein de l’Union européenne devrait comprendre cette question. Deux obstacles me paraissent rendre cette action difficile, voire impossible : (a) la Convention ne permet pas une telle déclaration ; (b) je ne vois pas, de toute manière, l’UE faire une telle déclaration quand, au sein de ses propres EM, on peut avoir des doutes sur certaines juridictions.

⁸ Point à confirmer par Paco.

Pour conclure cette trop longue note, je ne m’opposerai pas à une résolution du GEDIP dans le sens indiqué par Jürgen, même si je pense que ce n’est pas un système optimal (pour dire le moins) et si l’UE aura peut-être des difficultés à faire une telle déclaration pour les raisons indiquées et des raisons de réciprocité négative.

ANNEXE 6

Christian Kohler

18.9.2020

GEDIP – Réunion virtuelle 2020 – Actualités du droit de l'Union

Limites de l'intégration européenne dans la jurisprudence récente du *Bundesverfassungsgericht* : répercussions potentielles sur le droit international privé

Quand notre présidente m'a proposé de vous informer de l'arrêt « BCE » du Tribunal constitutionnel fédéral allemand (*Bundesverfassungsgericht* – *BVerfG*) du 5 mai dernier et du conflit ainsi déclenché avec l'Union européenne et notamment la Cour de justice de Luxembourg, j'ai accepté cette tâche très volontiers mais sans en mesurer l'ampleur. En effet, pour comprendre la portée de l'arrêt et le conflit avec l'Union, il était incontournable de rappeler la jurisprudence antérieure du *BVerfG* en matière de l'intégration européenne, afin de préciser notamment les *limites de l'intégration* telles qu'elles résultent de cette jurisprudence. L'ampleur de la tâche ne diminuait pas lorsque je réfléchissais aux répercussions potentielles de la jurisprudence récente du Tribunal de Karlsruhe sur le droit international privé. Le texte que j'ai rédigé par la suite étant trop long pour une présentation dans le cadre des « Actualités », je vais me concentrer ici sur les répercussions potentielles de la jurisprudence de Karlsruhe sur le DIP et ne donner qu'un aperçu très succinct de cette jurisprudence.

Quelles sont donc les limites de l'intégration que l'arrêt du *BVerfG* du 5 mai a fait douloureusement sentir ? Par cet arrêt, le Tribunal de Karlsruhe a jugé que le programme d'achat d'actifs du secteur public sur les marchés secondaires (le *Public Sector Asset Purchase Programme* – *PSPP*) de la Banque Centrale Européenne (BCE) ainsi que l'arrêt préjudiciel C-493/17 de la CJUE y relatif avaient été pris en excès de compétence (« *ultra vires* ») et étaient inopérants en Allemagne. Faisant droit à plusieurs recours constitutionnels, le Tribunal jugea que le gouvernement fédéral et le Bundestag avaient violé les droits des requérants dans la mesure où ils se sont abstenus d'agir contre l'omission de la BCE qui n'a, dans ses décisions relatives à l'adoption et à la mise en œuvre du *PSPP*, ni vérifié ni précisé la *conformité au principe de proportionnalité* des mesures adoptées. Le même reproche fut adressé à l'arrêt préjudiciel de la Cour de Luxembourg que le *BVerfG* avait lui-même sollicité. C'est la première fois qu'un organe constitutionnel de l'Allemagne a ouvertement exercé un pouvoir de contrôle, non prévu par le droit de l'Union, et nié la validité de décisions d'une institution de l'Union, la BCE, et de la Cour de Luxembourg. Aussi grave qu'elle puisse paraître, cette insurrection ne venait guère comme surprise – au contraire, elle était annoncée et trouve son origine dans deux arrêts antérieurs, concernant la ratification du traité de Maastricht (1993) et celui de Lisbonne (2009), dans lesquels le *BVerfG* a exposé sa vision de l'intégration et de l'Union européennes.

Pour la juridiction allemande, l'Union est une confédération *sui generis* d'États souverains soumise au principe d'attribution, et toute action des pouvoirs allemands accompagnant ou favorisant l'intégration européenne doit respecter la double limite de se tenir dans les confins des compétences attribuées par les traités et de ne pas mettre en cause *l'identité constitutionnelle* de l'Allemagne résultant de la Loi fondamentale (LF). Dans cette vision de l'Union, les États membres restent les maîtres des traités (*die Herren der Verträge*), et il incombe au *BVerfG* de contrôler si l'Union respecte les limites des compétences attribuées par les traités et qui ont fait l'objet de la loi allemande de ratification. Tout acte des institutions de l'Union pris *ultra vires*, c'est-à-dire en violation de ces limites, est inopérant en Allemagne et sans effet contraignant pour les autorités nationales. Le contrôle des limites de l'intégration par le *BVerfG* peut être déclenché par tout citoyen qui par un recours constitutionnel fait valoir que son « droit à la démocratie », lequel est exercé moyennant le droit de vote garanti par la LF, a été violé par un acte des pouvoirs allemands concernant l'intégration européenne. La justification de ce contrôle fait apparaître le désaccord, voire la dissension entre le *BVerfG* et la CJUE au sujet de la nature et des effets du droit de l'Union : si pour la Cour de Luxembourg la primauté et l'effet direct de ce droit proviennent de son *autonomie* en tant qu'ordre juridique indépendant, le Tribunal de Karlsruhe insiste sur ce que le droit de l'Union ne détient ces

caractéristiques que sur le fondement et dans les limites de la loi nationale de ratification. Or, la menace sous-jacente qu'implique la théorie de l'acte *ultra vires*, développée en 1993 dans l'arrêt « Maastricht », était restée sans conséquence jusqu'à l'arrêt « BCE » du 5 mai 2020.

