

Vingt-et-unième réunion  
Bruxelles, 16 - 18 septembre 2011

## COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Lors de sa réunion de Bruxelles, le Groupe européen de droit international privé a examiné, dans le cadre de ses travaux portant sur des principes généraux de droit international privé européen, le rôle de la nationalité et un projet de partie générale d'un code européen. Il a également poursuivi l'étude de la condition du droit étranger en droit de l'Union. Par ailleurs, il a entendu un rapport sur la loi applicable à la responsabilité civile liée à l'émission publique de titres. Enfin, il a échangé des informations sur l'actualité du droit de l'Union, de la Conférence de La Haye et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le compte rendu a été réalisé avec la contribution de Eduardo Alvarez Armas, aspirant FNRS attaché à l'Université catholique de Louvain, Marie Collard, attachée temporaire à la recherche et à l'enseignement à l'Université de Toulouse 1 Capitole et chercheur à l'Université d'Anvers, et Marie Dechamps, assistante à l'Université catholique de Louvain.

La 21<sup>e</sup> réunion a bénéficié, notamment, du soutien du programme Jean Monnet « Education et formation tout au long de la vie ».



### I. Le rôle de la nationalité comme principe général de droit international privé européen

S. BARIATTI présente un rapport sur le rôle de la nationalité (voy. l'annexe I) au départ, notamment, des travaux de la réunion de Copenhague et du projet de partie générale d'un code européen de droit international privé préparé par P. Lagarde (voy. l'annexe II). En droit de l'Union, il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice, dont un tableau est dressé, et de plusieurs actes législatifs. En particulier, le règlement Rome III (règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010, JO, 2010, L 343) permet aux époux de choisir la loi de l'Etat de la nationalité de l'un d'eux (art. 5.1) et il prévoit, au titre de rattachement objectif, la désignation de la loi de « la nationalité des deux époux » comme troisième échelon dans une échelle de rattachements privilégiant le critère de la résidence habituelle. Son préambule évoque la question du conflit de nationalités, en posant que « la gestion des cas de pluralité de nationalités devrait relever du droit national, dans le plein respect des principes généraux de l'Union européenne » (§ 22). Cette disposition soulève deux interrogations, celle de la cohérence d'une référence à la nationalité et à la règle nationale de conflit de nationalités, dans un domaine de compétence exclusive de l'Union, et celle de la portée exacte de ces principes généraux dont le droit national doit tenir compte, ces principes étant probablement ceux de non-discrimination et de proportionnalité, en particulier dans le contexte du statut fondamental du citoyen européen consacré par l'article 21 TFUE. Une autre approche apparaît dans la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux (doc. COM 2011, 126) : le rattachement objectif y repose sur une échelle où la « nationalité commune » apparaît subsidiairement à la première résidence habituelle commune (art. 17.1), mais la nationalité perd ce rôle « lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune » (art. 17.2).

De son côté, la Cour de justice a été confrontée à différents types de situations problématiques, celle de ressortissants ayant chacun la nationalité d'Etats membres différents, celle de couples dont l'un serait ressortissant d'un Etat membre et l'autre, d'un Etat tiers à l'Union, et celle de binationaux qui auraient une nationalité commune.

Concernant le conflit entre nationalité du for et nationalité d'un autre Etat membre, l'arrêt *Mesbah* du 11 novembre 1999 (C-179/98) laisse au juge national le soin de déterminer la solution adéquate en cas de double nationalité. La portée de cet arrêt est ambiguë car, d'une part, il concerne la matière de la sécurité sociale mais, d'autre part, il laisse au droit du for de déterminer la nationalité pertinente

conformément « au droit international privé » (§ 40), à propos de l'interprétation d'un accord conclu entre l'Union et un pays tiers. Ultérieurement, dans les arrêts *Saldanha* du 2 octobre 1997 (C-122/96), *Garcia Avello* du 2 octobre 2003 (C-148/02) et *Hadadi* du 16 juillet 2009 (C-168/08), la question de la nationalité est envisagée sous l'angle de sa reconnaissance et de ses effets entre Etats membres. Selon l'arrêt *Saldanha*, pour apprécier la compatibilité, au regard du principe de non-discrimination en raison de la nationalité, d'une *cautio judicatum solvi* opposée à un demandeur à la fois britannique et américain, il y a lieu de retenir la nationalité de l'Etat membre, même si la personne n'est pas domiciliée dans cet Etat et n'y possède aucun bien. Selon l'arrêt *Garcia Avello*, un Etat membre, appelé à statuer sur une demande de changement de nom, ne peut pas considérer qu'un de ses ressortissants, qui possède également la nationalité d'un autre Etat membre, possède exclusivement la nationalité du for. Dès lors, si un individu « active » sa deuxième nationalité, l'Etat du for doit s'y soumettre et reconnaître les effets de cette nationalité. Selon la jurisprudence *Hadadi*, relative au règlement Bruxelles IIbis, le demandeur a la faculté de choisir la nationalité à prendre en considération. Ce choix s'impose aux juridictions des Etats membres impliqués. Ces derniers ne peuvent favoriser la nationalité commune du for au détriment de l'autre nationalité qui a été activée. Cette position, confirmée par les conclusions de Copenhague, est désormais acquise.

Reste ouverte la question du conflit entre nationalités étrangères, tantôt d'Etats membres, tantôt de pays tiers. Notamment, en cas de conflit entre nationalités de pays tiers, quel rôle le principe d'effectivité peut-il jouer ?

Plus généralement, l'analyse du rôle de la nationalité appelle probablement plusieurs distinctions, selon qu'il est demandé au juge de constituer un état ou de reconnaître un état constitué à l'étranger, selon que la question concerne le statut de la personne, comme l'identité ou le nom, ou une relation interpersonnelle, ou encore selon que la nationalité apparaît dans un instrument européen ou fait partie du droit international privé national. De plus, il existe une variété d'intensité de conflits de nationalités, selon que celles-ci comptent une nationalité d'origine ou acquise, selon que la relation connaît une combinaison de nationalité commune et de pluralité de nationalités dans le chef d'une partie, ou selon que la situation est intra-européenne ou non.

Le débat fait apparaître la nécessité de dissocier le rôle de la nationalité comme critère de compétence ou de rattachement d'une part, et la solution du conflit de nationalités d'autre part. En effet, celle-ci est fonction du rôle que peut encore jouer la nationalité comme critère de rattachement.

## 1. La pertinence du critère de nationalité

La pertinence du critère de nationalité en droit international privé contemporain, en particulier de l'Union, est mise en doute par la plupart des membres, du moins comme règle générale régissant les relations interpersonnelles. Le critère peut se voir confirmé, par exemple, en matière d'investissements directs : le droit de l'investissement est fondé sur le critère de la nationalité puisque l'entreprise doit avoir la nationalité du pays qui a ratifié la convention bilatérale d'investissement applicable.

Le sens du recours à la nationalité comme fondement du rattachement du statut personnel est de nature complexe et évolutive. Sa consécration dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle est liée à l'idée de Nation comme communauté de culture et d'histoire, tandis que cet élément rattache aussi la personne à un espace de souveraineté ou qu'il peut servir les intérêts d'un individu, en assurant la permanence de son état, ou d'une collectivité, par exemple comme instrument de politique migratoire, instrumentalisation qui, pour certains, affecte la pertinence de la nationalité en matière de droit privé. Dans le contexte particulier de l'Union européenne, l'utilisation de la nationalité comporte une certaine incohérence. Non sans paradoxe, la consécration de la citoyenneté de l'Union met en exergue la nationalité de l'Etat, tandis que les modes d'acquisition de la nationalité reposent sur une grande diversité. Le critère d'effectivité de la nationalité cherche à rendre compte d'un lien avec l'environnement social de la personne. En même temps, exiger de la nationalité qu'elle traduise une effectivité revient à en réduire la pertinence puisque, concrètement, l'effectivité s'exprime par le critère de la résidence habituelle. Pourtant, le concept d'effectivité pourrait aider à tracer des limites aux conditions d'acquisition d'une nationalité, de même qu'il permettrait de distinguer la pertinence d'une nationalité d'attribution à la naissance de celle d'une acquisition récente et volontaire. A tout le moins, si la nationalité peut jouer un rôle comme facteur de rattachement, ce pourrait être dans une structure de rattachement en combinaison avec un autre indice de localisation. Par ailleurs, elle peut servir un objectif propre à certaines règles de droit international privé, telle, en matière de compétence internationale, une règle cherchant à assurer l'objectif d'accès à la justice, ou, en matière de conflit de lois, un rattachement alternatif poursuivant un objectif de caractère substantiel, comme en matière de forme des testaments, ou encore une disposition qui, en matière familiale, offre une option de législation encadrée, comme c'est le cas de la proposition de règlement en matière de régimes matrimoniaux (doc. COM 2011, 126).

## 2. Le traitement de la plurinationalité

L'examen du conflit de nationalités se doit de distinguer deux notions, celles de nationalité commune et de double nationalité. Des personnes, en particulier dans le couple, peuvent disposer d'une nationalité commune sans pour autant avoir chacun une double nationalité. En revanche, il est possible d'être confronté à une situation dans laquelle les individus ont une double nationalité commune. L'utilisation du critère d'effectivité pour résoudre de tels conflits — proposée par la règle n°

10 des conclusions de J. Basedow (voy. le compte rendu de la réunion de Copenhague) — se révèle insatisfaisante à plusieurs égards et il conviendrait d'envisager la combinaison du critère de nationalité avec d'autres critères. Par ailleurs, une question importante touche à la place de la nationalité des Etats tiers et à ses relations avec l'Union. En cas de double nationalité, il y a lieu de s'interroger sur la pertinence relative des différentes nationalités de la personne, notamment en vérifiant l'incidence de la volonté de la personne sur l'acquisition d'une nationalité. Quant à la nationalité commune, sa pertinence, comme sa praticabilité, peut faire problème lorsqu'elle se combine avec une double nationalité. D'abord, une nationalité commune risque d'être neutralisée par la solution du conflit de nationalités donnée par le droit national, en faveur de la nationalité du for. Ensuite, elle peut être moins significative en présence d'une telle combinaison, et l'effectivité peut varier pour chaque partie au rapport juridique.

L'effectivité peut se révéler impraticable dans certains cas, comme lorsque le couple possède deux nationalités effectives. De plus, la nationalité effective peut présenter un caractère variable car elle peut ne pas toujours être la même pour les deux époux. Pour ces raisons, il pourrait être préférable d'écarter le critère de la nationalité effective au profit d'une nationalité qui serait combinée avec d'autres critères de rattachement, telles l'autonomie de la volonté des acteurs — non sans négliger les limites qui s'imposent à l'autonomie en certaines matières —, la prise en compte du moment de l'acquisition d'une nationalité ou, plus radicalement, l'utilisation à titre subsidiaire dans une échelle de rattachements.

La plurinationalité soulève une question propre au droit de l'Union lorsque la personne possède à la fois la nationalité d'un Etat membre et celle d'un Etat tiers. Entre nationalités d'Etats membres, le principe de non-discrimination est applicable. En revanche, en dehors des conventions internationales, un tel principe n'existe pas au niveau international. Les nationalités mises en concurrence doivent-elles alors être mises sur un pied d'égalité ?

Les objectifs poursuivis au niveau international et au niveau européen ne sont pas identiques. Dès lors, il peut être cohérent de faire primer la nationalité de l'Etat européen sur celle de l'Etat tiers. Cette approche serait assimilable à une forme de primauté de la nationalité du for. Il faut cependant rester attentif à l'objectif poursuivi par la règle de rattachement. Ainsi, l'article 4.4 du protocole de La Haye de 2007 concernant la loi applicable en matière d'obligations alimentaires retient subsidiairement « la nationalité commune » des parties dans une structure de rattachement à caractère substantiel en cascade : dans ce contexte, comme l'indique le rapport explicatif, la nationalité est à retenir indépendamment de son effectivité ou de son appartenance au for, dès lors que le critère permet de réaliser l'objectif recherché de faveur au créancier.

En premier lieu, il convient d'être attentif au contexte de l'instrument européen en cause. Si celui-ci est de caractère universel, il ne paraît pas pertinent de favoriser la nationalité d'un Etat membre sur celle d'un Etat tiers. Une primauté de la nationalité d'un Etat membre ne serait à envisager que lorsque les intérêts de l'Union seraient en jeu. En d'autres termes, il s'agirait d'admettre cette primauté lorsqu'elle assurerait la reconnaissance de la citoyenneté européenne ou le respect d'autres principes consacrés par le droit européen selon l'enseignement de l'arrêt *Micheletti*.

En second lieu, la solution peut être commandée par l'objectif poursuivi par la règle de conflit de lois, européenne ou nationale. Selon qu'il s'agisse d'un objectif de proximité ou d'un autre, telle la recherche d'une justice matérielle, l'appréciation de la nationalité pertinente devrait se faire stricte ou souple. Une primauté *a priori* de la nationalité d'un Etat membre ne s'impose pas lorsque les règles européennes tendent à servir les intérêts des particuliers, non de l'Union.

### 3. Conclusion

Le débat a permis de dégager plusieurs hypothèses, avec un degré de certitude variable :

1° Chaque Etat détermine qui sont ses nationaux.

2° En matière de compétence internationale, directe ou indirecte, il convient d'assurer la primauté de la nationalité d'un Etat membre sur celle d'un Etat tiers. En revanche, en cas de conflit de nationalités d'Etats membres (voy. l'art. 114 du projet de code européen, annexe II), reste ouverte la question d'une égalité des nationalités au sens entendu par l'arrêt *Hadadi*.

3° En matière de conflit de lois :

a) la liberté de l'Etat dans la solution du conflit de nationalités diffère selon que le critère de nationalité est utilisé par un instrument européen ou par une règle nationale ;

b) il faut tenir compte de l'esprit de l'acte et du contexte de la règle en cause dans le système de l'acte, par exemple selon que la règle de rattachement est à structure alternative ou établit une échelle de rattachements ; dans le cas d'une règle alternative, toute nationalité peut être retenue si elle permet de réaliser l'objectif de faveur poursuivi ;

c) si la règle consacre l'option de législation, la nationalité pertinente est toute nationalité quelconque, quelle que soit son effectivité et qu'elle soit celle d'un Etat

membre ou d'un Etat tiers, sous réserve de la fraude à la loi ou de l'abus de droit ;

d) en cas de double nationalité commune, il y a lieu d'écarter la nationalité, à l'exemple de l'article 17.2 de la proposition de règlement sur les régimes matrimoniaux ;

e) en cas de double nationalité simple, la référence à la solution donnée par le droit national à l'exemple du considérant 22 du règlement Rome III mérite un réexamen ;

f) en cas de concours de nationalités d'Etats membres, la pertinence du critère d'effectivité reste discutable ; de même, reste ouverte la solution du conflit entre nationalités d'un Etat membre et d'un Etat tiers ;

g) l'impact d'une convention internationale sur la solution du conflit de nationalités reste à analyser ;

h) la pertinence de la nationalité acquise de plein droit, par la naissance ou par le mariage, reste à explorer, en prenant pour hypothèse qu'elle pourrait n'être prise en considération que si elle est effective ou, dans les limites que peut connaître l'autonomie de la volonté en fonction de la matière concernée, si elle est invoquée par la personne.

Le Groupe décide de poursuivre l'examen du rôle de la nationalité au cours de sa prochaine réunion, en demandant la préparation d'un document de travail pouvant servir de base à une prise de position.

## II. Projet d'articles pour la partie générale d'un code européen de droit international privé

P. LAGARDE présente l'embryon de dispositions pouvant constituer la partie générale d'un futur code européen de droit international privé, préparé dans le contexte du colloque organisé à l'Université de Toulouse les 17 et 18 mars 2011 sur le thème « Quelle architecture pour un code européen de droit international privé » (Bruxelles, Lang, 2011 ; voy. l'annexe II). Le document comporte quatre chapitres, respectant l'ordre dans lequel les questions se posent en pratique : dispositions préliminaires, compétence judiciaire, conflits de lois et reconnaissance des décisions et des situations.

Le débat exprime un certain scepticisme à l'égard d'un tel projet. Son adoption immédiate pourrait être prématurée.

En termes de méthode de codification, pour certains membres le travail sur les règles spéciales devrait précéder celui sur la partie générale. De plus, l'état actuel du droit de l'Union montre une couverture encore parcellaire des matières, tandis que certains Etats membres ne sont pas (Danemark) ou peuvent ne pas être (Royaume-Uni) liés par l'ensemble des instruments. Se pose encore la question de l'application des règles générales lorsque la matière en cause est exclue du domaine d'actes spécifiques, relevant alors des règles nationales de droit international privé.

En termes de contenu, des règles générales isolées d'une partie spéciale risquent d'avoir une portée excessivement abstraite. De plus, elles devraient réussir à englober l'apport des systèmes de *common law*.

Pourtant, un tel projet peut s'avérer positif selon certains membres et mérite d'être approfondi. Même s'il n'est pas opérationnel à court terme, il comporte une dimension de recherche fondamentale intéressante pour le Groupe, qui peut y voir la tentative d'un prototype à soumettre à un test de faisabilité. Concrètement, le concept a pour mérite d'inciter à envisager ces questions de manière globale et à éviter les répétitions rencontrées dans les actes actuels, étant entendu qu'une consolidation de ces actes dans un instrument unique constituerait la méthode optimale.

### 1. Dispositions préliminaires

Les dispositions préliminaires couvrent la détermination de l'objet du code, les relations avec d'autres instruments internationaux, les définitions et la détermination de la nationalité.

La primauté des conventions internationales est assurée par l'article 112 aux termes duquel :

« Les dispositions du présent code s'appliquent sans préjudice des conventions internationales auxquelles l'Union européenne est ou sera partie. Sauf disposition contraire du présent code, elles remplacent, pour les Etats membres, les conventions existant au moment de l'entrée en vigueur du présent règlement, qui ont été conclues entre deux ou plusieurs Etats membres et qui portent sur des matières réglées par le présent règlement ».

La portée pratique de la seconde phrase devrait être examinée avec soin car la solution proposée aboutirait à la « suppression » de l'application des conventions conclues entre Etats membres.

L'article 113 prévoit une série de définitions, en vue d'attribuer un sens commun aux concepts repris dans des instruments séparés. Il reste cependant à en déterminer les termes avec une précision suffisante tout en permettant une adaptation à la variété des situations. Il en va particulièrement ainsi des notions de juridiction ou de résidence habituelle. Par ailleurs, la liste comprend des termes ne couvrant que des matières particulières, tel le contrat ou les quasi-délits. D'aucuns mettent en doute l'opportunité de définitions générales.

L'article 114, relatif au conflit de nationalités, pourrait, selon le rapporteur, être affiné à la lumière des travaux du Groupe sur ce thème (voy. ci-dessus, point I). Ainsi, toute nationalité quelconque devrait être prise en compte dans le contexte d'une règle consacrant l'autonomie de la volonté ; une règle de rattachement prenant pour critère la nationalité commune devrait s'aligner sur l'article 17.2 de la proposition de règlement sur les régimes matrimoniaux ; et une règle de rattachement retenant la nationalité d'une personne en matière de relations interpersonnelles devrait s'entendre comme visant la nationalité effective, dans le contexte d'une échelle où le critère n'aurait qu'une fonction subsidiaire.

Une disposition devrait préciser que la partie générale s'applique « sans préjudice des dispositions particulières ». Cette précision améliorerait l'articulation entre les règles générales et les règles propres à des matières spéciales.

## 2. La compétence internationale

Les dispositions concernant la compétence judiciaire auraient pour utilité, par rapport au droit actuel, d'éviter les répétitions par leur concentration dans un acte unique. Elles portent sur les immunités, l'applicabilité dans l'espace, la vérification d'office, le défaut de comparution, la litispendance et la connexité, ainsi que la loi applicable à la procédure.

L'article 121 relatif à l'immunité de juridiction des Etats est inspiré de certaines conventions internationales, notamment la Convention de 2004 des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens. Le renvoi « aux règles en vigueur dans chaque Etat membre » pourrait être précisé au regard de l'incidence des règles coutumières de droit international public.

Les articles 122 à 126 reprennent à grands traits les dispositions du règlement Bruxelles I et n'appellent donc pas de commentaires particuliers. Certains regrettent que les articles relatifs à la litispendance et à la connexité ne contiennent pas les développements de la résolution de Copenhague par rapport aux pays tiers, ni un affinement de la règle de priorité au juge premier saisi en cas d'action déclaratoire, où pourrait être envisagée l'utilisation de la notion de *forum non conveniens*, ou en cas de clause de juridiction, où la règle pourrait être inversée. Il en est ainsi, notamment, de l'absence de disposition relative au for de nécessité. Par ailleurs, le contexte européen d'intégration devrait encourager à inclure des mécanismes de coopération entre juridictions.

## 3. Les conflits de lois

Les dispositions relatives aux conflits de lois portent sur l'applicabilité dans l'espace, la condition du droit étranger, le renvoi, l'exception d'ordre public, les lois de police et la clause d'exception.

L'article 134 confirme le mécanisme du renvoi sauf s'il va « à l'encontre du sens de la règle de conflit », dans la ligne du droit allemand. Cette règle n'emporte pas l'unanimité au sein du Groupe. De manière générale, il reste à s'interroger sur l'objectif du mécanisme, et il convient d'assurer une uniformité de résultats dans les différentes juridictions nationales. A tout le moins, la disposition devrait être affinée ou précisée. Ainsi, un renvoi au second degré pourrait être admis en matière successorale, à l'exemple de la convention de La Haye du 1er août 1989, voire, pour d'aucuns, lorsqu'il s'agit de confirmer la validité d'un état ou d'un acte acquis à l'étranger, ou de prévenir un rapport boiteux. De plus, la technique doit être exclue lorsque la règle de rattachement a une structure alternative ou consacre l'autonomie de la volonté.

Les termes de l'article 135 concernant l'exception d'ordre public devraient être nuancés. Il faudrait y distinguer l'ordre public des Etats membres et celui de l'Union et réserver le respect des droits fondamentaux consacrés par la convention européenne de sauvegarde. Il pourrait être utile d'y expliciter comme éléments d'appréciation les critères de l'intensité du rattachement et de l'effet atténué.

L'article 136 devrait englober la prise en considération de lois de police étrangères, quoique l'application de telles lois soit marginale dans la pratique.

Les termes de la clause d'exception (art. 137) gagneraient à être plus stricts pour éviter un recours systématique à la clause, en exigeant que la situation présente les liens « les plus étroits ». Il devrait être précisé si l'appréciation des liens a lieu en fonction de la situation dans son ensemble, ou en fonction de la demande au risque d'engendrer un dépeçage.

## 4. La reconnaissance des décisions et des situations

Les dispositions sur la reconnaissance comprennent un principe de reconnaissance de plein droit assorti d'une liste réduite de motifs de refus dans la ligne du règlement Bruxelles I, tout en excluant le contrôle de la compétence indirecte. Elles ajoutent un régime de reconnaissance de situations juridiques constituées dans un Etat membre.

L'adoption de la méthode de la reconnaissance aux « situations juridiques » constituerait une innovation majeure qui suscite de l'intérêt mais sous réserve de certains questionnements dans des sens divers. Au-delà de son principe même, il convient d'en évaluer la portée pratique. Plusieurs membres observent le caractère strict des conditions prévues. Ainsi, pourquoi imposer que la situation juridique soit « formalisée dans un acte public » ? De plus, en réservant « d'autres motifs de non-reconnaissance énoncés dans la partie spéciale », le texte ne devrait pas être plus sévère que l'approche en termes de conflit de lois. La question de la condition d'un lien entre la situation et l'Etat de résidence ou de nationalité — énoncée (art. 3.1) mais non exigée (art. 9) par la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur le mariage, ni prévue par la règle de rattachement traditionnelle relative à la forme des actes — mériterait un examen approfondi. Devrait être explicité le lien entre la méthode et le sort réservé aux règles de conflit de lois du pays d'origine de la situation juridique.

### III. Le traitement du droit étranger en droit de l'Union européenne

H. VAN LOON indique que l'examen du thème a peu évolué depuis la dernière réunion du Groupe, dans l'attente de la diffusion du rapport de la Commission, retardée au printemps 2012. De son côté, le Conseil des Affaires générales de la Conférence de La Haye a décidé de ne pas poursuivre d'initiative à court terme.

Les travaux les plus récents confirment la grande hétérogénéité des droits nationaux sur la question du droit étranger et, partant, la difficulté à établir un régime commun, qui semble difficile à réaliser. Force est alors de privilégier des mécanismes qui facilitent l'accès à l'information sur le droit étranger, en particulier en exploitant Internet. Ces mécanismes devraient reposer sur trois axes, à savoir garantir la fiabilité des sources, consolider un réseau de coopération administrative et créer un réseau d'expertises.

Autre est la question de l'impact du droit de l'Union sur la condition du droit étranger. Selon le rapporteur (voy. l'annexe III), il y a lieu de considérer les principes d'autonomie procédurale, d'équivalence et d'effectivité. Les actes européens ne couvrent pas la procédure, encore qu'il appartienne à la Cour de justice d'interpréter ce terme mais, selon le droit général de l'Union, l'Etat reste libre d'appliquer le droit procédural national sous réserve du respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Le premier ne soulève pas de difficulté, dans la mesure où il exigerait seulement que l'application du droit étranger résultant de la mise en œuvre d'un instrument européen ne soit pas plus défavorable que celle résultant d'une règle nationale de conflit de lois. L'examen de l'incidence du principe d'effectivité mérite davantage l'attention. L'Etat du for doit veiller à ce que la désignation opérée par la règle européenne de conflit de lois reçoive un effet utile. Cela concerne concrètement les questions de l'application d'office, de la collaboration des parties, du rôle des autorités publiques dans la preuve du contenu du droit étranger. Le rapport de l'Institut de droit comparé de Lausanne préparé à la demande de la Commission suggère qu'en pratique, le juge applique d'office les règlements européens. Par ailleurs, il résulte de l'arrêt *van de Weerd* (7 juillet 2007, aff. C-222/05 ea, concernant l'application d'une directive sur la lutte contre la fièvre aphteuse) que le juge peut adopter une position passive commandée par le respect du principe dispositif du moment que les parties ont la possibilité de soulever le moyen conformément au droit du for.

La réflexion devrait porter, en droit privé, sur l'incidence du devoir de loyauté procédurale, à savoir si le juge doit au moins attirer l'attention des parties sur l'existence de la règle de conflit de lois, tout en tenant également compte de la distinction entre droits disponibles et indisponibles, concrètement, de la faculté ou non pour les parties de choisir la loi applicable, de l'objectif de protection de la partie faible poursuivi, par exemple, en matière de contrats de consommation ou de travail. Plusieurs membres soulignent, à la fois, la nécessité d'assurer l'application d'office en matière de droits indisponibles et d'organiser la collaboration des parties dans la preuve du contenu du droit étranger. En particulier, le potentiel du réseau judiciaire européen (décision n° 2001/470 du Conseil du 28 mai 2001, JO, 2001, L 174) devrait être exploité.

### IV. Loi applicable à la responsabilité civile liée à l'émission publique de titres

F. GARCIMARTIN présente les conclusions d'une étude préparée à la demande du Groupe (voy. l'annexe IV) sur la responsabilité du fait de la rédaction des prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation. La directive 2003/71 du 4 novembre 2003 (JO, 2003, L 345) vise à assurer une information de l'investisseur aux fins de fixer la valeur des titres émis, organise l'approbation du prospectus d'émission par les autorités de l'Etat d'origine — normalement, Etat du siège statutaire de l'émetteur ou, si ce siège est dans un pays tiers, Etat du lieu de la première offre au public — et ce prospectus bénéficie de la reconnaissance mutuelle dans l'ensemble de l'Union. Le sujet a été fort débattu dans le contexte des négociations du règlement Rome II. La question première concerne la qualification. Selon le rapporteur, la responsabilité est de nature quasi délictuelle — quoique l'hésitation soit permise pour l'émission sur le marché primaire — et la loi applicable doit donc être déterminée d'après le règlement Rome II. Pour appliquer le critère du lieu de survenance du dommage (art. 4.1),

deux éléments doivent être identifiés, à savoir la nature exacte du dommage subi et la localisation de celui-ci. Le dommage consiste en la perte économique ou financière résultant d'une baisse de prix des valeurs mobilières sur le marché. La localisation de ce dommage relève d'une fiction et offre trois possibilités, à savoir la localisation des valeurs mobilières, le lieu de vente de ces valeurs ou le pays d'origine de l'émetteur (*lex incorporationis*). Le rapporteur marque sa préférence pour le lieu de vente. Cependant, l'incertitude affectant le critère de localisation à retenir est génératrice de coûts et justifierait une règle spécifique de type *market-oriented*, visant le lien entre le prospectus et le marché.

La Cour de cassation italienne a, en avril 2011, marqué une préférence pour la localisation des valeurs au moyen du compte sur lequel elles sont enregistrées, non sans référence complémentaire au lieu d'utilisation du prospectus. La loi suisse (art. 156) — comme à sa suite le code belge de droit international privé (art. 114) avant l'entrée en vigueur du règlement Rome II — offre au porteur du titre un choix entre la loi d'origine de l'émetteur et le lieu d'émission.

Le débat montre une position favorable à la proposition du rapporteur. Celle-ci permet notamment à l'émetteur de choisir quels marchés viser, et la loi applicable serait totalement prévisible pour lui. De plus, en désignant une loi unique, elle met les investisseurs à égalité, préoccupation également dominante dans le contentieux des actions collectives. Néanmoins, certains estiment qu'il y a lieu de s'inspirer des solutions prévalant pour les délits environnementaux complexes, où prévaut une règle de faveur à la victime, ou de tenir compte de l'article 7 du règlement Rome II. D'autres s'interrogent sur la compatibilité de l'étanchéité des marchés découlant de l'application de la loi du marché concerné avec le droit du marché intérieur, quoique cette interrogation ait déjà été rencontrée plus généralement par le règlement Rome II. Enfin, l'interaction de la solution avec la détermination de la compétence internationale mériterait un examen, en particulier dans le contexte de la jurisprudence *Shevill* (CJ, 7 mars 1995, aff. C-68/93) sous l'angle de la multiplicité ou de l'unicité concernant respectivement l'État d'origine et l'État de destination ou du résultat dommageable. De plus, un investisseur ayant acheté dans deux marchés différents aurait deux causes d'action différentes.

## V. Actualité du droit de l'Union européenne

### 1. Les conséquences patrimoniales du divorce : dépeçage ou régime unique ?

A l'occasion de la proposition de règlement concernant les régimes matrimoniaux (doc. COM 2011, 126), E. JAYME attire l'attention sur le dépeçage pouvant résulter de l'application d'une pluralité d'instruments européens aux conséquences patrimoniales du divorce, et plaide en faveur d'un rattachement unique.

En droit civil, les conséquences du divorce peuvent être regroupées en 5 catégories :

- a) La liquidation du régime matrimonial,
- b) Les obligations alimentaires,
- c) Le droit à une compensation des droits de prévoyance,
- d) Les biens conjugaux, tels la résidence conjugale et les biens s'y trouvant,
- e) Relations économiques entre époux, telles les parts détenues dans des sociétés entre époux ou les donations.

Le traitement des conséquences du divorce par les législations nationales varie fort d'un pays à l'autre. Dans certains Etats, les catégories reprises ci-dessus sont considérées comme indissociables. Ainsi, en droit allemand, le juge du divorce ne dissocie pas la liquidation du régime matrimonial et les obligations alimentaires, alors que le droit français considère ces deux catégories séparément. En matière de divorce par consentement mutuel, les mesures relatives aux enfants, aux aliments, à l'utilisation du logement familial relèvent-elles de la loi du divorce ou de la loi de procédure ? Lorsque le juge du divorce a exclu un droit aux aliments sur base du droit étranger et qu'un ex-époux introduit ultérieurement une demande d'aliments, faut-il appliquer la loi du divorce ou la loi des effets du divorce ou opposer l'autorité de la chose jugée ? Compte tenu de l'interdépendance entre, d'une part, le divorce et ses conséquences et, d'autre part, les conséquences du divorce elles-mêmes, le rapporteur estime approprié d'avoir un statut unique permettant de soumettre l'ensemble de la procédure à un juge et à une loi uniques. Encore ne faudrait-il pas négliger les réactions à l'encontre de l'application de la loi du divorce aux aliments entre ex-époux, préconisée par la convention de La Haye de 1973 (art. 8) ni le risque d'ôter tout droit à une compensation de droits de pension dès lors que la loi du divorce ignorerait cette institution. Enfin, les conséquences du divorce à l'égard des enfants méritent un examen particulier.

Les instruments européens traitent, chacun en ce qui le concerne, une ou plusieurs conséquences du divorce. La difficulté n'est pas tant qu'ils traitent ces conséquences séparément mais qu'ils peuvent mener à la compétence de plusieurs juges et à l'application de différentes lois. Le règlement Bruxelles IIbis ne porte que sur le divorce ; le règlement Rome III ne comporte pas de règles de conflit de lois relatives aux conséquences de la dissolution du régime matrimonial ; le protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires tient compte de l'interdépendance entre le divorce et ses conséquences (art. 5) ; le règlement n° 4/2009 Bruxelles III prévoit que le juge compétent pour prononcer le divorce l'est également pour régler les effets alimentaires. Globalement, on constate une séparation de la loi du divorce et de la loi de effets du divorce, et une fragmentation des effets du divorce. Le recours à l'autonomie de la volonté pour

parvenir à l'unité de rattachement semble être un outil fragile. Cependant, si les difficultés évoquées sont réelles, il faut les nuancer en soulignant que même s'il y a une séparation entre la compétence/loi applicable au divorce et la compétence/loi applicable aux conséquences du divorce, il peut arriver que celles-ci coïncident.