Cela n'empêche que par une ordonnance du 13.2.2020 le *BVerfG* a encore étendu son pouvoir de contrôle puisqu'il vérifie désormais aussi la régularité *formelle* des actes du législateur allemand en matière de l'intégration européenne. Cette ordonnance a fait droit à des recours constitutionnels dirigés contre la loi autorisant la ratification par l'Allemagne de l'*accord relatif à une juridiction unifiée du brevet* en faisant valoir que cette loi n'avait pas été adoptée par une majorité de deux tiers des membres du Bundestag et du Bundesrat contrairement à la disposition de la Loi fondamentale qui exige une telle majorité pour les lois modifiant les bases conventionnelles de l'Union européenne qui modifient ou complètent la LF. C'est cette ordonnance qui retiendra notre attention dans un instant du fait qu'elle soulève certaines interrogations intéressant les conflits de juridictions.

Or, en ce qui concerne les répercussions potentielles sur le DIP il convient d'abord d'évoquer l'arrêt de 2009 concernant la ratification par l'Allemagne du traité de Lisbonne. Dans cet arrêt, le *BVerfG* a notamment souligné que l'unification européenne ne saurait être réalisée de sorte que les États membres ne disposent plus de possibilités suffisantes permettant « l'organisation politique des conditions de vie économiques, culturelles et sociales ». Il a précisé que « l'auto-détermination démocratique » implique, entre autres, « la possibilité de s'affirmer dans son propre espace culturel » et que les décisions concernant notamment le secteur de l'éducation, le régime linguistique, la condition des communautés religieuses et, *last but not least*, le droit de famille doivent rester de la compétence des États membres. Dans l'arrêt « Lisbonne », cette réserve a trouvé un double écho dans le cadre des compétences concernant la coopération judiciaire en matière civile transférées à l'Union par l'article 81 du traité TFUE. D'une part, le Tribunal insiste que « les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière », pour lesquelles l'article 81, par. 3, TFUE prévoit une procédure législative spéciale, doivent correspondre à celles énoncées pour les autres matières au paragraphe 2 de cet article et que, si tel n'est pas le cas, la participation de l'Allemagne à l'adoption de la mesure exigera une loi *préalable* du Bundestag. D'autre part, une loi préalable est *toujours* exigée dans le contexte de l'utilisation de la « passerelle » de l'article 81, par. 3, TFUE qui permet, pour des aspects du droit international privé de la famille définis dans la décision, de passer de la procédure législative spéciale (où le Conseil statue à l'unanimité après consultation du Parlement) à la procédure ordinaire (codécision du Parlement et du Conseil, ce dernier statuant à la majorité qualifiée). Pour ces procédures de modification et de révision, la ratification par les États membres n'est pas requise. Toutefois, la proposition de la Commission est transmise aux parlements nationaux, et en cas « d'opposition d'un parlement national (...) la décision n'est pas adoptée ». Or, pour le *BVerfG*, le simple silence du législateur ne suffit pas pour légitimer la participation de l'Allemagne à la révision ou modification envisagée. Aussi le Tribunal constitutionnel exige-t-il en principe une loi *préalable* du Bundestag approuvée par le Bundesrat. Ainsi, aucun élargissement des compétences et aucune modification des modalités pour l'adoption des mesures en matière de droit international privé de la famille ne sauraient être adoptés sans l'accord préalable du législateur allemand.

Or, l'arrêt « Lisbonne » va plus loin puisque le *BVerfG* a catégoriquement verrouillé la voie vers une harmonisation des règles *matérielles* du droit de la famille. En effet, en tant qu'élément essentiel de l'identité nationale où s'affirme et s'organise « l'espace culturel » du pays, ce secteur du droit est entièrement soustrait à la compétence de l'Union européenne. La protection de cet élément de l'identité nationale justifierait même un contrôle *a posteriori* par le *BVerfG* des actes de l'Union adoptés *ultra vires* dans ce domaine. À la réflexion, la prémisse derrière cette vision des compétences réservées, à savoir la possibilité de séparer nettement les règles matérielles des règles de conflit, ne résiste pas à l'analyse : dans maints contextes les règles de conflit de lois et de juridictions peuvent conduire à une *modification déguisée* des règles matérielles en la matière. C'est vrai par exemple dans les cas où les règlements européens obligent de reconnaître des décisions de juridictions d'autres États membres sans égard à la loi appliquée par le juge d'origine. Même lorsque, dans le domaine du droit

de la famille, les règles de conflit de lois sont les mêmes dans les États concernés, des rejets sur les règles matérielles sont inévitables et peuvent conduire à des constellations familiales non prévues par la loi du for. C'est notamment le cas lorsque les parties peuvent choisir la loi applicable au rapport de droit litigieux et que le juge doit « importer » dans l'État du for la solution prévue dans la loi étrangère choisie. Dans de tels cas, la « protection » de l'ordre juridique du for contre l'importation de solutions étrangères n'est possible que par le biais de l'ordre public. Or, dans les relations entre États membres, le recours à cette réserve obéit à des conditions restrictives et ne doit pas mettre en cause les objectifs des règles du droit de l'Union.

Prenons un exemple tiré de l'affaire récente C-249/19 devant la Cour de Luxembourg : En matière matrimoniale, il paraît que les juridictions roumaines refusent de prononcer une séparation de corps en application d'une loi étrangère, cette institution étant inconnue en droit roumain. Or, cette jurisprudence est très probablement incompatible avec le règlement Rome III lorsque, en vertu des règles de conflit de cet instrument, la loi applicable prévoit la séparation de corps et que la partie intéressée en fait la demande. Toujours en matière matrimoniale, les juridictions de l'État membre A ne sauraient refuser l'application de la loi de l'État membre B au titre de l'ordre public au motif que cette loi soumet le divorce à des conditions plus strictes que la loi de A. Si la loi applicable est celle d'un État tiers, l'ordre public pourrait jouer plus facilement.