## 2. Reconnaissance des effets des actes d'état civil

C. KOHLER présente la question de la reconnaissance des actes étrangers de l'état civil (voy. l'annexe V) à partir du livre vert « Moins de démarches administratives pour les citoyens — promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes d'état civil » (COM 2010, 747). L'objectif de la réflexion lancée par la Commission est de faciliter la mobilité des citoyens en réduisant les obstacles administratifs et juridiques, en vue d'assurer la continuité et la permanence du statut civil du citoyen exerçant le droit à la liberté de circulation.

Le livre vert comporte deux parties, l'une visant la circulation des « documents publics » (preuve de l'authenticité, apostille, certificats...) et l'autre, la reconnaissance mutuelle des actes d'état civil. La reconnaissance des actes donne lieu à deux variantes. La première raisonne en termes de reconnaissance de plein droit, sans harmonisation des règles de conflit de lois : la reconnaissance serait acquise, par exemple en cas de changement de nom, sous la réserve de la fraude à la loi et de l'ordre public et, le cas échéant, en en excluant certaines matières, comme la validité du mariage. La seconde variante repose sur l'harmonisation des règles de conflit de lois. Elle pourrait privilégier le critère de résidence commune sous condition d'un lien étroit, combinée avec l'autonomie de la volonté en faveur de la loi d'origine. Parmi les nombreuses réponses au livre vert, le rapporteur signale la position du notariat favorable à une harmonisation des règles de conflit, ou encore la proposition de reconnaître un acte conforme à la loi désignée par la règle de conflit de l'Etat d'origine.

De l'avis du rapporteur, la méthode de la reconnaissance, analogue à la suppression de la révision au fond concernant les jugements, provoquerait une érosion du système de conflit de lois du for et introduirait la coexistence de fait de plusieurs systèmes de conflit dans l'ordre juridique du for, au risque d'altérer la cohérence de cet ordre juridique et de créer, le cas échéant, des discriminations entre personnes en fonction de la localisation de l'acte public — par exemple si, dans l'affaire *Grunkin et Paul* (CJ, 14 octobre 2008, aff. C-353/06), un deuxième enfant venait à naître en Allemagne. A tout le moins, la reconnaissance des actes ne devrait pas être plus souple que celle des jugements et devrait englober un contrôle de la compétence indirecte. De plus, elle devrait s'accompagner d'une harmonisation des règles de conflit de lois, qui pourrait consacrer une forme d'autonomie de la volonté sous condition d'un lien étroit avec l'Etat de la nationalité ou de la résidence.

Le débat exprime deux orientations, l'une tendant à faciliter la liberté de circulation en garantissant la continuité d'une situation acquise à l'étranger avec une limitation stricte des motifs de refus sous réserve du contrôle de la loi applicable en vertu de la règle de conflit étrangère : il n'y aurait plus lieu de raisonner à partir d'une liste négative de motifs de refus. L'autre réaction doute de la nécessité d'un instrument européen au regard de la nature même d'un acte d'état civil : celui-ci n'est pas nécessairement constitutif d'état en droit comparé, il permet essentiellement d'établir la preuve de faits, selon certains droits nationaux avec le bénéfice d'une présomption valant jusqu'à inscription de faux. Une autre interrogation porte sur l'opportunité d'élargir la méthode de la reconnaissance aux actes dressés dans un pays tiers, dans la mesure où cela excéderait l'objectif de liberté de circulation des personnes dans l'Union.

## 3. Travaux au sein des institutions de l'Union

K. VANDEKERCKHOVE fournit un aperçu des travaux en cours ou projetés au sein des institutions de l'Union. Depuis l'année dernière une accélération au niveau législatif s'est produite. Cette accélération s'est reflétée dans l'adoption du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce (14 États membres y participent, sans exclure que d'autres s'y joignent, telles la Pologne et la Lituanie) et l'approbation de la Convention de La Haye sur les obligations alimentaires et du protocole sur les obligations alimentaires (qui est d'application immédiate dans l'Union à compter du 18 juin 2011). Par ailleurs, la France a été autorisée à négocier avec la Russie la conclusion d'un traité bilatéral sur l'enlèvement d'enfants, mais la Russie a finalement adhéré à la Convention de La Haye de 1980.

Dans le futur proche, les efforts des institutions se concentreront sur les projets suivants :

a) La proposition de refonte du règlement Bruxelles I (doc. COM 2010, 748). Sur l'abolition de l'exequatur, il existe un accord général mais subsiste la question de savoir si des bases de refus doivent être maintenues ou non pour l'exécution (notamment, l'ordre public). Sur l'extension du champ d'application, la question reste ouverte. Sur la litispendance, il y a un accord de principe pour contrer la jurisprudence *Gasser* (9 décembre 2003, aff. C-116/02). Sur l'arbitrage, on constate d'importantes divergences d'opinions, certains États membres étant en faveur d'une exclusion élargie alors que la majorité s'en tient au *statu quo*.

b) Les propositions de règlement sur les régimes matrimoniaux (doc. COM 2011, 126) et les partenariats enregistrés (doc. COM 2011, 127), cependant moins prioritaires que la proposition de règlement sur les successions.

c) Sur les saisies bancaires, l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (doc. COM 2011, 445), instrument complexe ne se substituant pas au droit commun et très difficile à rédiger. Il est à remarquer que la proposition utilise le même critère de localisation des valeurs en compte que la directive sur les garanties bancaires (dir. 2002/47 du 6 juin 2002, *JO*, 2002, L 168).

d) La proposition concernant les mesures de protection civile des victimes d'actes de violence (doc. COM 2011, 276).

e) Sur le brevet européen, le projet de coopération renforcée (déc. 2011/167 du 10 mars 2011, *JO*, 2011, L 76), auquel tous les États membres sont partie sauf l'Italie et l'Espagne. Cette proposition pose des questions sur son interaction avec les règlements Bruxelles I – y compris la convention de Lugano –, Rome I et Rome II.

D'autres projets sont toujours en cours de négociation :

a) La proposition de règlement sur les successions (doc. COD 2009/0157) a fait l'objet d'un compromis sur la loi applicable, en faveur de la dernière résidence habituelle mais avec une clause d'exception. Des problèmes subsistent à propos du domaine d'application, en raison de conceptions différentes sur la notion de succession et ses frontières avec le droit de propriété, ainsi qu'à propos de l'administration des successions.

b) Le protocole de 2002 à la convention d'Athènes sur le transport par mer de passagers et de leurs bagages de 1974 contient un double volet, droit matériel des transports et compétence internationale. Or le Danemark ne peut pas participer aux actes en matière de justice civile. Il est alors envisagé de dépecer la décision d'approbation en distinguant les deux volets.

c) La convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants n'est toujours pas ratifiée par plusieurs États membres, alors que la date limite était en juin 2011 (déc. 2008/431 du 5 juin 2008, *JO*, 2008, L 151). La Commission pourrait engager des procédures en manquement. Par ailleurs, la convention du Conseil de l'Europe du 25 octobre 2007 sur la protection des enfants fait l'objet d'un désaccord en raison des dispositions sur le droit de garde des grands-parents.

D'autres projets sont évoqués, à savoir : une proposition instituant un droit commun des contrats, qui introduirait un second régime à côté des régimes nationaux existants (doc. COM 2011, 635) ; le lancement d'une consultation sur une approche européenne des recours collectifs (doc. SEC 2011, 173) ; une communication sur la stratégie extérieure de l'Union, comprenant des volets sur la justice civile, la justice pénale, et sur la protection des données ; plusieurs études, notamment sur l'application du droit étranger, la responsabilité civile en matière de diffamation et d'accidents de la circulation routière, la compensation de créances, ou encore sur le règlement Bruxelles IIbis. En outre, l'éventuelle adhésion de l'Union à la convention de La Haye sur les clauses d'élection de for est fonction de la révision du règlement Bruxelles I.

## VI. Actualité de la Conférence de La Haye

H. VAN LOON présente un état des travaux de la Conférence au cours de l'année écoulée. La Conférence réussit à élargir le nombre de ratifications des conventions. Ce mouvement traduit une forme de mondialisation des travaux de la Conférence.

Les travaux en cours à propos de l'autonomie de la volonté se heurtent à la position de certains pays tiers, divergente de celle de l'Union, alors que l'adoption de règles uniformes accroîtrait la sécurité juridique également pour des entreprises européennes devant des juridictions de pays tiers. D'autres difficultés affectent les mécanismes de coopération administrative, encore insuffisants. A cet égard, l'installation de bureaux régionaux de la Conférence peut s'avérer utile.

Parmi les conventions antérieures à 2000, la convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants tarde à être ratifiée par tous les États membres. La convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, qui complète la convention de 1996, gagne en importance en raison du vieillissement de la population européenne. Cinq États membres l'ont ratifiée.

Parmi les conventions postérieures à 2000 auxquelles l'Union peut être partie, la convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for a été signée par l'Union en 2009. D'autres États, dont le Canada, l'Australie et l'Argentine, préparent actuellement leur adhésion. La convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille a été signée par l'Union européenne (déc. 2011/220 du 31 mars 2011, *JO*, 2011, L 93) et approuvée (déc. 2011/432 du 9 juin 2011, *JO*, 2011, L 192). La convention du 5 juillet 2006 relative à la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, ratifiée par la Suisse, n'a été signée par aucun État membre ni par l'Union européenne.

Pour le futur, la Conférence envisage la reprise des travaux sur la reconnaissance des jugements. L'examen de la problématique de la gestation pour autrui suggère l'opportunité d'une approche

mondiale face à une disparité importante des droits matériels nationaux. D'autres activités portent sur le droit étranger, en concertation avec l'Union, sur la promotion des conventions en Asie, sur l'élaboration d'une apostille électronique.

## VII. Actualité de la Cour européenne des droits de l'homme

P. KINSCH présente les développements récents sur le thème de l'interaction des droits de l'homme et du droit international privé (voy. l'annexe V). Au cours de la période écoulée, la Cour européenne des droits de l'Homme a rendu une dizaine d'arrêts et de décisions relatifs au droit international privé, dont un choix est présenté. Outre l'affaire *Ammjadi c. Allemagne* du 9 mars 2010 (n° 51625/08) où est constatée l'absence de discrimination dans le rattachement à la nationalité d'un droit à une pension après divorce établi par une convention bilatérale, et l'affaire *Lonsenci Rose et Rose c. Suisse* (9 novembre 2010, n° 664/06) montrant un cas particulier de discrimination en raison du sexe déduite de l'application de la règle suisse de rattachement sur le nom, l'affaire *Negrepontis-Giannis c. Grèce* (3 mai 2011, n° 56759/08) mérite l'attention. Il s'agit d'un développement de la ligne jurisprudentielle *Wagner c. Luxembourg*. Le cas d'espèce porte sur une adoption réalisée aux États-Unis, dont la reconnaissance est refusée en Grèce. Un litige successoral surgit entre le fils adoptif d'un moine orthodoxe et les frères et sœurs de celui-ci. La Cour de cassation grecque considère l'adoption contraire à l'ordre public international grec, puisque d'après le droit de l'Église orthodoxe, un moine orthodoxe ne peut pas adopter. Le droit de cette institution faisant partie du droit civil grec en vertu d'une disposition constitutionnelle, la reconnaissance de la décision est refusée. Néanmoins, selon l'opinion dissidente de certains des magistrats, l'interdiction de mariage pour les moines ayant été supprimée dans les années 1980, il s'est produit une évolution dont on aurait dû tenir compte, et donc la reconnaissance de la décision n'aurait pas dû faire objet d'un refus. Lorsque l'affaire est plaidée devant la Cour européenne, sont invoquées les violations des articles 8 et 6 de la Convention de sauvegarde, ainsi qu'une violation du droit au respect de la propriété sur les biens (protocole additionnel). La Cour condamne la Grèce au motif que, quoique les restrictions soient prévues par la loi et poursuivent un but légitime, le principe de proportionnalité est violé. On peut y voir un nouvel exemple de la théorie de la reconnaissance qui s'impose, cette fois-ci, à l'ordre public grec. L'arrêt appelle une comparaison avec l'arrêt *García Avello* de la Cour de justice de l'Union européenne (2 octobre 2003, aff. C-148/02), dont l'objectif est similaire à celui recherché par l'arrêt *Negrepontis*, objectif que la Cour de justice exprime en termes de liberté de circulation prévus par le traité sur le fonctionnement de l'Union. La liberté de circulation ne fait cependant qu'exprimer autrement le droit à la protection de l'identité personnelle contre l'ingérence étatique. On peut aussi tirer un lien assez clair entre l'arrêt *Negrepontis* et les arrêts *Krombach* (28 mars 2000, aff. C-7/98) et *Sayn-Wittgenstein* (22 décembre 2010, aff. C-208/09) de la Cour de justice, où l'on retrouve l'argument selon lequel l'ordre public, bien qu'étant dans chaque cas d'origine nationale, se trouve encadré par le droit de l'Union européenne (dans *Negrepontis* par le droit des droits de l'homme).

De son côté, l'arrêt *Šneerson et Kampanella c. Italie* (12 juillet 2011, n° 14737/09) montre une variante de l'arrêt *Neulinger et Shuruk* (tranchée par la Grande chambre le 6 juillet 2010). Mme Šneerson et son enfant résidaient habituellement en Italie lorsque le droit de visite du père fut établi judiciairement. La mère emmena par la suite, illicitement au regard du droit italien, l'enfant en Lettonie. Le père demanda aux autorités italiennes d'exiger le retour de l'enfant en Italie d'abord par application de la convention de La Haye, puis, après refus de coopération des autorités lettones (fondé sur l'article 13(b) de la convention), par application des articles 40 et 42 du règlement Bruxelles IIbis. La Cour constate une violation de l'article 8 de la convention non pas (comme dans l'affaire *Neulinger et Shuruk*) par les autorités lettones, qui auraient exécuté l'ordre de retour en Italie (elles ne l'avaient pas fait, l'enfant était resté en Lettonie tout au long de la procédure), mais par les autorités italiennes. Le fait même de demander le retour de l'enfant a été caractérisé comme une violation du droit à la vie familiale, pour des motifs par ailleurs inspirés de l'arrêt *Neulinger et Shuruk*. L'affaire est significative d'une stratégie de la requérante visant (avec succès) à priver d'effet le caractère automatique du retour de l'enfant demandé par les juridictions d'un Etat membre sur le fondement de Bruxelles IIbis. Cette fois-ci, le recours devant la Cour européenne des droits de l'homme visait l'ordre de retour en lui-même, mais rien n'empêcherait un requérant dans une future affaire d'essayer d'attaquer, conformément au précédent *Neulinger et Shuruk*, l'exécution par « un autre Etat membre » (l'Etat membre de la résidence actuelle de l'enfant) de pareil ordre de retour suivant la procédure, pourtant voulue automatique et sans recours, de l'article 42.

L'affaire *Negrepontis* suscite un débat à propos, d'une part de l'approche de la Cour européenne et, d'autre part, de l'approche de la Cour de cassation grecque. Certains membres estiment que la Cour européenne manifeste un manque de respect pour des institutions millénaires : l'ancienneté des règles en cause (règles de l'Église orthodoxe) ne devrait pas poser de problème quant à leur respect ou application. De même, la Cour européenne n'est guère mieux placée que la Cour de cassation grecque pour estimer s'il y a une évolution ou non dans l'ordre public international grec. D'autre part, certains considèrent que la Cour de cassation grecque aurait commis une erreur dans son analyse de l'interaction du droit grec et du droit religieux : elle semblerait vouloir transformer en règle constitutionnelle une règle d'ordre spirituel. Ainsi remarque-t-on que le droit civil grec n'a pas hésité à permettre le divorce d'un mariage religieux.

A propos de l'arrêt *Ammjadi*, on observe l'application de l'article 8 de la Convention sauvegarde à un droit de nature patrimoniale. De même, l'arrêt *Negrepontis* montre que l'invocation du protocole sur le droit de propriété à un litige successoral peut susciter des évolutions intéressantes.

Par ailleurs, l'arrêt *Šneerson* ouvre la porte à un contrôle de l'ordre public même dans le cadre du titre exécutoire européen.

La perspective de l'adhésion imminente de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde est également évoquée. Le processus s'accompagnera d'un mécanisme juridictionnel original et complexe, prévoyant la possibilité d'attirer l'Union aux côtés de l'Etat membre accusé d'une violation en exécution d'un acte de l'Union, ainsi que la possibilité pour la Cour de justice de se prononcer au préalable lorsqu'est évoquée devant la Cour européenne une question incidente de validité d'un acte de l'Union.

## ANNEXE I

### CONFLICTS OF NATIONALITIES AND EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW Many questions and some tentative answers

#### S. BARIATTI

Nationality is relevant under EU private international law rules as (a) a connecting factor for determining the applicable law, (b) a criterion for determining the court vested with jurisdiction, and (c) a criterion for determining whether the court of origin was competent to issue a decision whose recognition/enforcement is sought in another MS.