Une modification déguisée des règles matérielles du for en matière familiale peut en outre résulter de l'application des règles de reconnaissance résultant du droit primaire. Ainsi, la CJUE a jugé dans l'affaire *Coman* que le mariage homosexuel d'un ressortissant roumain, conclu en Belgique avec un Américain, devait être reconnu en Roumanie aux fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé de l'époux du citoyen de l'Union malgré le fait que le mariage entre personnes de même sexe n'est pas reconnu en droit roumain. Pour s'y opposer, la Roumanie, soutenue entre autres par la Lettonie, faisait valoir que la conception du mariage comme une union entre un homme et une femme est protégée dans plusieurs États membres par des normes de rang constitutionnel et qu'une restriction éventuelle aux droits découlant de la citoyenneté de l'Union qui en résulterait serait justifiée pour des *raisons liées à l'ordre public et à l'identité nationale*. Pour rejeter cet argument, la Cour se limite à la simple affirmation que l'obligation de reconnaître le mariage homosexuel « aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers ne porte pas atteinte à l'institution du mariage » et n'implique pas d'ouvrir cette institution à des personnes de même sexe. Or, c'est mettre de la poudre aux yeux : compte tenu du rejet catégorique du mariage homosexuel par le droit roumain, l'obligation de reconnaître un tel mariage, à quelque fin que ce soit, porte atteinte à la cohérence de l'ordre juridique interne et affecte sa crédibilité. Il est probable que d'autres effets de la reconnaissance, relevant du droit public et même du droit privé, s'ajouteront à l'octroi d'un droit de séjour à l'époux d'un citoyen de l'Union, confirmant ainsi la modification déguisée du droit roumain de la famille.

Il n'est pas exclu que le *BVerfG* qualifierait d'*ultra vires* et dépourvu d'effets en Allemagne une modification déguisée du droit de la famille liée aux effets des règles de droit international privé ou résultant d'un arrêt de la CJUE. Un tel verdict serait même probable si le législateur de l'Union adoptait un acte relatif aux règles matérielles du droit de famille, éventuellement combiné avec des règles d'application. Prenons l'exemple hypothétique d'un règlement adopté dans le contexte de la lutte contre les « mariages d'enfants » et fixant l'âge de nubilité (après un compromis entre le Nord et le Sud de l'Europe) à 17 ans, cette règle s'appliquant à toute personne résidant dans un État membre de l'Union : d'après les affirmations dans l'arrêt « Lisbonne », une telle modification d'une règle matérielle du droit de la famille devrait être qualifiée d'*ultra vires* par le Tribunal de Karlsruhe.

Je serai beaucoup plus bref au sujet des interrogations de DIP que suggère l'ordonnance du *BVerfG* du 13.2.2020. En fait, ces interrogations portent sur l'incompétence des juridictions nationales comme *problème de droit constitutionnel*. Après une analyse de la *juridiction unifiée du brevet* créée par l'accord de 2013, le *BVerfG* affirme que l'accord implique une modification de la Loi Fondamentale (ce qui nécessite une loi adoptée par une majorité de deux tiers). La nouvelle juridiction a une

« compétence exclusive » pour les litiges liés aux brevets européens, notamment les actions en contrefaçon, les actions en nullité, les actions en dommages-intérêts etc. En Allemagne, ce contentieux relève actuellement de la compétence du Bundespatentgericht, créé en vertu d'une disposition de la LF. Les attributions de ce tribunal fédéral étant globales, tout transfert de compétences à une juridiction supranationale « évinçant les juridictions allemandes » constitue pour le BVerfG une modification matérielle de la LF. Le Tribunal constitutionnel ajoute qu'un tel transfert de compétences affecte notamment la garantie des droits fondamentaux de la LF, lesquels ne peuvent plus être protégés par les juridictions allemandes.

Cette analyse invite à réfléchir sur une question parallèle qui se présente dans le contexte de la réglementation des *conflits de juridictions* d'un pays donné : toute réglementation de la compétence judiciaire internationale qui conduit à la compétence des juridictions d'un autre pays implique *l'incompétence* des juridictions nationales et, partant, leur « éviction » au profit de juridictions étrangères. Dans de tels cas, ni les règles de conflit de lois ni, le cas échéant, le droit matériel que le juge du pays « évincé » appliquerait normalement, ne peuvent s'imposer, et le même constat vaut pour les droits fondamentaux de ce pays. Ces conséquences suggèrent de poser la question de savoir si, et dans quelles conditions, une réglementation de la compétence judiciaire internationale qui conduit à l'incompétence des juridictions nationales affecte la constitution de l'État concerné, voire en comporte une modification. Pour s'approcher de cette question, il est utile de distinguer entre deux hypothèses dont la première vise les cas où le contentieux dans un domaine donné est, *ratione materiae*, transféré *en bloc* à une juridiction étrangère (ou internationale) et la seconde, les cas où l'incompétence des juridictions nationales résulte, *ratione loci*, des règles de compétence judiciaire internationale. Malgré les différences catégorielles entre ces hypothèses, le point de départ commun dans la perspective de la constitution est le droit du justiciable à une protection juridictionnelle par les juridictions de son pays qui est protégé tant par les constitutions nationales que par le droit de l'Union et, entre autres, la CEDH. Dans la première hypothèse ce droit est entièrement refusé pour un contentieux donné, tandis que dans la seconde, le refus de protection juridictionnelle résulte de l'absence des facteurs dont les règles applicables font dépendre la compétence judiciaire des juridictions nationales. Or, dans les deux hypothèses, le refus de protection juridictionnelle dans un pays donné doit être justifié aux yeux des textes qui la garantissent.

(a) Dans l'hypothèse du transfert à une juridiction étrangère d'un contentieux entier *ratione materiae*, le refus de protection juridictionnelle par le pays d'origine peut être justifié lorsque, d'une part, la juridiction *ad quem* présente des garanties adéquates et suffisantes pour assurer une protection juridictionnelle équivalente à celle du pays d'origine et que, d'autre part, il peut raisonnablement être demandé au justiciable de faire face aux complications liées à la conduite du litige hors du pays d'origine. Dans le cas de la juridiction unifiée du brevet, il y avait, au moins pour le BVerfG, une base suffisante pour considérer que ces conditions étaient remplies.