Many rules on conflicts of laws and jurisdictions provided for by the EU PIL regulations apply nationality as the relevant factor/criterion both as the nationality of one individual and the common nationality of the parties. However, while there is a general common understanding that in order to assess whether an individual possesses the nationality of a country the law of such country should apply, no common solutions are provided or have developed concerning multiple nationalities.

Regulation No 1259/2010 for the first time addresses this issue, but it leaves the solution to the domestic law of each MS. Yet,

- while some general trends or generalised solutions may be traced [to be verified], the domestic laws of MS differ on these matters, and
- the practical consequences of the application of the general principles of EU law and of the case-law of the ECJ have never been assessed in depth.

In fact, the ECJ has adopted several decisions concerning – directly or indirectly – nationality and conflicts of nationalities and providing certain guiding principles. However,

- the case-law does not cover all cases that might arise in practice in the three traditional sectors of PIL;
- the ECJ decides on a case-by-case basis and does not provide clear guidance for the generality of cases;
- it may be that the solutions adopted in other sectors (civil service, free movement, etc.) are not appropriate to solve PIL cases (and vice-versa: see *Devred*);
- it appears that the solutions adopted in one PIL sector (applicable law, jurisdiction, recognition of judgments) may not suit the needs of the others.

Thus, it is appropriate to analyse the state of the art of such principles as applied in this field and the problems that may arise in practice, and to propose solutions, if possible or advisable, in order to increase predictability and avoid or at least reduce abuses and forum shopping. It shall also be verified whether different solutions should apply in the three traditional sectors of PIL.

Among the various issues that may arise under the heading “conflicts of nationalities”, this preliminary paper addresses only multiple nationalities since in case of statelessness persons and refugees international conventions provide for connecting factors and jurisdiction criteria that are followed in the MS.

#### General principles of EU law

- Non discrimination
- Proportionality
- EU citizenship
- Unicité du statut du citoyen européen
- General interest
- ...

#### Relevant rules and provisions (acts, declarations, etc.)

- Declaration on the nationality of a Member State (annexed to the Maastricht Treaty)

*The Conference declares that, wherever in the Treaty establishing the European Community reference is made to nationals of the Member States, the question whether an individual possesses the nationality of a Member State shall be settled solely by reference to the national law of the Member State concerned. Member States may declare, for information, who are to be considered their nationals for Community purposes by way of a declaration lodged with the Presidency and may amend any such declaration when necessary.*

- Denmark and the Treaty on European Union, Decision of the Heads of State and Government, meeting within the European Council, concerning certain problems raised by Denmark on the Treaty on European Union, Section A, Citizenship (92 C348/01)

*The provisions of Part Two of the Treaty establishing the European Community relating to citizenship of the Union give nationals of the Member States additional rights and protection as specified in that Part. They do not in any way take the place of national citizenship. The question whether an individual possesses the nationality of a Member State will be settled solely by reference to the national law of the Member State concerned.*

- Regulation No 1259/2010 (Rome III)

*Rec. 22: Where this Regulation refers to nationality as a connecting factor for the application of the law of a State, the question of how to deal with cases of multiple nationality should be left to national law, in full observance of the general principles of the European Union.*

### ECJ case-law

In a number of cases the ECJ has assessed the criteria for the acquisition and loss of the nationality of Member States (*Kaur, Airola, Van den Broeck, Rottman, Chen, Ruiz Zambrano*).

The ECJ has decided various cases where the nationality of a MS concurred with the nationality of another MS or of a third country, as well as a case where the parties had two common nationalities, mainly in the context of free movement, freedom of establishment and freedom to provide services.

Case	Nationalities	
Gullung (19.1.1988, 292/86)	F+D national  Registered as Rechtsanwalt in D, wishes to practice in F	Freedom of movement for persons, freedom of establishment and freedom to provide services, which are fundamental in the Community system, would not be fully realized if a MS were entitled to refuse to grant the benefit of the provisions of Community law to those of its nationals who are established in another MS of which they are also a national and who take advantage of the facilities offered by Community law in order to pursue their activities in the territory of the first state by way of the provision of services.  (citing <i>Knoors</i> , 7.2.1979, 115/78, which concerned a NL national living and working in B, who wanted to enjoy EC freedoms in respect to NL)
Gilly 12.5.1998, C- 336/96)	D+F national living in France  German national, has acquired French nationality by marriage, works in Germany Application of the bilateral convention on double taxation	<i>G must therefore be considered in France as a worker exercising her right to freedom of movement, as guaranteed by the Treaty, in order to work in a Member State other than that in which she resides. The circumstance that she has retained the nationality of the State in which she is employed in no way affects the fact that, for the French authorities, she is a French national working in another Member State</i>
Micheletti (7.7.1992, C- 369/90)	ITA+ARG national in Spain No real connection with Italy	§ 10. Under international law, it is for each Member State, having due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality. Moreover, it is not permissible for a Member State to restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of

		<p>that nationality with a view to the exercise of the fundamental freedoms provided for in the Treaty.</p> <p>It implicitly rejects <i>Nottebohm</i> insofar as it does not allow a MS to scrutinize the “genuine link” between another MS and the individual.</p>
Mesbah (11.11.1999, C-179/98)	<p>Morocco-B national</p> <p>Request of allowance made by a relative based upon the Moroccan nationality of the son-in-law</p>	<p>The ECJ refused to follow <i>Micheletti</i> since the son-in-law was a national of the MS where he was established and to which the benefit were requested and no issue of free movement was involved.</p> <p><i>§ 40. Il appartient dès lors à la seule juridiction de renvoi, dans le cadre de sa compétence exclusive pour interpréter et appliquer son droit national dans le litige dont elle est saisie, de déterminer la nationalité du gendre de Mme Mesbah conformément au droit belge, et en particulier à la loi sur la nationalité et au droit international privé, applicable à la date de la présentation de la demande d'allocation pour handicapés litigieuse de même que pendant les périodes de référence pertinentes pour l'appréciation du droit au bénéfice de cette prestation de sécurité sociale</i></p>
Kaur (20.2.2001, C-192/99)	British Overseas Citizen in UK	Same as <i>Micheletti</i> (§ 19)
Airola (20.2.1975, 21/74)	<p>B+ITA national living in Italy, member of EC staff</p> <p>Belgian national had acquired Italian nationality by marriage; she had declared the will to maintain the Belgian nationality, but it was impossible to renounce the Italian one under Italian law</p>	In order to avoid any discrimination between male and female EC staff, the Italian nationality shall not be taken into account for purposes of the expatriation allowance
Van den Broeck (20.2.1975, 37/74)	<p>X+B national living in Belgium</p> <p>National of MS had acquired Belgian nationality by marriage; had not renounced the Belgian nationality, but she could do so</p>	Since VdB could have renounced the Belgian nationality but did not do it, she is considered a Belgian national for purposes of the expatriation allowance (which is denied)
Devred née Kenny-Levick (14.12.1979, 257/78)	<p>UK+B national living in Belgium</p> <p>National of UK had acquired Belgian nationality by marriage; had not renounced the Belgian nationality, but she could do so</p>	<p>Since D could have renounced the Belgian nationality but did not do it, she is considered a Belgian national for purposes of the expatriation allowance</p> <p><i>§ 14. The concept of effective nationality is used mainly in private international law in order to resolve positive conflicts of nationality. The concept cannot be transferred to a quite different sphere from that for which it was developed, specifically the scope of the staff regulations for officials of the Communities</i></p>
B (11.7.2007, F-7/06)	<p>UK+B national living in Belgium</p> <p>National of UK had acquired Belgian nationality by the mother after change of Belgian law on nationality</p>	B is considered a Belgian national for purposes of the expatriation allowance (the period of residence in Belgium exceeds the condition set forth by the staff rules)
Rottmann (2.3.2010, C-135/08)	A+D national National of MS1, acquires nationality	EU law does not prevent this situation to happen provided that the application of MS2's law concerning revocation respects the principle of proportionality

	of MS2 by naturalisation, which is later revoked for fraud	[Would the solution have been different had R been the national of a non-EU MS rather than of Austria?]
Chen (19.10.2004, C-200/02)	China+IRL national in UK National of non-MS acquires Irish nationality upon birth in the UK (Northern Ireland) and moves to UK invoking free movement also for the mother	Same as <i>Micheletti</i> § 38. <i>None of the parties that submitted observations to the Court has questioned either the legality, or the fact, of Catherine's acquisition of Irish nationality (§ 38)</i> § 39. <i>Moreover, it is not permissible for a Member State to restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of that nationality with a view to the exercise of the fundamental freedoms provided for in the Treaty (see, in particular, Micheletti, paragraph 10, and Garcia Avello, paragraph 28).</i> § 40. <i>However, that would be precisely what would happen if the United Kingdom were entitled to refuse nationals of other Member States, such as Catherine, the benefit of a fundamental freedom upheld by Community law merely because their nationality of a Member State was in fact acquired solely in order to secure a right of residence under Community law for a national of a non-member country.</i>
Saldanha (2.10.1997, C-122/96)	UK+USA national living in US Requested to pay cautio iudicatum solvi in Austrian judicial proceedings	§ 15. <i>The mere fact that a national of a Member State is also a national of a non-member country, in which he is resident, does not deprive him of the right, as a national of that Member State, to rely on the prohibition of discrimination on grounds of nationality enshrined in the first paragraph of Article 6 (citing Micheletti)</i>
Garcia Avello (2.10.2003, C-148/02)	E+B nationals living in B	Belgium could not prevent the registration of the minors under Spanish law (Garcia Weber) § 28. <i>It is not permissible for a Member State to restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of that nationality with a view to the exercise of the fundamental freedoms provided for in the Treaty</i>
Hadadi (16.7.2009, C-168/08)	H+F nationals living in F Recognition of H divorce judgment in F under Regulation No 2201/2003	§ 39. <i>Article 3(1) of Regulation No 2201/2003 does not make any express reference to the law of the Member States for the purpose of determining the exact scope of the 'nationality' ground of jurisdiction.</i> § 40. <i>Moreover, Regulation No 2201/2003 does not appear, at least in principle, to make a distinction according to whether a person holds one or, as the case may be, several nationalities.</i> § 41. <i>Accordingly, where the spouses have the same dual nationality, the court seised cannot overlook the fact that the individuals concerned hold the nationality of another Member State, with the result that persons with the same dual nationality are treated as if they had only the nationality of the Member State of the court seised. ...</i> § 42. <i>On the contrary, in the context of Article 64(4) of the regulation, where the spouses hold both the nationality of the Member State of the court seised and that of the same other Member State, that court must take into account the fact that the courts of that other Member State could, since the persons concerned hold the nationality of the latter State, properly have been seised of the case under Article 3(1)(b) of Regulation No 2201/2003.</i>
Ruiz Zambrano (8.3.2011, C-34/09)	Belgian children of Colombia parents	§ 40. <i>Article 20 TFEU confers the status of citizen of the Union on every person holding the nationality of a Member State. Since Mr Ruiz Zambrano's second and third children possess Belgian nationality, the conditions for the acquisition of which it is for the Member State in question to lay down, they undeniably enjoy that status.</i>
McCarthy (5.5.2011, C-434/09)	IRL+UK national living in UK invokes Irish nationality in order to obtain family unification (husband from Jamaica)	EU law does not apply since McC never exercised the right to free movement (always lived in UK)  <i>Adv. Gen. Kokott: § 35. The position that may obtain in relation to fields such as that of the rules governing a person's name cannot, however, necessarily be transposed to the right of residence at issue here and the related possibility of family unification. Rather, the issue is whether, in this context too, the position of Union citizens differs, in view of their dual nationality, in a legally relevant way from the situation of other</i>

The *Blais* case (4.12.2008, F-6/08) does not seem relevant for the purposes of this paper since under Article 3.7.4 of the rules applicable to BCE staff “*Lorsque un membre du personnel a deux nationalités, dont celle de l’État sur le territoire duquel est situé le lieu de son affectation, cette dernière nationalité détermine ses droits*”. The case concerned primarily the residence of B prior to employment by the BCE.

## B. Nationality as a connecting factor

The provisions concerning multiple nationalities may mainly come into consideration

a. when determining the law applicable to a status of an individual (legal capacity, personality rights, right to a name, succession)

or

b. when determining the law applicable to a relationship with another individual, where the law designates the law of common nationality (separation, divorce, matrimonial property regimes, personal relations between spouses, a.s.o.).

Moreover,

c. in certain cases the law applicable to one individual may have effects of the establishment of a status/situation vis-à-vis another party (the establishment of parentage (*filiation*) is governed by the national law of the child; the capacity to succeed is governed by the law applicable to the succession).

– Should one differentiate among these cases? Should the solution differ where a situation/status is created v. where a situation/status already created is invoked?

– Should one differentiate where a situation/status is invoked vis-à-vis a EU institution?

– What would be the solution under national law in a case falling under (b) where the couple has one common nationality and one of the spouses has also another nationality?

\*\*\*\*\*

## Possible application in PIL cases of the principles established by the ECJ

Legenda: MS1 = State of the forum  
MS2 , MS3 etc = other Member States  
Non-MS= third countries

### Law applicable to the status/situation of an individual (right to name, status)

Forum State	Nationalities		ECJ
MS1	MS1 + MS2	Can MS1 consider the individual exclusively as its national?	<p><i>Garcia Avello, Hadadi</i>: <b>NO</b> If the individual has “activated” or is activating the nationality of MS2, MS1 has to recognise the effects.</p> <p>What would be the solution of a PIL issue in <i>Airola</i> (i) before an Italian court; (ii) before a Belgian court?</p> <p>And <i>Van den Broeck</i>?</p> <p>What happens if the parents disagree on the name?</p> <p>What happens in the reciprocal case (Belgian father requires the application of Belgian law in Spain?)</p>
MS1	MS2 + Non-	How would the capacity/name of Chen or	<i>Micheletti, Chen</i> : <b>MS1 may</b>

	MS	<p>Micheletti be decided if MS1 follows the nationality principle? According to Irish or Chinese Law? Argentine or Italian law?</p> <p>Would effectiveness/genuine link be a criteria to solve this conflict?</p> <p>Do EU general principle require the application of the effective nationality? Or does a general principle of closest connection exist in EU law?</p> <p>In <i>Micheletti</i> effectiveness of nationality would have led to the application of Argentine law. What would have happened in <i>Chen</i>?</p>	<b>not impose conditions for the effectiveness of the nationality of MS2.</b>
MS1	MS2 + MS3	<p>How would MS1 in this case chose between the nationalities of two MSs?</p> <p>Would <i>Hadadi</i> prevent MS1 from considering only the nationality based on effectiveness?</p> <p>Or would MS1 be bound to equate the nationalities of MS2 and MS3?</p> <p>Which law would apply?</p> <p>What would be the solution of a PIL issue in <i>Airola</i> (iii) before the courts of a MS other than Belgium or Italy?</p>	<i>Hadadi</i> : ?
MS1	MS1 + Non-MS	Are Member States free to give precedence to their nationality?	Yes according to <i>Mesbah</i>
MS1	Non-MS 1 + Non-MS 2	Are Member States free?	Yes, they can apply the principle of effective nationality

Law applicable to the relationship between two parties (eg, divorce, Art. 8(c) Reg. 1259/2010)

Forum State	Spouse 1	Spouse 2		ECJ
MS1	MS1 + MS2	MS2	<p>Can MS1 consider Spouse 1 exclusively as its national?</p> <p>Should the spouses be considered as having a common nationality for the purposes of Art. 8(c) of Reg 1259/2010?</p> <p>Should the attitude of the parties and/or residence be relevant?</p>	<i>Garcia Avello, Hadadi</i> : <b>NO</b>
MS1	MS2 + Non-MS	MS2	<p>Can MS1 consider Spouse 1 exclusively as a national of MS2? Would this depend upon the attitude of Spouse 1?</p> <p>Would effectiveness be a suitable/legitimate criterion to solve this conflict?</p>	According to <i>Micheletti</i> MS1 may not impose conditions for the effectiveness of the nationality of MS2.
MS1	MS1 + MS2	MS1 + MS2		<p>Possible lesson from <i>Hadadi</i>: MS1 is entitled to apply its national law as the law of common nationality under Art. 8(c) in case 8(a) and (b) do not apply</p> <p>The same applies if the parties have seized the courts of MS2. It would appear inconsistent if the spouses seize MS1 and request the application of MS2's law</p>

				And vice-versa
MS1	MS2 + MS3	MS2 or MS3	How would MS1 in this case chose between the two nationalities of Spouse 1?	
MS1	MS2 + MS3	MS2 + MS3	How would MS1 in this case chose between the two common nationalities?	
MS1	MS2 + MS3	MS2 + MS1	Can MS1 consider Spouse 2 exclusively as its national?  Should the common MS2 nationality prevail?	
MS1	MS1 + Non-MS 2	MS1 or Non-MS2	Are Member States free?	
MS1	Non-MS 1 + Non-MS 2	Non-MS 1 +/or Non-MS 2	Are Member States free?	