(b) Dans l'hypothèse de l'incompétence des juridictions nationales résultant des règles de compétence judiciaire internationale, le refus de protection juridictionnelle par le pays d'origine ne peut être justifié que si les règles de compétence respectent les exigences du droit fondamental « à accéder à un tribunal » indépendant et impartial. Or, ce droit fondamental ne garantit pas nécessairement l'accès aux juridictions *nationales* du justiciable. Plutôt, il appartient au législateur de fixer les conditions d'accès aux propres juridictions, et il est généralement accepté que les États disposent dans ce contexte d'une liberté d'appréciation importante. La problématique est normalement examinée dans la perspective du défendeur étranger afin de répondre à la question de savoir dans quelles conditions celui-ci peut être attiré devant le juge du for. À cet égard, il existe un consensus général que les règles de compétence directe doivent en principe être fondées sur un lien suffisamment étroit entre les parties ou l'objet du litige et l'État du for. La question est rarement perçue comme relevant du droit *constitutionnel* de cet État, l'exception notoire étant fournie par les États-Unis. De toute manière, dans un système de règles de compétence directe, *l'incompétence* des juridictions nationales résulte normalement de l'absence des rattachements fondant la compétence du juge saisi et est considérée

comme justifiée pour cette raison. Cette justification connaît cependant des limites lorsqu'aucune juridiction étrangère ne se déclare compétente ou que la ou les juridictions normalement compétentes refusent, ou ne sont pas en mesure, d'exercer leur compétence. Dans ce cas, afin d'éviter que le demandeur ne se trouve face à un déni de justice, la garantie constitutionnelle de la protection juridictionnelle *effective* oblige en principe la juridiction saisie d'exercer une compétence en tant que *forum necessitatis*, étant entendu que même dans un tel cas, un lien suffisant entre le litige et le juge saisie peut être exigé. Ces garanties constitutionnelles doivent aussi être sauvegardés lorsque les règles de compétence judiciaire font l'objet d'un acte de l'Union ou d'une convention internationale.

ANNEXE 7

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (2019-2020)

La période couverte par ce rapport ne fait pas partie de la catégorie des grandes années de la jurisprudence de la Cour européenne ayant trait au droit international privé. On présentera une décision et un arrêt touchant non-reconnaissance ou demi-reconnaissance, en vertu de la jurisprudence française en vigueur à l'époque, des décisions étrangères en matière de gestation pour autrui (I), puis on mentionnera un cas de déchéance de nationalité confronté à la Convention (II) ; viendront enfin les désormais classiques cas d'enlèvement d'enfants, qui n'ont pas donné lieu à une évolution de la jurisprudence, mais à une affaire factuellement intéressante, l'affaire *Rinau c. Lituanie* (III).

I. – Reconnaissance et non-reconnaissance des situations constituées à l'étranger

Les deux affaires *C. et E. c. France* et *D. c. France* représentent la suite, en termes de jurisprudence, de l'avis consultatif de la Cour du 10 avril 2019, « relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française » (présenté à la réunion de Katowice). Dans cet avis consultatif, qui a trait à l'affaire *Menesson c. France*, la Cour avait émis un *nihil obstat* européen à l'égard de la jurisprudence alors existante de la Cour de cassation française qui admettait désormais (après la condamnation de la première jurisprudence française par les arrêts *Menesson* et *Labassee* de 2014) la transcription de la filiation de l'enfant né par gestation pour autrui à l'égard de son père d'intention qui était également le père biologique (ayant par conséquent fourni le matériel génétique nécessaire, les gamètes masculins) mais la refusait à l'égard de la mère d'intention qui n'avait pas donné naissance à l'enfant ; la mère d'intention pouvait toutefois obtenir la création d'un lien de filiation juridique par la voie d'adoption.

Dans les deux affaires rendues au cours de la période 2019-2020, il s'agissait de deux variantes de cette même situation. Dans l'affaire *C. et E. c. France*, les gamètes féminins avaient été fournis par une tierce donneuse (non pas par la mère d'intention) ; dans l'affaire *D. c. France* en revanche, la mère d'intention était en même temps la mère génétique, dont les ovules avaient permis la conception de l'enfant. Les deux mères d'intention s'étaient vu renvoyer, par les tribunaux français, à la procédure d'adoption. Elles introduisent chacune une requête contre la France devant la Cour européenne des droits de l'homme. Les deux requêtes sont rejetées – la requête dans l'affaire *C et E* par voie de décision (solution réservée aux cas qui paraissent évident à la Cour : défaut manifeste de fondement), la requête dans l'affaire *D.* (plus complexe en raison de l'existence d'un lien biologique entre la mère d'intention de l'enfant) par voie d'arrêt sur le fond.

C. et E. c. France, décision du 19 novembre 2019, nos 1462/18 et 17348/18

Situation de base : deux couples hétérosexuels avec leurs enfants ; gestation pour autrui donnant lieu (dans l'affaire C.) à la naissance d'un enfant, également requérant, en Floride (dans l'affaire E.) de triplets (également requérants) au Ghana.

Les motifs de la décision sont conformes à l'avis consultatif dans l'affaire *Menesson c. France* :

40. La Cour note que la situation des enfants requérants correspond à ce cas de figure : ils sont nés à l'étranger par gestation pour autrui, sont issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et le lien de filiation entre eux et le père d'intention est reconnu en droit interne.

41. La Cour relève ensuite que **le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre les enfants requérants et leur mère d'intention par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint**. Cela ressort des arrêts de la Cour de cassation du 5 juillet 2017 (paragraphe 23-25 ci-dessus), et la Cour ne voit aucune raison de douter des assurances fournies à cet égard par le Gouvernement (paragraphe 32 ci-dessus).

42. Certes, cette possibilité n'est établie de manière certaine que depuis le 5 juillet 2017, alors que l'enfant C avait sept ans (requête no 1462/18) et que les enfants E avaient trois ans (requête no 17348/18), soit, selon toute vraisemblance au vu du dossier, bien après la concrétisation du lien entre eux et leur mère d'intention. Or, la Cour a précisé dans l'avis consultatif précité (§§ 52 et 54) qu'un mécanisme effectif permettant la reconnaissance d'un lien de filiation entre les enfants concernés et la mère d'intention doit exister au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé.

43. **La Cour estime toutefois que, dans les circonstances de la cause, ce n'est pas imposer aux enfants concernés un fardeau excessif que d'attendre des requérants qu'ils engagent maintenant une procédure d'adoption à cette fin**. Elle observe notamment qu'il résulte des éléments produits par le Gouvernement que la durée moyenne d'obtention d'une décision n'est que de 4,1 mois en cas d'adoption plénière et de 4,7 mois en cas d'adoption simple.

44. Dans ces circonstances, la Cour conclut que le refus des autorités françaises de transcrire les actes de naissance étrangers des enfants requérants sur les registres de l'état civil français pour autant qu'ils désignent la mère d'intention comme étant leur mère n'est pas disproportionné par rapport aux buts poursuivis.

Un grief de discrimination (art. 14 en combinaison avec l'art. 8) entre les enfants français nés d'une gestation pour autrui à l'étranger et les autres enfants français nés à l'étranger, qui ne doivent pas soumettre les actes de l'état civil constatant leur naissance à un contrôle juridictionnel en France, est également rejeté :

51. La Cour renvoie aux principes généraux qui se dégagent de sa jurisprudence tels qu'ils se trouvent notamment énoncés dans l'arrêt *Biao c. Danemark* [GC] (no 38590/10, §§ 88-93, 24 mai 2016). Il en résulte en particulier que, pour qu'un problème se pose au regard de l'article 14, il doit y avoir une différence dans le traitement de personnes placées dans des situations analogues ou comparables, et qu'une différence

est discriminatoire si elle ne repose pas sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Il en résulte aussi que les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des différences de traitement.

52. En l'espèce, à supposer que l'on puisse considérer que les enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger et les autres enfants nés à l'étranger se trouvent dans des situations analogues ou comparables quant au lien de filiation maternelle, la différence de traitement dont il est question en l'espèce ne tient pas à ce qu'à l'inverse des seconds, les premiers ne pourraient obtenir la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation à l'égard de celle dont le nom figure sur l'acte de naissance étranger. Cette différence consiste uniquement en ce que, contrairement aux seconds, ils ne peuvent à cette fin obtenir la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger et doivent passer par la voie de l'adoption.

53. Ceci étant souligné, il ressort des explications du Gouvernement que cette différence de traitement quant aux modalités d'établissement du lien maternel de filiation permet, en ce qu'il induit un contrôle juridictionnel, de s'assurer au regard des circonstances particulières de chaque cas qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une gestation pour autrui qu'un tel lien soit établi à l'égard de la mère d'intention. La Cour rappelle à cet égard qu'elle a indiqué dans l'avis consultatif précité que le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombait dans la marge d'appréciation des États (§ 51) et que l'article 8 ne mettait pas à leur charge une obligation générale de reconnaître ab initio un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention (§ 52).

54. Au vu de ce qui précède, la Cour estime qu'en tout état de cause, la différence de traitement dénoncée par les requérants repose sur une justification objective et raisonnable.

55. Cette partie des requêtes est donc manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

D. c. France, arrêt du 16 juillet 2020, n° 11288/18

Gestation pour autrui en Ukraine, avec la particularité que la mère d'intention est également la mère génétique. Ce facteur n'entraîne pas une autre appréciation à l'égard de la décision des juridictions françaises de renvoyer la mère d'intention à une procédure d'adoption et de ne pas reconnaître le lien de filiation constaté en Ukraine :

60. On ne saurait donc retenir que le rejet de la demande de transcription de l'acte de naissance ukrainien de la troisième requérante pour autant qu'il désigne la première requérante est constitutif d'une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie privée du seul fait que la première requérante est sa mère génétique, dès lors que le lien de filiation entre l'une et l'autre peut être effectivement établi par une autre voie (paragraphe 62, 64 et 70 ci-dessous).

61. Certes, sur le plan interne, en l'état du droit positif français à l'époque des faits de la cause, il était à l'inverse possible d'obtenir la transcription de l'acte de naissance étranger pour autant qu'il désignait le père d'intention, père biologique. Comme l'illustre les circonstances de l'espèce, cela créait une différence de traitement quant à l'établissement du lien de filiation entre le père d'intention, père biologique, et la mère d'intention, mère génétique. La présente requête ne concerne toutefois pas les droits des parents d'intention au regard de la Convention, mais uniquement ceux de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui. [...]

62. Or, selon la Cour, ce qui est déterminant s'agissant de la proportionnalité de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante c'est que le rejet de la demande tendant à la transcription de son acte de naissance ukrainien pour autant qu'il désigne la première requérante comme étant sa mère ne faisait pas obstacle à l'établissement du lien de filiation entre l'une et l'autre. Comme indiqué précédemment, la cour d'appel de Rennes a pris soin de souligner que la voie de l'adoption leur est ouverte (paragraphe 10 ci-dessus), ce que confirme la jurisprudence de la Cour de cassation (paragraphe 17 ci-dessus).

63. La Cour comprend qu'en tant que parent génétique de la troisième requérante, la première requérante puisse avoir des difficultés à envisager de passer par une procédure d'adoption pour établir leur lien de filiation en droit français. Il faut toutefois là aussi rappeler que la présente requête ne concerne pas les droits de la première requérante, mais uniquement ceux de la troisième requérante.

64. Ce qu'il faut au regard du droit au respect de la vie privée de la troisième requérante c'est qu'elle ait accès à un mécanisme effectif et suffisamment rapide permettant la reconnaissance du lien de filiation entre elle et la première requérante. La Cour a retenu ce critère dans l'avis consultatif no P16-2018-001 s'agissant de la situation où l'enfant est issue des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse et n'a donc pas de lien génétique avec la mère d'intention. Elle estime qu'il vaut aussi dans la situation où, comme en l'espèce, l'enfant est issu des gamètes du père d'intention et de celles de la mère d'intention.

La Cour avait également à statuer, dans cette affaire, sur un grief tiré d'une discrimination (violation de l'article 14 de la Convention, en combinaison avec son article 8) entre les enfants français nés d'une gestation pour autrui à l'étranger et les autres enfants français nés à l'étranger. Ce moyen est rejeté pour les mêmes raisons que dans l'affaire *C. et E.* (« s'assurer au regard des circonstances particulières de chaque cas qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant né d'une gestation pour autrui qu'un tel lien soit établi à l'égard de la mère d'intention » : § 85).