**NB: In all the above cases under Article 5(1)(c) of Regulation 1259/2010 the spouses would be free to choose any nationality of either of them.**

### C. Nationality as a jurisdiction criterion (compétence directe)

- As under *Hadadi*, multiple nationalities of MSs may offer a plurality of fora.
- In principle, the nationality of non-MS is irrelevant since the EU rules on jurisdiction establish the jurisdiction of MS only
- How should the notion of common nationality be interpreted?
- Should different solutions be adopted where the nationality of a MS concurs with the nationality of a non-EU MS?

### D. Nationality as a jurisdiction criterion in the context of the recognition/enforcement of a foreign judgment (compétence indirecte)

- *Hadadi*

## ANNEXE II

### Embryon de règlement portant code européen de droit international privé

#### P. LAGARDE

*Art. 114. – 1. La nationalité d'une personne physique se détermine d'après le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause.*

*2. Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un ou de plusieurs Etats tiers, seule sa citoyenneté européenne est retenue pour déterminer les droits dont il a la jouissance au sein de l'Union ou pour fixer la compétence des juridictions des Etats membres.*

*3. Lorsqu'un citoyen européen possède la nationalité de plusieurs Etats membres, ces nationalités sont placées sur un pied d'égalité pour déterminer la compétence des juridictions des Etats membres.*

*4. Lorsque les dispositions du présent code permettent à une personne de choisir le droit de l'Etat dont elle a la nationalité et que cette personne possède deux ou plusieurs nationalités, ce choix peut se porter, sauf disposition contraire, sur le droit de l'un ou l'autre des Etats dont elle a la nationalité.*

*5. Lorsque les dispositions du présent code retiennent à titre de rattachement objectif le droit de l'Etat de la nationalité commune de deux personnes, ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque ces personnes ont plus d'une nationalité commune.*

*6. Lorsque les dispositions du présent code retiennent à titre de rattachement objectif le droit de l'Etat dont une personne a la nationalité et que cette personne possède plusieurs nationalités, ces dispositions se réfèrent au droit de l'Etat de la nationalité effective de cette personne.*

NOTE

Le § 2 correspond à la jurisprudence *Micheletti*.

Le § 3 correspond à la jurisprudence *Hadadi*.

Le § 4 correspond aux articles 16 c et 18 b de la proposition Régime matrimonial et à l'article 17 § 1, 2ème phrase, de la proposition Successions (état au 10 juin 2011).

Le § 5 correspond à l'article 17 § 2 de la proposition Régime matrimonial.

Il m'a semblé que le groupe était largement d'accord sur les solutions données dans les cinq premiers paragraphes. Le sixième propose une solution classique (parmi d'autres) à un problème qui ne se posera guère en l'état des textes de l'Union.

### ANNEXE III

#### Reflections on the Application, Proof of, and Access to Foreign Law – A brief update in preparation of the 2011 GEDIP meeting to be held in Brussels, 16-18 September 2011 by Hans van Loon and Monika Pauknerová

For the 2010 GEDIP meeting, the authors prepared a report on the above-mentioned subject (hereinafter "the 2010 Report"), which was discussed by the Group at its meeting in Copenhagen, 17-19 September 2010. The debate suggested that the issue of the treatment of foreign law concerned not so much its applicability *ex officio* but rather access to its contents. It seemed to the Group that divergences concerning the status of foreign law in the various EU jurisdictions – notably between systems belonging to the Romano-Germanic tradition and those of the common law – are not as radical as is sometimes suggested. With regard to access to foreign law, the Group noted that while a system of direct co-operation, e.g., through liaison judges, to facilitate access to the content of foreign law could be envisaged, this was not a ready-made solution and was likely to raise some issues of its own. Moreover, EU law was likely to have an impact on the treatment of foreign law: some conflict rules contained in regulations or directives are mandatory, and the principles of effectiveness and equivalence that control the application of EU law by national authorities must be respected by those authorities.

The Group concluded that the topic justified further study, in particular in light of the Valencia Report discussed in the 2010 Report and, specifically, in the context of the report to be prepared by the European Commission on the application of Rome II. It was decided to constitute a sub-group on the matter, consisting of M. Bogdan, H. Gaudemet Tallon, R. Morse, M. Pauknerová and H. van Loon (co-ordinator).(1)

The following is a short update of the 2010 Report, intended to permit a brief discussion at the 2011 Brussels GEDIP meeting, for which the authors are solely responsible.(2) In the absence of major new developments, the sub-group has not yet been convened. Depending on further developments in the first half of 2012 (see below), a fuller discussion could be envisaged at GEDIP's 2012 meeting.

While the Valencia Report was published earlier this year,(3) and the study of the Institut de droit comparé in Lausanne commissioned by the European Commission has been completed but not yet published – it will first be submitted for comments to the European Parliament, the European Council and the European Economic and Social Committee – the Commission has not been in a position to submit its report due on 20 August 2011 (Art. 30 of Rome II) on the application of Rome II, including "a study on the effects of the way in which foreign law is treated in the different jurisdictions and on the extent to which courts in the Member States apply foreign law in practice pursuant to this Regulation". The Commission intends to do so by the middle of 2012.

The Commission kindly permitted advance consultation of the Synthesis Report including its Executive Summary.(4) It is interesting to see that this Report, while confirming the findings of the Valencia Report concerning the heterogeneity and specificity of the national norms concerning or relevant to the application of foreign law in civil matters, tends to draw the opposite conclusion from this, namely that it would not be possible to achieve a uniform application of foreign law in all EU Member States by means of uniform EU measures. Any such rules or procedures would have different effects in each Member State in to which they would be introduced. Therefore, different measures would need to be adopted specifically for individual legal systems. While the report does not exclude an EU instrument, it suggests such an instrument should be limited to EU conflict rules and the law designated by such rules. Also it should not necessarily have to provide for application of foreign law *ex officio*, given that the relevant EU instruments mostly permit the parties to choose the law of the forum as the applicable law. As noted, however, the EU organs have not yet determined their position with regard to the conclusion of the Lausanne study.

As far as developments at the Hague Conference on Private International Law are concerned, the Council on General Affairs and Policy of the Conference, at its April 2011 meeting, could not agree on any immediate next steps to be taken and decided that "the Permanent Bureau should continue monitoring developments but not at this point take any further steps in this area, and to revisit this issue at its next meeting".(5) Preceding the next meeting of the Council, in February 2012 a joint three-day EU-Hague Conference meeting will be held in Brussels on access to foreign law. At this

meeting new light may be shed on the need for, and modalities of, any new instrument or practical tool to further international co-operation in this field.

Pending further consultations within the EU and the Hague Conference, we suggest that the Group at its Brussels meeting continues its discussion on the impact of EU law on the treatment of foreign law. As pointed out in the 2010 Report, this has become a controversial issue in legal literature. If the Group could agree on a common position, this would clarify the more general debate on the treatment of foreign law.

Clarification of this issue is also relevant in the context of the Embryon de règlement portant code européen de droit international privé, proposed by Paul Lagarde, which is also on the agenda of our Brussels meeting, and which contains, in its Chapter III “Conflits de lois”, a number of provisions concerning the application of foreign law. In particular, according to draft Article 133:

“Le contenu du droit étranger applicable en vertu de la présente loi est établi d’office par le juge, qui peut requérir la collaboration des parties. [En matière patrimoniale] les parties peuvent d’un commun accord renoncer à l’application du droit étranger au profit du droit du for. Le droit du for est applicable lorsqu’il est manifestement impossible d’établir le contenu du droit étranger.”

This proposal appears to be limited to the application of foreign law under the conflict of law rules that will form part of the Embryon (“applicable en vertu de la présente loi”), and not to extend to the treatment of foreign law generally, including where designated by national conflict rules. If the Group were to reach a conclusion on the impact of EU law on the treatment of foreign law, in particular on its applicability *ex officio* when designated by EU conflict rules, this may have a bearing on the draft provision, in particular its first paragraph, or its rationale.

### The exclusion of “evidence and procedure” from the scope of EU regulations

The short way to deal with the issue is to look for the solution in the exclusion of “evidence and procedure” from the scope of EU conflict of law regulations. This exclusion appears in Article 1(3) of both Rome I and Rome II, and was preceded by Article 1(2)(h) of the 1980 Rome Convention. It is subject, in both cases, only to the Regulation provisions on burden of proof (and, in the case of Rome II, also on formal validity).

For some UK authors this exclusion decides the question. According to Dicey, Morris and Collins (2006, 9-011) referring to Article 1(2)(h) of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, “... it is apparently the case that whether a particular rule belongs to this category [i.e. evidence and procedure] is a matter for the law of the forum.”<sup>(6)</sup> The fourth supplement (2010, S35-186), in its comments on Article 1(3) of Rome II, is less decided: “First, the exclusion of evidence and procedure seems to mean, that English practice in relation to the pleading and proof of foreign law continues to have effect. Secondly, while characterization of matters relating to evidence and procedure is primarily a matter for national law, it is possible that the European Court will regard itself as competent to determine the role and scope of evidence and procedure within the framework of the Regulation.”<sup>(7)</sup> This is obviously a question the Group may wish to discuss.

Rome I and, in particular, Rome II provide expressly, and significantly, that certain matters that in the common law systems are, or were previously, characterized as procedural, are part of the applicable law (e.g. assessment of damages, limitation statutes, burden of proof)<sup>(8)</sup>. However, does it follow that, apart from these matters, characterization of any other matter relating to evidence and procedure is “primarily a matter for national law”, so that national conflict rules apply, which may, or may not lead to the application of the *lex fori*? Rather, “evidence and procedure” should be understood as autonomous notions with a uniform meaning independent of the forum’s notions.<sup>(9)</sup>

It is also to be noted that no exclusion of “evidence and procedure” appears in the chapters on applicable law contained in Rome III (Council Regulation 1259/2010 on enhanced co-operation in the area of the law applicable to divorce and legal separation<sup>(10)</sup>), nor in the proposed Regulations (1) on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European certificate of succession, (2) on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, and (3) *idem* of property of registered partners. All of these contain rules on choice of law by the parties and in the absence of such choice. No explanation is given for the absence of the exclusion in these texts.

It would therefore seem that it is not possible to conclude from the exclusion of “evidence and procedure” in Article 3(1) of Rome I and II that the treatment of foreign law is left (primarily) to national law. Rather, the reasoning should be based on general EU principles.

#### Procedural autonomy and its qualifications

As Harry Duintjer Tebbens has pointed out,<sup>(11)</sup> the starting point for such an analysis should be the “well-established principle of procedural autonomy of the member States in implementing subjective rights conferred by EU law”, qualified by the principles of equivalence and effectiveness. The leading

case here with regard to civil proceedings is Van Schijndel en Van Veen,<sup>(12)</sup> where the Court ruled: “[...]

17. In the absence of Community rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from the direct effect of Community law. However, such rules must not be less favourable than those governing similar domestic actions nor render virtually impossible or excessively difficult the exercise of rights conferred by Community law [...]

18. The Court has also held that a rule of national law preventing the procedure laid down in Article 177 of the Treaty from being followed must be set aside [...]

19. For the purposes of applying those principles, each case which raises the question whether a national procedural provision renders application of Community law impossible or excessively difficult must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national instances. In the light of that analysis the basic principles of the domestic judicial system, such as protection of the rights of the defence, the principle of legal certainty and the proper conduct of procedure, must, where appropriate, be taken into consideration.

20. In the present case, the domestic law principle that in civil proceedings a court must or may raise points of its own motion is limited by its obligation to keep to the subject-matter of the dispute and to base its decision on the facts put before it.

21. That limitation is justified by the principle that, in a civil suit, it is for the parties to take the initiative, the court being able to act of its own motion only in exceptional cases where the public interest requires its intervention. That principle reflects conceptions prevailing in most of the Member States as to the relations between the State and the individual; it safeguards the rights of the defence; and it ensures proper conduct of proceedings by, in particular, protecting them from the delays inherent in examination of new pleas. [...]

Although the concept of procedural autonomy as defined by the Court is not crystal clear, and some have contested the very principle,<sup>(13)</sup> it is particularly relevant in the context of determining the impact of conflict rules contained in EU derived law. This is so because their impact in individual EU Member States will depend not on a single but on a variety of factors, which together shape and determine the operation in practice of each EU Member State’s civil procedural system within which the EU conflict rules will operate.

As the Lausanne Institute report emphasises, the interaction between conflict of laws (in general) and civil procedure has several aspects: ·

It starts with the judicial approach to the foreign element in the case that may lead to the application of foreign law. A timely detection of relevant foreign elements may condition the efficient application of the conflict rule and the foreign law designated thereby as much as the binding force of the conflict rule, or the foreign law, itself. Must the judge discover the foreign element ex officio, or is this left to the parties? In the latter case, if the facts do not disclose any foreign element, the law of the forum will apply whether or not the judge must ex officio apply the conflict rule (or the foreign substantive law designated thereby). ·

A second aspect, then, is the procedural status of the conflict rule itself (mandatory or not, vis-à-vis the courts and the parties). ·

A third concerns the procedural status of the foreign law designated by the conflict rule. ·

A fourth, the procedural regime of ascertaining foreign law (questions of burden of proof, admissibility of proof, ways of accessing foreign law, costs). ·

A fifth relates to the consequences of failure to determine foreign law. ·

A sixth has to do with the role of appellate courts. ·

A seventh concerns the specific procedures for non-judicial authorities: notaries, public registry officers, consular officers, etc.

Some of these aspects have deep ramifications in the civil procedure system of the Member State concerned (e.g., the degree of its adversarial versus inquisitorial nature).

## Equivalence

It would seem that equivalence of application of domestic and EU conflict rules, or of the substantive foreign laws designated by such rules, is not the problem. On the contrary, any divergences in the application of EU conflict rules (and of foreign law) among EU Member States, are likely to be the

result of assimilation with the application of domestic conflict rules (and of foreign law) under the respective civil procedure systems of the Member States, and not of any discrimination favouring national conflict rules over EU conflict rules. All EU States dispose of domestic codes or systems of PIL and / or international civil procedure.<sup>(14)</sup>

## Effectiveness

The real issue, therefore, is whether the principle of effectiveness of (conflict provisions of) EU law qualifies the principle of procedural autonomy in respect of EU rules on conflict of laws.

A common feature of many EU conflict rules is the wide room they leave for party autonomy. The parties may generally – subject to certain restrictions and exceptions – regulate the substance of their legal relationships by designating the applicable law, not only in the field of contracts under Rome I but also of non-contractual obligations in the context of Rome II, and, in the future, in respect of successions and matrimonial property and even in respect of divorce or judicial separation under Rome III – a novelty for a number of EU national PIL systems. The efficiency of rules based on party autonomy will essentially depend on the use made of them by the parties and the advice of practitioners (lawyers, notaries, mediators, etc). The “public interest” is not involved, at least not in the individual case (with regard to limitations to choice of law by the parties and the protection of weaker parties see below). There are ways to stimulate, or educate, the parties and their advisers to make wider use of party autonomy, but this is not the task of the civil procedure system. This conclusion is reinforced by the fact that the choice of law offered by EU law generally includes the law of the forum (Rome I and II; Rome III and the Maintenance Regulation, via the 2007 Hague Protocol, even systematically allow a choice for the *lex fori*). To the extent that the parties may opt for the *lex fori*, or the combination of jurisdictional rules and choice of law rules leads to the application of the *lex fori*, the question of the efficiency of the conflict rule becomes almost a non issue.

Freedom of the parties to designate the law presumes that they agree to that choice or at least that a choice of law made by one party is not contested (as in the many default cases). Where that is not the case and the objective EU conflict rule applies, there may be a risk, depending on the national procedural system, that this rule and the foreign law designated by it may not be applied. But again, it is up to (one of) the parties to raise the applicability of the foreign law. Provided that under the national procedural system the parties have that opportunity – as they generally have in the civil procedural systems of the EU Member States – the principle of efficiency does not, it would seem, require national courts to raise pleas based on EU law of their own motion. As the ECJ puts it in *Van der Weerd*: “

41. It follows that the principle of effectiveness does not, in circumstances such as those which arise in the main proceedings, impose a duty on national courts to raise a plea based on a Community provision of their own motion, irrespective of the importance of that provision to the Community legal order, where the parties are given a genuine opportunity to raise a plea based on Community law before a national court. (...)”

Interestingly, the Lausanne team has made a preliminary study of the application of Rome II. Obviously the number of cases is still limited, but the study, which covers Bulgaria, Finland, Germany, the Netherlands and the United Kingdom, found no evictions of the applicable law in favour of the *lex fori*. Significantly, several of the UK cases concerned traffic accidents – which are specially mentioned in Article 30 (review clause).

The words in *Van der Weerd*, “*Irrespective of the importance of that provision to the Community legal order, where the parties are given a genuine opportunity to raise a plea based on Community law before a national court.*” also seem to include the case of mandatory conflict rules, in particular those protecting weaker parties such as consumers and employees. But this is certainly a matter that deserves further discussion by the Group.

In this regard, the principle of effectiveness would definitely be jeopardised if the mandatory jurisdictional provisions of, for example, Brussels I in respect of weaker parties were not applied correctly. These jurisdictional provisions, precisely because they generally provide the weaker party to access the court of its residence, are clearly concerned with the “opportunity to raise a plea based on Community law before a national court.” But provided that these jurisdictional provisions are respected,<sup>(15)</sup> and the weaker party has been given access to the court of its residence, then, in principle, the mandatory protective rules of the *lex fori* will be applied. And if, exceptionally, a foreign law should be applied, as Trevor Hartley has observed, that party will have the right to raise its applicability.<sup>(16)</sup>

But one may have a different view, and, with reference to *Van Schijndel* § 21, take the view that (1) the limitations of EU conflict of law provisions with respect to the freedom of the parties to designate the applicable law and (2) the protection of weaker parties provided by EU conflict rules are, or may be, matters of public interest such that court intervention with regard to jurisdictional provisions is not enough, and court intervention is also required with regard to conflict of law provisions.<sup>(17)</sup> It is not obvious, however, how this position can be reconciled with the case law of the ECJ, including *Van der Weerd*.

The tentative conclusion would seem that given the broad scope that EU conflict rules provide to party autonomy, and, in other cases, the fact that the parties, including weaker parties, generally have the opportunity to raise the applicability of the conflict rule and of the foreign law designated by it, the principle of effectiveness does not impose general restrictions on the civil procedure systems of EU Member States.<sup>(18)</sup> As Harry Duintjer Tebbens concludes: "At present, the actual impact of EU choice-of-law rules appears tied to the way each member State's procedural system treats the domestic counterparts of those rules. (...) On the other hand, if it were demonstrated that the lack of uniform procedural treatment constitutes a serious obstacle to the proper conduct of cross-border litigation, the legislation of the Union could adopt measures to remedy the situation."<sup>(19)</sup>

If this were demonstrated, what could be done? Michael Bogdan, suggests the following,

"as a possible compromise between the ex officio application of foreign law in some Member States (such as Germany) and application of foreign law merely upon request by at least one of the parties (e.g. in England). A compromise is desirable if we want to achieve the main purpose of EU conflict rules, namely the application of the same substantive rules regardless of the Member State of the forum. The fact that most EU conflict rules allow the parties to agree on the application of lex fori does not fully legitimize varying outcomes, depending on the Member State of the forum, in those cases where the parties have made no such agreement. My idea how to give EU conflict rules the necessary effectiveness is to impose on the national courts the duty to bring, on their own initiative, the conflict-of-laws issue to the attention of the parties in order to give them an opportunity to either agree on the application of lex fori or request the application of foreign law applicable pursuant to the EU conflict rules. Whether this method could be characterized as ex officio (the court raises the conflict issue of its own motion) or not (the court will not apply foreign law unless it is requested by at least one of the parties) is of theoretical rather than practical interest.

This suggestion is suitable for all those disputes where settlement is permitted, regardless of whether the EU conflict rule concerned allows the parties to agree, in advance, on the applicable law. In all such cases, the parties should be allowed to decide, after the dispute has arisen, that the costs in terms of money and time of the application of foreign law would simply not be justified, for example in view of the limited value of the dispute."

This is certainly an interesting idea. The question remains, whether this would require an EU instrument. If so, the further question is whether this should be in the form of a regulation or a directive. But this will require more discussion and study, and it would still seem that, as tentatively concluded by the Group at its Copenhagen meeting in 2010, the most important immediate issue from a practical perspective remains that of accessing foreign law, also in the pre-litigation and non-litigation contexts.

## ANNEXE IV

### Prospectus liability in the EU: Conflict-of-laws aspects F. Garcimartin

#### Abstract

This paper analyses the conflict-of-laws problems raised by prospectus liability. It looks at the characterization of such liability, which is an essential element for the analysis since it determines the application either of the Rome I Regulation or of the Rome II Regulation. Finally, it highlights the difficulties raised by the application of the Rome II Regulation in this context, and in particular, the identification of the place of damage and the interplay between the regulatory rules, subject to the State-of-origin principle, and the private-law rules, subject to a sort of State-of-destination principle. From a practical point of view, it includes some guidelines to cope with this issue, both from a *lege ferenda* and from a *lege lata* perspective.

#### I. Introduction

Information plays a key role in any market but in particular, in capital markets. Investors lend money to companies in exchange of intangible assets -securities-, and the information on the attributes of these securities is essential to fix their price. Otherwise, the uncertainty will be incorporated in the price, which will likely increase the cost of getting finance. As any other creditors, investors are concerned about the quality of the debtor and the terms and conditions of the debt. To ensure that an adequate level of information is provided for by issuers of securities, most legal systems impose a duty to disclose in different contexts. At the initial stage, i.e. when the issuer offer its securities to the public, this duty to disclose materializes in the obligation to elaborate, register and make public a *prospectus*. This prospectus contains information (i) on the issuer and (ii) on the securities.

If the information contained in the prospectus is not accurate, it may give rise to criminal, administrative and/or civil liability. This paper focuses on the latter and analyses the conflict-of-laws problems raised by the civil liability deriving from a defective prospectus. The paper is organized as

follows. First, it briefly describes the regulatory regime governing the prospectus in the context of an initial public offering of securities (IPO) in the EU. Secondly, it points out the main features of the civil liability associated with the publication of a prospectus. Thirdly, it characterises this liability. The characterization of that liability is an essential element for the analysis since it determines the application of the Rome I Regulation or of the Rome II Regulation. Finally, it highlights the difficulties posed by the application of the Rome II Regulation in this context, and in particular, the identification of the place of damage and the interplay between the regulatory rules, subject to the State-of-origin principle, and the private-law rules.

## II. Regulatory framework

In Europe, as in many other jurisdictions, any offer of securities to the public or the admission to trading in a regulated market requires the prior publication of a prospectus. The prospectus must contain information concerning the issuer and the securities.

The legal regime governing the prospectus in the EU law is established by the Directive 2003/71/EC of 4 November 2003 ("*Prospectus Directive*") and its implementing instruments (20). From a regulatory standpoint, this regime is based on three ideas: (i) Issuers are obliged to publish a prospectus, (ii) this prospectus must be approved by a competent authority; and (iii), once it has been approved, the prospectus is valid in any Member State, i.e. it benefits from the mutual recognition principle.

### A. The obligation to publish a prospectus

The Prospectus Directive imposes an obligation to publish a prospectus in two scenarios: (i) when securities are offer to the public and/or (ii), when securities are admitted to trading on a regulated market (arts. 3). The concept of *offer to the public* is defined in very broad terms. It includes any communication to persons in any form and by any means, presenting sufficient information on the offer and the securities so as to enable an investor to decide to purchase or subscribe those securities (art. 2.1 (d)). The Directive specifies its scope excluding certain offers and certain types of securities (art. 3.2 and 4). The concept of admission to trading, in turn, implies the recognition of the possibility that the corresponding securities be traded in an organized market, but it is limited to EU regulated markets. The list of these markets is periodically published by the EU Commission. In many operations, these two aspects are linked: a public offered is immediately followed by an admission to trading. The same prospectus can be used for both purposes.

The prospectus must contain information concerning the issuer and the securities. The specific information that must be provided for and its format are detailed in the implementing measures adopted by the Commission (21). In general terms, the information must be sufficient to enable investors to make an informed assessment of the issuer (its solvency) and of the rights attached to the securities. The information shall be presented in an easily analysable and comprehensible form (art. 5). In addition, the prospectus must include a summary containing the essential characteristics of the issuer and the securities, and written in a non-technical language.

### B. Approval

The prospectus is subject to an *ex ante* control. It has to be approved by a competent authority of the home Member State and, once approved, has to be made available to the public in the Member State where the offer is made or the admission to trading is sought, i.e. in the host State (art. 13-14). The role of the competent authority is limited to an "external control". It only verifies that the prospectus meets the standards of the Directive and in particular, that there are no reasonable grounds to conclude that the information provided is incomplete and/or ambiguous, but it does not verify whether the information is correct or not. That is why the approval of a prospectus does not exclude civil liability: even if the prospectus has received green light by the authorities, it can give rise to civil liability when the information is false, misleading or incomplete.

The approval corresponds to the authority of the home Member State. In principle, the home Member States is the Member State where the issuer has its registered office (art. 2.1 (m)), i.e. its *lex incorporationis*. There is, however, an exception for non-equity securities (art. 2.1 (m) (ii)) and also the possibility of transfer the competence to another Member State (art. 13.5: "*The competent authority of the home Member State may transfer the approval of the prospectus to the competent authority of another Member State, subject to the agreement of that authority*"). As regards non-EU issuer, the competent authority is determined by the Member State where the offer to the public or the admission to trading is made for the first time (art. 2.1 (m) (iii)).

### C. Mutual recognition

Once approved, the prospectus enjoys EU passport: the prospectus is valid for public offers or admissions to trading in any other Member State (art. 17). The only requisite is a notification to the authority of the host Member State confirming that the prospectus has been drawn up in accordance with the Directive (art. 18). A translation of the summary can also be requested. But the host Member State cannot undertake any approval or administrative procedure relating to the prospectus. The same holds for the other Member States of the European Economic Area.

### III. Prospectus liability

If the information contained in the prospectus is not complete or accurate, it may give rise to criminal, administrative and/or civil sanctions. The latter derives from the civil damages suffered by investors who have acquired securities and supports financial losses attributable to the inaccuracy of the information contained in the prospectus. Those financial losses are linked to a fall in the price of the securities when the market knows that the prospectus was defective. The relevance of civil liability in this context has been underlined both from a compensatory perspective and also from a regulatory perspective (22). It ensures a compensation to those investors who in good faith relied on the information provided for by the issuer to make their decision of investment, when the information turns out to be false or misleading. But, from an *ex ante* perspective, it also reduces the incentive for issuers to give false or misleading information. In this sense, it contributes to the smooth functioning of the securities markets

In spite of its relevance, the Prospectus Directive does not establish common rules on civil liability. Article 6 only (i) imposes on Member States an obligation to attach civil liability for the information given in the prospectus and (ii), foresees a minimum and a maximum as regards the circle of liable persons. On the one hand, this liability must encompass “*at least the issuer or its administrative, management or supervisory bodies, the offeror, the person asking for the admission to trading or the guarantor, as the case may be*” (art. 6.1). These persons must be identified in the prospectus and they must expressly include a declaration about the veracity of the information. On the other hand, it limits the content of the national law: *Member States shall ensure that no civil liability shall attach to any person solely on the basis of the summary, including any translation thereof, unless it is misleading, inaccurate or inconsistent when read together with the other parts of the prospectus*” (art. 6.2 II).

The regime applicable to civil liability, therefore, remains to a large extent in the hands of Member States. Each Member State has its own laws. And the content of these laws may vary significantly from one jurisdiction to another (23). In certain countries, general rules on civil liability apply, i.e. the prospectus liability is subject to *general tort law*. In most countries, however, the regulatory obligation to publish a prospectus has been accompanied by the introduction of *special rules* for the civil liability arising from the prospectus that partially depart from general tort law. It is a qualified liability. German scholars differentiate between general civil prospectus liability (*Bürgerlich-rechtliche Prospekthaftung*) and special prospectus liability (*Spezialgesetzliche Prospekthaftung*) (24) to express this idea. In Spain, for example, the legislator has introduced special rules, i.e. different from those applicable under general tort law, with regard to prescription of actions or to the burden of proof. In principle, and although the interaction between general tort rules and the special rules on prospectus liability is not always clear, this special regime only applies to the prospectus governed by the regulatory rules (i.e., the civil liability follows the duty to publish a prospectus) and is more favourable to the victim than the general law relating to misrepresentation.

Due to that variety of legal regimes, the determination of the law applicable to the prospectus liability in a cross-border scenario may become a key question. For the issuer, the offeror or the person asking for the admission to trading in a regulated market, it is very important to know *ex ante* which law will govern their standards of conduct. For the investors, it is also important to know the civil liability regime applicable to the damages they may suffer or have suffered.

EXAMPLE 1 (25). A UK listed company launched a public offer of securities to different jurisdictions. The prospectus was approved by the UK authority and passported into Ireland, Germany and Austria. Insofar as civil liability rules vary among these jurisdictions, the identification of the applicable law may become an important factor to assess the legal risk associated with the transaction.

### IV. The characterization problem

Conflict-of-laws rules use legal concepts to define their scope of application. The particular conflict-of-laws rule applicable to a specific issue is, therefore, determined by the legal nature of this issue. The term “characterization problem” refers to the process whereby a specific issue is characterized in order to be subsumed under one or other of the legal concepts employed by the conflict rules.

*Special* conflict rules reduce characterization problems since their formulation is adjusted to specific issues. Hence, if there were a special conflict-of-laws rule for prospectus liability, the characterization problem would be significantly reduced. This is the case of Swiss Private International Law. Article 156 of the Switzerland’s Federal Code on Private International Laws provides: “1. *Claims arising from the public issuance of equity and debt instruments by means of a prospectus, circular, or similar publications shall be governed by the law applicable to the company or that of the State in which the issuance is made*”. Prospectus liability is subject to this conflicts rule which contains an alternative connecting factor. The person suffering the damage caused by a prospectus can choose either the application of the law of the issuer or the application of the law of the State where the issuance is made.

In the EU Law, there is no special conflict-of-laws rule dealing with prospectus liability. Hence, we have to characterize the issue to determine the applicable rule. Two main alternatives are plausible: to characterize prospectus liability either as a contractual issue or as a tort, i.e., as a non-contractual

issue. In the former case, the law applicable would be determined by the Rome I Regulation (26); in the latter case, by the Rome II Regulation (27).

The ECJ has laid down certain parameters to characterize an issue under the concept of contractual matters. Although these parameters have been formulated in the context of the Brussels I Regulation (28), in principle they also apply in the context of the Rome I and II Regulations (see, recital 7 of these Regulations). The ECJ considers the term “contractual obligations” to cover those situations where there is an obligation freely assumed by one party towards the other (29). According to this definition, a defective prospectus may entail contractual consequences. In an Initial Public Offering (IPO), i.e. when the securities are initially put into circulation (“primary market”), the securities are purchased directly from the offeror –whether it be the issuer, its shareholders or the underwriters in a cascade offer- and, therefore, the offeror (the person liable) enters into a contractual relationship with the investors (the victim). The information contained in the prospectus may be considered as part of the terms and conditions of that contractual relationship and, accordingly, if the information is defective may entail contractual consequences, for example, a right to rescind the purchase agreement. Actually, the Rome I Regulation contemplates this hypothesis in Article 6.4 (d), where it explicitly refers to the offer to the public of transferable securities. The purpose of this provision is to exclude the application of the special rule on consumer contract and, accordingly, refer these transactions to the general rules, i.e. articles 3 and 4, since the Regulation deems necessary to ensure uniformity in the terms and conditions of an issuance or an offer (see recital 28) (30).

Nevertheless, regarding economic damages, legal scholars generally follow a non-contractual characterization of the prospectus liability, regardless of whether the acquisition of the securities took place in primary or secondary markets (31). Several reasons have been invoked in favour of this approach. First, historical and comparative-law arguments: this characterization is the solution traditionally adopted in most jurisdictions. Secondly, the prospectus is addressed to the market as such, not to a particular person or persons. Prospectus liability determines the standard of behaviour in the market and protects the reliance of all participants on the fact that those who are in charge of a prospectus provide complete and correct information. As has been said, prospectus liability arises from a non-contractual bond between investors and issuers (32). It is, therefore, a market-oriented institution and not a contractual-oriented institution. Thirdly, and for the same reason, with regard to economic damages, it would not make much sense to apply different conflicts rules to primary markets -where there may be a contractual relationship between the person liable and the victim- and to secondary markets -where there is not such relationship-. In both cases, the situation of the investors *vis à vis* the prospectus is equivalent. Fourthly, the conflict-of-laws rule applicable to contractual matters is based on the free choice of the parties (i.e. the offeror in this case), and this connecting factor does not seem adequate for prospectus liability. This liability fulfils an institutional function, the protection of the market, and the free choice of the applicable law is not compatible with that function.

## V. The Rome II Regulation

### A. Material application

A non-contractual characterization of the prospectus liability entails that the applicable law is determined by the Rome II Regulation. This Regulation applies to “*non-contractual obligations in civil and commercial matters*” (art. 1). The text adds a list of exceptions (art. 1.2). Two of these exceptions require further analysis: letter (c), with regard to securities, and (d) with regard to company law.