*

L'aspect peut-être le plus remarquable de la saga des relations entre la jurisprudence de la Cour de cassation française et celle de la Cour européenne des droits de l'homme est qu'après avoir pendant longtemps défendu une position nettement « bioconservatrice » (s'opposant à la transcription des actes de naissance des enfants nés par gestion pour autrui, en retenant tantôt l'incompatibilité avec ordre public international, tantôt la fraude à la loi, ceci tant à

l'égard de la filiation paternelle qu'à l'égard de la filiation maternelle, et interdisant l'adoption de ces enfants par leurs parents d'intention), la Cour de cassation française s'est rangée dans le camp « bioprogressiste avancé ». L'acceptation de la transcription de la seule filiation paternelle, avec possibilité d'adoption par la mère d'intention, n'a par conséquent été qu'une étape temporaire dans la jurisprudence française. Désormais, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence complet et admet que les actes étrangers de l'état civil documentant une GPA peuvent être transcrits purement et simplement, à l'égard de parents de sexe opposé comme à l'égard de parents de même sexe (Ass. plén. 4 octobre 2019, *Mennesson*, n° 10-19.053 ; Civ. 1^{re}, 18 décembre 2019, n° 18-11.815 et n° 18-12.327)¹. La Cour européenne est consciente de ce revirement de jurisprudence en France (voir les §§ 20 et 21 de l'arrêt *D. c. France*). Cependant, comme on l'a vu elle n'entend pas faire de ce type de reconnaissance complète une obligation à l'égard de tous les Etats contractants, se contentant de l'équilibre trouvé dans son avis consultatif dans l'affaire *Mennesson* du 4 octobre 2019. L'arrêt *D. c. France* constate d'ailleurs :

69. Enfin, la Cour relève que les requérants font valoir que c'est à cause du manque de célérité de la procédure d'adoption que la première chambre civile de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par deux arrêts du 18 décembre 2019, en posant le principe de la transcription de l'acte de naissance étranger (paragraphe 39 ci-dessus). Elle constate toutefois non seulement que les requérants n'apportent aucun élément à l'appui de cette thèse, mais aussi qu'il ne ressort pas des motifs de ces arrêts (paragraphe 22 ci-dessus) que la raison pour laquelle la première chambre civile a procédé à ce revirement de jurisprudence se trouverait dans la durée de la procédure d'adoption ou dans son ineffectivité.

II. – Un cas de déchéance de nationalité

Rappelons que le rapport annuel au Gedip essaie de répertorier toutes les affaires devant la Cour européenne ayant trait aux conflits de lois et aux conflits de juridictions, mais qu'il ne mentionne qu'occasionnellement les affaires ayant trait à la question de la nationalité. Une occasion est fournie par l'affaire

Ghoumid et autres c. France, arrêt du 25 juin 2020, requête no 52273/16 et 4 autres

Des doubles nationaux, ayant acquis au cours de leur vie la nationalité française, en ont été déchus par décret après leur condamnation pour participation à une association terroriste. Les requérants font valoir, entre autres, que cette décision porte atteinte à leur vie privée et familiale (art. 8).

La Cour note, à titre de solution admise par la jurisprudence internationale, l'arrêt de la CJUE du 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104 (avec l'accent mis sur la proportionnalité de la mesure de déchéance de la nationalité par rapport à la gravité des infractions commises : comme l'avait dit la CJUE, « vu l'importance qu'attache le droit primaire au statut de citoyen de l'Union, il convient, lors de l'examen d'une décision de retrait de la naturalisation, de tenir compte des conséquences éventuelles que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas

¹ Il n'est cependant pas impensable que ce revirement de jurisprudence puisse être brisé par le législateur français.

échéant, pour les membres de sa famille en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union. Il importe à cet égard de vérifier, notamment, si cette perte est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction commise par celui-ci, au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait ainsi qu'à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine », point 56) et l'arrêt du 12 mars 2019, *M.G. Tjebbes et autres*, C-221/17, EU:C:2019:189

Elle juge :

43. Il reste que, bien que le droit à la nationalité ne soit pas en tant que tel garanti par la Convention ou par ses protocoles, une déchéance arbitraire de nationalité peut dans certaines circonstances poser un problème au regard de l'article 8 de la Convention du fait de son impact sur la vie privée de l'intéressé (*Ramadan c. Malte*, no 76136/12, § 85, 21 juin 2016 ; voir aussi *K2 c. Royaume-Uni (déc.)*, no 42387/13, § 45, 7 février 2017). À cet égard, la Cour rappelle que la nationalité est un élément de l'identité des personnes (voir, notamment, *Menesson c. France*, no , § 97, CEDH 2014 (extraits)).

44. La Cour examinera en conséquence les mesures prises contre les requérants à l'aune de leur droit au respect de leur vie privée. Son contrôle portera sur deux points (voir, précités, *Ramadan*, §§ 86-93, et *K2 c. Royaume-Uni (déc.)*, §§ 50-63). Premièrement, elle vérifiera si elles sont entachées d'arbitraire ; elle établira à cet égard si elles étaient légales, si les requérants ont bénéficié de garanties procédurales, notamment s'ils ont eu accès à un contrôle juridictionnel adéquat, et si les autorités ont agi avec diligence et promptitude. Deuxièmement, elle se penchera sur les conséquences de la déchéance de nationalité sur la vie privée des intéressés.

....