On the one hand, the Regulation does not apply to the obligations arising from negotiable instruments, but “*to the extent that the obligations under such other negotiable instruments arise out of their negotiable character*” (art. 1.2 (c)). This exclusion only protects the circulatory function of negotiable instruments: Rome II Regulation does not govern the obligations deriving from a negotiable instrument *vis à vis* a holder in due course of that instrument. In principle, securities qualify as negotiable instruments, but the obligation to publish a prospectus and the liability attached to the information included in it does not derive from the negotiable character of the securities (33). Actually, the mere fact that during the negotiations of the Rome II Regulation a proposal was informally tabled to exclude the prospectus liability from its scope or to include a special rule for this issue proves that the delegations assumed its application (34). The same holds for the exclusion related to companies (art. 1.2 (d)). It only encompasses the internal liability of the company or the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company and the personal liability of auditors to a company or to its members in the statutory audits of accounting documents. The liability of an issuer or offeror *vis à vis* the investors arising from the prospectus is not linked to the internal organization of the company. The material application of the Rome II Regulation, therefore, seems indisputable.

### B. *Lex loci damni*

Since there is no special conflict-of-laws rule for prospectus liability in the Regulation – and, for the reasons explained above (IV), article 12 does not apply (35) –, the applicable law, in principle, is determined by Article 4. This provision points to the *lex loci damni*, i.e. the law of the country in which the damage occurs. The provision makes clear that neither (i) the country in which the event giving rise to the damage occurred, nor (ii) the country in which the indirect consequences of that event occur are relevant from a conflict-of-laws perspective. Article 4 adds a preference in favour of the common residence of the parties (art. 4.2) and an escape clause (art. 4.3).

The application of the *loci damni* as a connecting factor calls for answering two questions: (i) What is the damage? and (ii), Where does such damage occur?

In cases of prospectus liability, the individual or civil damage (*damni*) is purely financial. Securities are mere legal and financial assets. They do not have any intrinsic value. Their value mainly derives from the legal and economic rights they represent: their payoffs and the likelihood of recovering the investment. This, in turn, depends on the information provided for by the prospectus on, *inter alia*, the economic performance and solvency of the issuer. This information is reflected in the price. Hence, once the market knows that the prospectus was false or misleading, the price of the securities falls and the investors suffer the corresponding financial damage. It is not a physical damage, but a mere financial damage: when the true information is disclosed, the price falls to the extent that the economic value of the rights attached to the securities decreases (36).

The place of damage as connecting factor works well for physical damages, i.e. personal injuries or damages to property. Physical damages can be physically located. However, the application of such connecting factor to financial or economic losses calls for a more detailed analysis. Financial damages cannot be physically located. Or, in other words, their location is fictitious. In particular, with regard to the *location* of the damage caused by a defective prospectus, three alternatives may be considered: (i) the State where the securities are located; (ii) the State of origin (i.e. where the prospectus was approved) or (iii), the State where the securities were offered to the public and/or listed.

#### (1) The location of the securities

In the context of Article 5.3 of the Brussels I Regulation, the European Court of Justice (ECJ) has stated that the place of damage does not refer to the place where the claimant is domiciled or where his assets are concentrated by reason only of the fact that he has suffered financial damage there resulting from the loss of part of his assets which arose and was incurred in another State (Case Kronhofer, C-168/02). In this case, an Austrian investor entered into a call option contract relating to shares following the advice of a German firm. However, the German firm failed to warn him of the risks involved in the transaction. As a result, the investor transferred a total amount of USD 82 500 in November and December 1997 to an investment account with the German firm in Germany which was then used to subscribe for highly speculative call options on the London Stock Exchange. The transaction in question resulted in the loss of part of the sum transferred and the investor was repaid only part of the capital invested. Though the reasoning of the ECJ is not absolutely clear, legal scholars have understood the wording of the ECJ in the sense that the damage was suffered in Germany, since the account of the investor where the amounts were debited was located there (37).

Apart from its ambiguity, this case-law was established in the context of the Brussels I Regulation, and the rationale of the rules on jurisdiction differs from the rationale of the conflicts rules. According to the ECJ, Article 5.3 of the Brussels I Regulation is an exception to the general rule (art. 2) and must be restrictively interpreted. Furthermore, that provision is based on the existence of a particularly close connecting factor between a dispute and courts. None of these two hermeneutic criteria are relevant at the conflict-of-laws level and, therefore, should not have much weight in the interpretation of the Rome II Regulation. Nevertheless, it cannot be ruled out that the ECJ takes such case-law as a starting point in the context of this Regulation and draws the conclusion that the place of damage is the place where the securities sold under the defective prospectus are located. The reasoning seems simple and attractive. The damaged assets are the securities since a defective prospectus entails a decrease of their value. The place of damage, therefore, is the place where these securities are located.

However, the practical results of such approach would be difficult to accept and, actually, the application of that reasoning to the prospectus liability has been strongly criticised by scholars (38). First, the reduction of the value of the securities does not derive from a direct damage to the asset; it is a consequential damage of the reduction of the price of that asset and the price is set in the corresponding market. That is, the direct damage is mainly suffered where the securities are sold and bought, i.e. in the market where the prices are formed, and indirectly where the security is located. Secondly, the location of the securities – regardless of whether they are materialized, i.e. incorporated to a document, or represented by book-entries – can be unilaterally determined by the investors. Theoretically, they can be moved from one jurisdiction to another, even to places far from the market where the prospectus was published. In many cases, the location is arbitrary, uncontrollable and unpredictable to the issuer. Thus, the location of the securities as *loci damni* would run against the principle of legal certainty and foreseeability. The legal risks associated with this approach may disincentive issuers to launch cross-border public offers. Furthermore, it is difficult to understand why even though the prospectus was the same for all investors, the liability may be different depending on where each investor has placed his securities. This unequal treatment from a conflict-of-laws perspective has no justification.

Taking the above into account, it is not surprising that there have been different proposals to avoid that conclusion. In particular, there are two other main alternatives from a *lege lata* perspective: (i) the location of the damage *in the market* and, therefore, the application of the *lex mercatus*; (ii) the extension of the State-of-origin principle, enshrined in the Prospectus Directive, to the civil liability.

#### (2) The connection to the market (lex mercatus)

The first alternative is to link the damage not to a place but to a market, to the market where the securities are offered or negotiated and where the information, on which the investors rely, is generally disclosed (39). The reasoning is as follows. As pointed out above, securities do not have an intrinsic value. Even if they have a nominal value, their *real value* is what the market is willing to pay for them, i.e. their price. This price is set by the market taking into account the information provided for in the prospectus. Investors rely on this information to determine the value of the securities and, therefore, their willingness to pay. The ultimate purpose of the prospectus is then to offer the market the conditions to set the right price. When the bad news is revealed, i.e. the market knows that the information contained in the prospectus was false or misleading, the prices are readjusted and therefore the price of that particular security falls. Physically, legally and in nominal economic terms, the securities are the same. However, the price that the market is willing to pay for them is reduced. Hence, the investors suffered the damage *in the market* where the offer and demand (acceptance) meet. This is the *lex loci damni*.

Additionally:

(a) The *lex mercatus* will normally coincide with the regulatory rules imposing the duty to publish a prospectus. Though inside the EEE the Prospectus Directive has opted for the State-of-origin principle (*supra*), the general approach outside Europe continues to be that the obligation to publish a prospectus derives from the law of the country where the securities are offered to the public or admitted to trading.

(b) The application of the *lex mercatus* guarantees the supra-individual or institutional function of the prospectus liability, i.e. to protect the reliance on the market as institution, and, hence, it promotes the competitive reputation of each market. If Country A wants to offer its securities market as a safe place to trade, it may have an interest to impose its civil liability standards as part of the legal system framing that market.

(c) It is predictable for both parties, issuers and investors, and therefore they can manage the associated legal risk.

Nevertheless, the connection to the market presents two difficulties: (i) the legal basis for this approach in the current text of the Rome II Regulation and (ii), the determination of the relevant market.

Those who defend the connection to the market as relevant connecting factor to determine the *lex loci damni* are divided as to whether this solution can be subsumed in the general rule (i.e. art. 4.1) (40) or in the “escape clause” (i.e. art. 4.3) (41). Personally, and for the reasons suggested above (*supra* V (B) *in fine*), I share the first opinion: since we are dealing with the financial damages caused by a defective prospectus (a damage without physical location), it should be linked to the market where the securities are offered and/or negotiated. This must be considered as *loci damni*. However, it is true that it calls for an interpretative effort and does not seem to be the dominant view. Thus, the solution with regard to the legal basis of a market-oriented approach is, to say the least, ambiguous. On the other hand, in cross-border scenarios, the mere reference to the *lex mercatus* may not be sufficient. There is a need to specify the relevant market when the public offer is addressed to more than one jurisdiction and/or the securities are admitted to trading in regulated markets of more than one jurisdiction.

EXAMPLE 2. In the example given above, the issuer was listed in the UK and the public offer was addressed to Ireland, Germany and Austria. That company could also have asked to be listed in other countries. In this scenario, since the securities are offered and negotiated in markets of different jurisdictions, it is necessary to specify the relevant market.

Scholars have made different proposals to identify the relevant market, combining criteria such as the location of the transaction, the location of the intermediary that receive the order to buy the securities or even the location of the securities (42). I will return to this issue in the following paragraphs (*infra* 3). For now, it is enough to say that as regards the determination of the relevant market, the solution is also ambiguous.

### (3) State-of-origin principle

Some scholars have gone a step further and postulated the application of the State-of-origin principle enshrined in the Prospectus Directive to the prospectus liability. Accordingly, within its scope of application, the prospectus liability would be governed by the home Member State of the issuer as defined by Article 2 (m) of the Directive (*supra* II (B)) (43). This law will normally coincide with the *lex incorporacionis* of the issuer. Conversely, outside the scope of the Directive, the *lex loci damni* would remain applicable (either referred to place where the securities are located or to the *lex mercatus*).

This solution is based on the link between the prospectus liability and the regulatory duty to disclose, i.e. the parallelism between the obligation to publish a prospectus (regulatory rules) and the liability arising from it (civil Law). In principle, the *lex mercatus* governs both aspects. However, inside the EEE, the Prospectus Directive has opted for a different approach: the duty to publish a prospectus and its approval corresponds to the home Member State of the issuer, irrespective of whether the securities are offered or listed in that State. The link between the *mercatus* and the regulatory duties

breaks. According to this view, the regulatory duties drag along the civil liability and, therefore, the link between the *lex mercatus* and the prospectus liability should also be broken. Inside the EEE, the civil liability arising from a prospectus should be governed by the home Member State of the issuer, and not by the place where the securities are offered to the public and/or negotiated, i.e. the host Member State.

This construction has clear advantages for the issuers. It reduces the costs of cross-border offers since the offeror will be subject to only one national law, its own law, instead of to different laws when the securities are offered or negotiated in different markets. Furthermore, the same law governs both aspects, i.e. regulatory duties and civil consequences. And it also overcomes the uncertainty associated with the determination of the relevant market: irrespective of where the securities are offered to the public or admitted to trading, the liability arising from a prospectus will be governed by the home Member State of the issuer.

From a *lege lata* perspective, scholars have invoked two different legal grounds for this solution. Either, Article 4.3 of the Rome II Regulation (the “escape clause”)(44): prospectus liability is accessory to the regulatory duties and, therefore, its closer connection is with the law of the country which governs these duties. Or, Article 27 of the Rome II Regulation (45) : the principle of home Member State enshrined in the Directive also applies to the prospectus liability and it prevails over the conflict rules of the Regulation according to that provision.

Nevertheless, I guess that it is premature to take this step forward. Under current EU Law, this solution is not convincing neither from a *lege lata* nor from a *lege ferenda* perspective (46) . The Prospectus Directive only contains public-law or regulatory rules, it does not harmonize private-law rules (apart from the punctual reference included in Article 6). Hence, the home Member State principle set out by the Directive only applies to the first aspect but does not extend to the second, and there are no reasons *why the regulatory rules should drag along the private-law rules* (47) . First, the general principle on non-contractual liability is the application of the *lex loci damni* (*infra* (a)). Second, the only argument that may justify departing from this approach in a particular area would be a minimum harmonization at the European level (*infra* (b)). But as regards prospectus liability, no harmonization exists. Consequently, there are no convincing arguments to give a different treatment to prospectus liability in relation to other examples of non-contractual liability (*infra* (c)).

(a) As to non-contractual liability, EU Private International Law does not respond to a “State-of-origin” principle but to a sort of “host Member state” or “State-of-destination” principle: the *lex loci damni* is the rule. This is fair to the victim, but also to the responsible persons: those who act in a way that has consequences in different markets have to face liability under the laws of those markets. The recitals of the Regulation are very clear: “*the place where the damage occurred (lex loci damni) strikes a fair balance between the interests of the person claimed to be liable and the person sustaining the damage*” (recital 16). Furthermore, the Regulation takes as a starting point the universality of the rules, i.e. in principle the same conflict-of-laws approach applies to both EU internal conflicts and external conflicts.

(b) Only a minimum degree of harmonization on the civil-law aspects may justify departing from that principle. This harmonization would ensure a right balance between the responsible persons and the victim at the material-law level, and may prevent a risk of race-to-the-bottom in a part of the legal market, non-contractual liability, which is precisely prone to this risk (48) .

(c) However, the Prospectus Directive does not establish a minimum degree of harmonization on civil liability. The competent authority only controls the external aspects of the information provided by the prospectus, not its content. Therefore, even an approved prospectus can be false or misleading. And vice versa, a non-approved prospectus can be complete and accurate. The fact that the prospectus has been approved does not exclude that it may provoke damages. This aspect and its consequences are –almost- entirely left in the hand of the Member States. Hence, there are no reasons to modify the general approach and opted for the application of the home Member State principle in this area. The *lex loci damni* approach underpinning the Rome II Regulation applies in other areas such as product liability (art. 5) or unfair competition (art. 6), why in the area of prospectus liability the approach should be different to other non-contractual areas?

It is true that the *lex loci damni* rule entails that the offeror may be subject to different laws (the so-called “mosaic approach”), but -as has just been explained- this also happens in other commercial activities (providing services or selling products) and, unless a change of paradigm occurs, a different treatment for offerors of securities would be an unjustified discrimination. Investors, on the other hand, are also treated differently depending on the *lex mercatus* applicable, even if all rely on the same prospectus. But this solution is justified by a simple argument: the *lex mercatus* fixed the legal framework that governs the market, i.e. the place where offer and demand meet. Thus, if different investors have acquired in different markets and under different legal frameworks, a different treatment may be justified (49) .

### 3. Conclusions: *lege ferenda* proposal

#### A. A market-oriented rule

There are two conclusions that can be drawn from the above considerations. First, the Rome II Regulation does not give a clear answer to the question of the law applicable to prospectus liability,

i.e. to the civil liability arising from the information contained in a prospectus. Actually, scholars have expressed many different views on this question. And this is not free. Legal uncertainty in itself is a cost for any transaction and, in particular, for capital markets transactions. The legal risk associated with prospectus liability increases the costs of cross-border issues. There is, therefore, a need for the inclusion in the Rome II Regulation of a *special rule* on this issue, i.e. stating clearly which law applies to the civil liability arising from the prospectus.

Secondly, this special rule should be based on the *lex loci damni* but interpreted under a market-oriented test. Prospectus liability fulfils a two-fold function. On the hand, it protects investors who rely on the information provided for by the prospectus. And, on the other, it protects the well functioning of the market as institution. The interests of the offeror and the investors meet in a market and it should correspond to the law of this market to govern the civil liability of the former *vis à vis* the latter; i.e. prospectus liability must be linked to the *lex mercatus*. This solution is foreseeable for the issuer and strikes a fair balance between the interest of the victim and the interest of the responsible person. Even inside the scope of the Prospectus Directive, the solution should be maintained since the regulatory regime established by that instrument is not sufficient to extend the home Member State principle to the civil liability.

## B. The relevant market

Nevertheless, the identification of the relevant market and the corresponding applicable law is not always easy. The market is defined (i) by the jurisdiction where the securities were offered to the public (as regards primary markets) or (ii), by the jurisdiction where the securities are admitted to trading (as regards secondary markets). Therefore, the identification of the relevant market does not raise many difficulties when the securities are offered and admitted to trading in the regulated market of only one jurisdiction.

EXAMPLE 3. A Spanish company launches an IPO only addressed to the Spanish market (i.e. no public offer is made abroad) and the securities are to be listed only in a Spanish regulated market. In this case, Spain is clearly the relevant market and therefore Spanish law applies. Neither the location of the account where the securities are credited to the ultimate investor nor the habitual residence of this investor is relevant. The same holds if the Spanish company makes a public offer and is admitted to listing only in Portugal. In this case, Portuguese Law applies (50).

However, a mere reference to the relevant market is ambiguous when the public offer is addressed to different jurisdictions and/or the securities are admitted to trading in regulated markets of different jurisdictions. In both cases, the prospectus must be made available to the public through different means in the Member State where the securities are offered to the public or admitted to trading, i.e. the “host Member state” (art. 14 Directive). Since there is more than one market involved, additional elements must be taken into account to specify the relevant market (51). The first criterion may be the market where the investor acquires the securities, i.e. the coincidence between the market and the transaction. Thus, if the public offer is addressed to different jurisdictions and the investor acquires the securities in an IPO, the market will be that where the transaction took place. For the purpose of this solution, the jurisdiction where the offer is made is defined under the standards of the Prospectus Directive (arts. 2.1 (d) “offer of securities to the public” means a communication to persons in any form and by any means, presenting sufficient information on the terms of the offer, and the securities to be offered, so as to enable an investor to decide to purchase or subscribe to these securities”) (52).