50. Ceci étant, la Cour peut accepter les arguments du Gouvernement. Comme elle l'a souligné à plusieurs reprises, la violence terroriste constitue en elle-même une grave menace pour les droits de l'homme (voir *Othman (Abu Qatada)*, précité, § 183, *Trabelsi*, précité, § 117, *Ouabour c. Belgique*, no 26417/10, § 63, 2 juin 2015, et *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, nos 58170/13 et 2 autres, § 445, 13 septembre 2018). Elle comprend donc, comme elle l'a indiqué précédemment, que les autorités françaises aient pu décider, à la suite des attentats qui ont frappé la France en 2015, de faire preuve d'une fermeté renforcée à l'égard de personnes condamnées pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme. Elle note également la position du Gouvernement d'après laquelle cela peut justifier que de telles personnes ne bénéficient plus du lien spécifique que constitue la nationalité du pays où ils se trouvent. Elle a par ailleurs pris connaissance de la considération du rapporteur public devant le Conseil d'État selon laquelle les actions ayant entraîné les condamnations pénales des intéressés révèlent des allégeances qui montrent le peu d'importance qu'a eu leur attachement à la France et à ses valeurs dans la construction de leur identité personnelle (paragraphe 15 ci-dessus). Elle note que la participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte

terroriste dont ils se sont rendus coupables tous les cinq s'est poursuivie pendant dix années consécutives (paragraphe 9 ci-dessus). Elle note aussi que certains des requérants venaient d'acquérir la nationalité française quand ils ont commis ces faits, et que les autres l'ont acquises alors qu'ils étaient en train de les commettre (paragraphe 4-9 ci-dessus). **Elle constate ensuite que les requérants ont tous une autre nationalité, ce à quoi elle accorde une grande importance. La décision de les déchoir de la nationalité française n'a donc pas eu pour conséquence de les rendre apatrides**, ce qui est du reste une condition sine qua non de l'application de l'article 25 du code civil. De plus, comme elle l'a déjà relevé et comme l'illustre la situation des requérants, la perte de la nationalité française n'emporte pas automatiquement éloignement du territoire et, si une décision ayant cette conséquence devait être prise en leurs causes, ils disposeraient de recours dans le cadre desquels ils pourraient faire valoir leurs droits.

51. Au vu de ces éléments, la Cour estime que la décision de déchoir les requérants de la nationalité française n'a pas eu des conséquences disproportionnées sur leur vie privée.

III. – Affaires d'enlèvement international d'enfants (mise en œuvre du règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye)

Cette année, on distinguera entre une affaire qui n'est pas une affaire de routine, l'affaire *Rinau c. Lituanie* (A) et les autres affaires, qui sont moins originales.

A. – L'affaire Rinau c. Lituanie, arrêt du 14 janvier 2020, requête no. 10926/09

Père allemand et sa fille née du mariage avec une Lituanienne introduisent une requête devant la Cour contre la Lituanie, Etat où la mère était illicitement rentrée en violation du droit de garde conjoint avec sa fille d'un an.

Un grief est déclaré justifié : une réticence et des retards injustifiés ont été mis par les autorités lithuaniennes à exécuter un ordre de retour de l'enfant en Allemagne, prononcé par un tribunal allemand (sur le fondement de la Convention de La Haye et de l'art. 42 du règlement Bruxelles IIbis).

La particularité de l'affaire réside dans les raisons de ces retards : le dysfonctionnement de la justice lituanienne était dû à une campagne médiatique et politique, sur fond de xénophobie anti-allemande, habilement initiée par la mère, I.R. : des politiciens, et des magistrats jusqu'au procureur général et au président de la Cour suprême, privilégient la défense des intérêts de la mère lithuanienne par rapport à la légalité (§§ 210-211 ; une espèce de *happy end* partiel se trouve relaté au § 221, sur le retour à la raison de la mère après cette campagne).

Selon la Cour, « *although the Government invoked the absence of any tangible evidence that the decision-making in the applicants' case had been politicised..., the Court cannot but find otherwise* » (§ 210), et

« the Lithuanian authorities – and this includes politicians, child care officials, and prosecutors – failed to ensure fair decision-making in the applicants' case in the phase of execution of the Court of Appeal judgment of 15 March 2007, and their actions may

be taken as suggesting that they did not even care about appearances. It goes without saying that their efforts, aimed at creating a negative atmosphere around the legal actions of the first applicant and constituting direct attempts to interfere in those proceedings, were unacceptable in a system based on the rule of law. The Court also finds that those activities undoubtedly alerted the judges and other officials that their steps in the applicants' proceedings were being closely monitored, which it finds particularly worrying » (§ 211).

Selon la Cour (§ 219), même la saisine de la CJUE par la Cour suprême lithuanienne (arrêt du 11 juillet 2008, Inga Rinau, C-195/08 PPU, ECLI :EU:C:2008:406) participait des manœuvres dilatoires, même si, heureusement, la Cour de justice a fait en sorte que seulement neuf semaines soient perdues ; la procédure subséquente devant la Cour suprême a pris six semaines additionnelles, ce que la Cour fustige également.

B. – D'autres affaires qui s'intègrent dans une jurisprudence établie

Andersena c. Lettonie, requête no 79441/17, arrêt du 19 septembre 2019

Mère lettone requérante, a enlevé l'enfant de Norvège vers la Lettonie. Mise en œuvre, en Lettonie, d'un ordre de retour de l'enfant en Norvège à la requête du père norvégien. Rejet de la requête en tant qu'elle est fondée sur une violation du droit de la mère à la vie familiale, car ses moyens fondés sur la Convention de La Haye ont été sérieusement examinés par les tribunaux nationaux (critères de l'arrêt *X. c. Lettonie*).

Lacombe c France, requête n° 23941/14, arrêt du 10 octobre 2019 ; le père français se plaint d'un ordre de retour au Mexique, à la requête de la mère mexicaine. Sans succès, application des principes de *X. c. Lettonie* compte tenu de la marge d'appréciation nationale.

S.L. et A.L. c Italie, décision du 28 avril 2020, n° 896/16

Père italien qui se plaint du manque de diligence des tribunaux italiens dans le cadre du retour de son fils, enlevée par la mère roumaine en Roumanie, par application de La Convention de La Haye. Requête rejetée comme manquant en fait : § 73 « les autorités italiennes ont agi avec la diligence nécessaire et ont pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles afin d'assurer aux requérants le maintien d'un lien familial dans l'intérêt de l'un comme de l'autre ».

A noter qu'à un certain stade la Cour de cassation italienne avait saisi la CJUE d'une question préjudicielle en rapport avec la litispendance Bruxelles IIbis : CJUE 16 janvier 2019, Stefano Liberato c/ Luminita Luisa Grigorescu (c'était avant la grande anonymisation des arrêts de la CJUE suite à sa découverte du règlement RGPD), C-386/17

Szabò c. Hongrie, décision du 5 mai 2020, n° 50963/16

Père hongrois se plaint de l'inaction des autorités hongroises dans la mise en œuvre de la Convention de La Haye après que sa femme ait enlevé ses quatre enfants à Londres.

Décision (§ 46-47) : "is evident from the facts of the case that there were no significant periods of inactivity and the courts held altogether thirteen hearings at regular

intervals. Although the proceedings were lengthy, there is no indication that the applicant's relations with his children were determined by the mere passage of time. The Court therefore accepts that overall, the domestic courts have dealt with the proceedings with the requisite diligence.

47. Having regard to the State's margin of appreciation in this sphere and having considered the case as a whole, the Court is satisfied that the domestic courts took the necessary steps to facilitate the applicant's reunion with his children, and based their decisions on the best interests of the children while adequately involving the applicant in the decision-making process."

Michnea c. Roumanie, arrêt du 7 juillet 2020, n° 10395/19

Requérant italien, femme roumaine, enlève l'enfant du couple d'Italie et retourne en Roumanie. Le requérant essaie d'obtenir (directement des juridictions roumaines, sans saisir d'abord le juge italien) le retour de l'enfant en Italie sur le fondement du règlement Bruxelles IIbis et de la Convention de La Haye.

Décision de la Cour d'appel de Bucarest refusant de faire droit aux demandes du requérant, au motif que la résidence habituelle de l'enfant ne se trouvait pas en Italie au moment de son enlèvement. La Cour d'appel se prévaut de la jurisprudence *Mercredi* de la CJUE (C-497/10 PPU) en matière de détermination de la résidence habituelle d'un bébé, interprétée d'une manière particulière : « Relying on the findings of the Court of Justice of the European Union ... in the *Barbara Mercredi* judgment ..., the court found that at the relevant time the child's habitual residence had not been in Italy, but in Romania. In this connection, it observed that the couple had had their permanent residence in Romania both when the child had been conceived and when they had married. The court noted that at the time when the marriage had been concluded and Y had been born, the applicant and his wife had been living in a flat rented temporarily in Italy, their lawful residence being still in Romania at that time ».

Sur recours du père à la Cour européenne, celle-ci se défend d'être un quatrième degré de juridiction, mais en fait, elle sanctionne l'arbitraire dans l'application des critères du règlement Bruxelles IIbis (et de la Convention de La Haye) par le juge roumain :

46. The Court will ascertain whether the above interpretation and application of the provisions of the Hague Convention and of the Brussels II bis Regulation by the Court of Appeal secured the applicant's rights guaranteed under Article 8 of the Convention (see paragraph 36 above, as well as *Vladimir Ushakov*, cited above, § 92).

...

49. Moreover, it appears that the Court of Appeal relied on the CJEU findings in the *Barbara Mercredi* judgment without making any assessment of the contextual difference between that case and the case brought before it by the applicant. In fact, none of the outstanding factual differences between the two cases seems to have featured in the Court of Appeal's decision, such as: the fact that in the *Barbara Mercredi* judgment the mother had sole custody over the child and the parents were not living together. The Court considers that the particular circumstances of that case,

which were significantly different than those of the case currently under examination, did call for a more in depth examination of the scope of the custodian parent's rights.

50. For those reasons, and notwithstanding the principle of subsidiarity, the Court must conclude that the domestic court's refusal to acknowledge Italy as the country of Y's habitual residence does not sit well with the facts (compare, Vladimir Ushakov, cited above, § 92) of the present case or with the purpose of the Hague Convention which is primarily to safeguard the children's best interests by restoring the status quo and ensuring their immediate return to their country of habitual residence in the event of unlawful abduction (see X v. Latvia, cited above, § 97, and paragraph 25 of the Explanatory Report to the Hague Convention, cited at paragraph 25 above). The domestic court did not attach any weight to the fact that Y had been removed from Italy without the applicant's consent, which breached his rights protected by law and interfered with their normal exercise. Therefore, it appears that the provisions of the applicable law were in the present case interpreted and applied in such a way as to render meaningless the applicant's lack of consent for Y's departure to Romania and subsequent stay there.

51. The above factual elements, **notably the finding that the habitual residence had been in Italy** (see paragraph 50 above) and the existence of shared custody (see paragraph 40 above in fine) would normally have been sufficient to reach the conclusion that the Hague Convention was applicable and that Y's removal from Italy without the applicant's consent had been wrongful in terms of that Convention. This would then have triggered the duty to return Y to Italy, under Article 12 of the Hague Convention (see paragraph 24 above) unless one of the exceptions provided for by Article 13 of that Convention was met (see, mutatis mutandis, Vladimir Ushakov, cited above, § 94). No such assessment was made by the Court of Appeal, insofar as the Hague Convention was found not to be applicable in the case. Equally important, the Court finds no indication in the Court of Appeal's decision that that court identified the best interests of the child and appropriately took them into account in making its assessment of the family situation, as required by Article 8 of the Convention (see the case-law quoted in paragraph 37 above). It must be observed, however, that the only court which examined the family situation in the light of the Hague Convention, the County Court, considered that there was no reason to oppose the return of the child to Italy (see paragraph 13 above).

52. Having regard to the circumstances of the case seen as a whole, the Court concludes that the interpretation and application of the provisions of the Hague Convention and of the Brussels II bis Regulation by the Court of Appeal failed to secure the guarantees of Article 8 of the Convention and that the interference with the applicant's right to respect for his family life had not been "necessary in a democratic society" within the meaning of Article 8 § 2 of the Convention.

53. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

Le même jour:

Voica c. Roumanie, arrêt du 7 juillet 2020, n° 9256/19

Mère roumaine a enlevé ses enfants de France, où le père français a demandé leur retour (Convention de La Haye). Les juridictions roumaines ordonnent le retour. Requête de la mère contre la Roumanie.

Jugé que la procédure roumaine n'était pas critiquable, malgré le fait que la juridiction roumaine ait décidé de ne pas entendre personnellement les enfants (en bas âge).

Le 5 septembre 2020

Patrick Kinsch