EXAMPLE 4 (primary markets). A Spanish company launches a public offer addressed to the Spanish, Portuguese and French markets, i.e. it makes the public offer in Spain, Portugal and France. The Prospectus approved by the Spanish authorities is passported to the other jurisdictions. In this case, if an investor that accepted the offer wants to claim damages, he could do so according to the law of the jurisdiction (Spain, Portugal or France) where the transaction was concluded, i.e. where that investor gave the order to his intermediary to accept the offer.

If the securities are admitted to trading in several regulated markets of different jurisdictions, the relevant market would be that where the securities were acquired.

EXAMPLE 5 (secondary markets). A Spanish company is listed in three Member States: Spain, Portugal and France. In this case, if an investor wants to claim damages deriving from a defective prospectus, he could do so according to the law of the jurisdiction (Spain, Portugal or France) of the regulated market where the transaction was concluded. This will normally coincide with the jurisdiction where the investor gave the buying order to his intermediary (53).

This solution applies to both multi-jurisdiction public offers and multi-jurisdiction listed companies. The public offer and the admission to trading have the same weight. Some authors, however, seem to give preference to the latter (54): if the issuer is listed in one or more regulated market, the relevant market must be one of these, irrespective where the public offer took place.

EXAMPLE 6. A Dutch company launches a public offer of its shares to the Spanish and Portuguese market, but those shares are only admitted to trading in a Dutch regulated market. According to this view, Dutch Law applies even *vis à vis* those investors who acquired their shares in the context of the public offer addressed to Spain or Portugal.

However, at this stage, I have not found out a convincing argument to take such approach.

In those scenarios described above, the regulatory rules may not coincide with civil-law rules. The former belong to the home Member State and the latter to the host Member State (*lex loci damni*). Naturally, and under Article 17 of the Rome II Regulation, the approval of the prospectus in the home Member State should be taken into account to assess the civil liability, as a *datum*, in so far as is appropriated according to the material rules of the *lex loci damni*, i.e. given that foreign approval the same consideration as it is given to a local approval.

One difficult case remains in secondary markets: when the transaction takes place OTC (Over-the-Counter), i.e. outside the regulated market, and in a jurisdiction different from those where the securities are admitted to trading. In this marginal case, a possible option would be to specify the relevant market through the closest connection principle, giving a special weight to the home Member State or to the State where the transaction was settled.

EXAMPLE 7. A Spanish company is listed in three Member States: Spain, Portugal and France. The investor acquired the securities OTC, in a fourth jurisdiction. This implies that the location of the transaction is not useful for the specification of the relevant market. In this case, if an investor wants to claim damages deriving from a defective prospectus, he could do so according to the law of the jurisdiction (Spain, Portugal or France) of the regulated market with which the case is most closely connected. The law where the transaction was settled or the law of the home Member State should have a special weight in the application of that clause.

## VI. Summary

This paper has analysed some of the main problems raised by the determination of the law applicable to prospectus liability. The two main conclusions can be summarized as follows. (a) The uncertainty provoked by the current regime justifies the adoption of a special conflict-of-laws rule in the EU. (b) This rule must be based on the principle underpinning the Rome II Regulation, i.e. the *lex loci damni*, interpreted under a market-oriented test. *At the current stage of EU Law*, the law applicable to torts caused by products or services is based on the principle of State of damage, i.e. the host Member State, and not on the principle of State of origin. I do not find persuasive reasons to change this approach for prospectus liability. The identification of this law should be based on a cascade of connecting factors: (i) *First*, the jurisdiction where the public offer of securities was made or where the securities are admitted to trading; (ii) *Second*, in cases of multi-jurisdictional public offers or listed companies, the relevant market should be identified taken into account the place (i.e. the market) where the investors acquired the securities; and (iii) *thirdly*, if the investor acquired the securities OTC in none of those jurisdictions, the relevant market should be identified applying the principle of the closest connection.

## ANNEXE V

### La reconnaissance des effets des actes de l'état civil (Livre vert de la Commission COM(2010) 747) C. Kohler

1. L'objectif de l'initiative de la Commission, qui s'inscrit dans le cadre du programme de Stockholm, est de faciliter la mobilité des citoyens à l'intérieur de l'Union en réduisant les obstacles de nature administrative ou juridique qui s'y opposent. Selon le slogan (non dépourvu de populisme) figurant au titre du livre vert, il s'agit d'arriver à « Moins de démarches administratives pour les citoyens », et ceci par le moyen de « Promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets des actes de l'état civil » (c'est nous qui soulignons). La présentation qui suivra porte notamment sur ce dernier volet. À ajouter simplement que les travaux sont au stade du livre vert qui a été publié en décembre 2010, la consultation du public intéressé ayant couru jusqu'au 30 avril 2011.

2. Même si la première partie du livre vert a une portée générale puisqu'elle vise des « documents publics » de nature fort différente (diplôme, brevet, acte concernant la vente d'un immeuble, conclusion d'un contrat de mariage ...), l'accent est, par la suite, mis surtout sur les *actes de l'état civil* (auxquels est concentrée la deuxième partie). Les questions que le livre vert formule à cet égard peuvent être répertoriées en deux catégories. Une première série de questions (n° 1 à 6) concerne le côté « technique » de la circulation des documents (preuve de l'authenticité, production de traductions ...) et les moyens pour faciliter celle-ci (suppression des formalités administratives, coopération entre autorités, limitation des traductions, création d'un certificat européen d'état civil). La seconde catégorie des questions (n° 7 à 11) porte sur la « reconnaissance mutuelle des effets des

actes d'état civil ». Est évoqué d'abord le rôle des autorités nationales dans la recherche de solutions pratiques et ensuite deux variantes de la « reconnaissance mutuelle », à savoir 1° la reconnaissance « de plein droit » et, 2° la reconnaissance « basée sur l'harmonisation des règles de conflit de loi ».

3. C'est, bien entendu, la problématique de la reconnaissance qui mérite l'attention particulière du groupe. Pour bien cerner l'enjeu de l'initiative de la Commission, voici la formulation précise de l'objectif poursuivi à cet égard :

« La continuité et la permanence de la situation d'état civil de tout citoyen européen qui exerce son droit à la libre circulation devraient pouvoir lui être garanties. En décidant de franchir la frontière d'un État membre pour aller vivre, travailler, étudier dans un autre État membre, la situation juridique acquise par le citoyen dans le premier État membre (par exemple le changement d'un nom pour une femme mariée adoptant légalement le nom de son mari) ne devrait pas être remise en cause par les autorités du deuxième État membre, dans la mesure où une telle remise en cause constituerait un obstacle et une source de difficultés objectives à l'exercice des droits du citoyen. » (point 4.1)

4. Selon le livre vert, cet objectif peut être atteint à l'aide d'une des variantes de la méthode de la reconnaissance. Avant d'y consacrer quelques réflexions, il paraît utile de délimiter le sujet. Nous allons limiter nos observations aux conséquences de ces options pour le droit international privé et, autant que possible, ne pas aborder la problématique du droit de l'Union qui sous-tend les propositions du livre vert. Nous laisserons donc de côté, 1° la portée des obligations qui découlent de l'article 21 TFUE et dont la définition par la Cour de justice a donné l'impulsion principale pour l'initiative de la Commission (voir les arrêts *Garcia Avello*, *Grunkin et Paul*, et *Sayn-Wittgenstein*) et 2°, la question de la compétence de l'Union et de la base juridique éventuelle pour adopter un acte dans le domaine concerné. Nous n'allons pas non plus parler du côté « technique » de la circulation des documents publics, évoqué dans les questions 1 à 6 du livre vert.

5. Telle qu'elle est présentée par la Commission, la reconnaissance « de plein droit » de situations d'état civil établies dans les autres États membres « serait faite sans harmonisation des règles existantes » et impliquerait que chaque État membre « accepte et reconnaisse les effets d'une situation juridique créée dans un autre État membre (...) même si l'application du droit de cet État aurait conduit à une autre solution ». Or, deux tempéraments devraient accompagner cette variante de la reconnaissance : 1°, il y aurait lieu de prévoir des « mesures compensatoires afin d'éviter d'éventuels cas de fraude et d'abus et de prendre pleinement en compte les règles de l'ordre public des États membres » ; 2°, le champ d'application de ce type de reconnaissance pourrait être limité à certaines situations telles que l'attribution ou le changement du nom, d'autres situations telles que le mariage pouvant s'avérer moins adaptées à cet égard.

6. La seconde variante de la reconnaissance est celle basée sur « l'harmonisation des règles de conflit de loi » et impliquerait l'adoption d'un corps de règles communes qui prévoieraient la loi applicable « à une situation transfrontière lorsqu'un événement d'état civil est concerné ». Le livre vert évoque brièvement la question de la détermination des facteurs de rattachement qui devraient prendre en considération l'objectif de faciliter la mobilité des citoyens :

« Par exemple, les citoyens résidant dans un autre État membre que leur État membre d'origine pourraient se voir appliquer le droit de cet État avec lequel ils ont développé des attaches, plutôt que le droit de leur État d'origine qu'ils ont peut-être quitté depuis de nombreuses années. »

Or, consciente du fait que l'intérêt du citoyen concerné peut aller dans le sens exactement opposé, la Commission évoque la possibilité d'un choix de la loi applicable par les intéressés. En effet, par un tel choix, le citoyen pourrait exprimer « son attachement à sa culture et à son État d'origine ou à un autre État membre ». Il conviendrait cependant d'encadrer cette autonomie de choix qui « ne pourrait conduire qu'à l'application d'une loi avec laquelle le citoyen a des liens étroits ».

7. Ainsi préparé par le livre vert, le débat international-privatiste se concentre essentiellement sur le rôle respectif de la méthode de la reconnaissance et la méthode « conflictuelle » (c'est-à-dire utilisant des règles de conflit de loi, *Verweisungsmethode*), ce qui exige, plus particulièrement, une pondération des avantages et inconvénients de l'une ou de l'autre méthode dans le domaine concerné. À cet égard, les réponses au livre vert (55) ne prennent pas toujours position ou sont plutôt nuancées. Ainsi, par exemple, la CIEC se limite à faire état du pour et du contre de l'une ou l'autre méthode, tandis que Paul Lagarde, son ancien secrétaire général, est « favorable à donner à la méthode de la reconnaissance le domaine le plus large possible » tout en soulignant la nécessité « de mener une réflexion sur la définition précise des motifs de non reconnaissance des situations constatées dans un acte de l'état civil d'un autre État membre » et en reconnaissant les avantages d'un rapprochement des règles de conflit de lois dont les difficultés ne devraient cependant pas être dissimulées. En revanche, les « Notaires d'Europe » et le « Bundesverband der Deutschen Standesbeamtinnen und Standesbeamten » se prononcent clairement en faveur de l'harmonisation des règles de conflit comme base nécessaire de la reconnaissance mutuelle. Tel est en principe également le cas du « Deutscher Rat für Internationales Privatrecht » lequel reconnaît cependant que pour certaines situations telles que le mariage ou le partenariat la reconnaissance de plein droit pourrait faire l'objet d'un acte de l'Union. Cet organisme insiste toutefois sur la nécessité de préciser,

pour chaque situation concernée, tant les conditions positives que les motifs de refus de la reconnaissance.

8. Il me paraît que la réflexion que suscite la problématique susmentionnée doit tenir compte tant du côté théorique, voire « dogmatique » de la question que de son côté pratique (ou « pragmatique »). Quant au premier volet, il faut partir de la constatation, désormais acquise, que la prolifération de la méthode de la reconnaissance mène à une érosion croissante du système fondé sur les règles de conflit de lois du for. Cette érosion a commencé dès que les États étaient prêts à reconnaître des décisions étrangères sans vérifier que la loi appliquée était bien celle désignée par la règle de conflit du for. Or, renoncer au contrôle de la loi appliquée signifie admettre que la règle de conflit de l'État d'origine de la décision puisse sortir ses effets dans l'État du for *en dépit de la règle de conflit de ce dernier État*. Dans ce cas, la règle de reconnaissance opère, ainsi que l'exprimait Wengler il y a cinquante ans, comme une « *disguised additional allocation rule determining the law governing the relations between parties upon whom foreign judgments are binding* » (56). Aujourd'hui, les décisions étrangères sont normalement reconnues sans contrôle de la loi appliquée, de sorte que *la coexistence de plusieurs systèmes de conflit de lois dans l'État du for est devenue la règle*. Il en résulte nécessairement une coexistence non contrôlée de solutions de droit matériel sur le territoire de l'État du for, ce que s'agissant du droit de la famille Andreas Bucher a appelé candidement « la nouvelle diversification du statut personnel ».

9. Il est évident que la reconnaissance « de plein droit » (c'est-à-dire sans contrôle de la loi appliquée) des effets des actes de l'état civil renforcerait encore le phénomène constaté dans la mesure où les règles de conflit pour les situations concernées ne sont pas uniformes. Ceci mène à la question de savoir si la diversification des systèmes – tant de conflits de lois que de droit matériel – qui résulterait de cette option du livre vert est encore compatible avec la nécessaire cohérence de l'ordre juridique interne et le principe d'égalité.

En effet, la reconnaissance de plein droit risque de produire des résultats erratiques et incohérents, ainsi que le montre l'exemple suivant : Supposons que dans l'affaire *Grunkin et Paul* les parents de l'enfant Leonard Mathias auraient abandonné leur résidence au Danemark pour rentrer en Allemagne. Si, après leur retour, ils avaient mis au monde un deuxième enfant, le nom de famille de celui-ci aurait été, selon la loi allemande, seule applicable, soit le nom de la mère (*Paul*) soit celui du père (*Grunkin*). Le deuxième enfant porterait par conséquent un nom de famille autre que son frère Leonard Mathias *Grunkin Paul*, et cette situation devrait être reconnue partout dans l'Union. Une procédure de changement de nom par l'autorité administrative compétente sur demande des parents serait envisageable en théorie, mais on voit mal une autorité allemande attribuer à cet enfant un nom de famille « à la danoise » dans une situation entièrement rattachée à l'Allemagne.

10. La compatibilité avec le principe d'égalité de la situation créée par la diversification renforcée des systèmes est d'autant plus douteuse que les conditions de la reconnaissance « de plein droit » selon le livre vert sont plus libérales que celles exigées pour les décisions judiciaires alors que ces dernières reposent sur des fondations plus solides. Certes, les effets de la reconnaissance d'un jugement étranger vont au delà de ceux de la reconnaissance d'un acte de l'état civil. Toujours est-il que dans les deux cas la reconnaissance oblige l'État du for à considérer comme valide la situation juridique créée et formalisée dans l'État d'origine.

11. Quelles sont les conséquences qui résultent de ce constat ? Il serait certes futile de vouloir revenir sur le principe de reconnaissance sans contrôle de la loi appliquée en tant que tel. Il s'agit plutôt de contrôler et réguler la coexistence de la pluralité des systèmes de conflit de lois dans les États membres dans le but de respecter, ainsi que l'exige l'article 67 TFUE, « les systèmes et traditions juridiques » de ces États. Jusqu'ici, cette tâche a été plus ou moins accomplie pour les décisions judiciaires, elle reste à entamer pour d'autres situations juridiques formalisées, telles que les actes de l'état civil. À cet égard, dans un souci de pragmatisme, il paraît utile de procéder, si possible simultanément, sur deux voies, en s'inspirant du modèle du programme d'action de l'an 2000 en matière de reconnaissance des décisions judiciaires : Arrêter, d'une part, les conditions de reconnaissance des effets des actes de l'état civil et harmoniser, d'autre part, les règles de conflit de lois dans les matières concernées.

12. S'agissant des conditions de reconnaissance (57), elles devraient être comparables à celles exigées pour les décisions judiciaires. Ainsi, il conviendrait, 1° de vérifier la compétence de l'autorité étrangère d'état civil, ce qui reviendrait à définir les attaches que l'intéressé doit avoir eues avec l'État membre dont relève ladite autorité (58). Ensuite, 2° la procédure ayant conduit à l'établissement de l'acte en question doit avoir respecté les droits fondamentaux des personnes concernées et, 3° les effets de l'acte ne doivent pas être inconciliables avec les effets d'un acte d'état civil établi dans l'État membre de la reconnaissance (59). Finalement, 4° la reconnaissance ne doit pas être manifestement contraire à l'ordre public de la l'État de la reconnaissance.

13. Toujours dans un souci de pragmatisme, certaines conventions de la CIEC pourraient servir de modèle ou source d'inspiration (60). C'est le cas notamment des trois dernières conventions utilisant la méthode de la reconnaissance sans contrôle de la loi appliquée, à savoir les conventions n° 29 (décisions constatant un changement de sexe, du 12.9.2000), n° 30 (concernant les noms, du 6.9.2005) et n° 32 (partenariats enregistrés, du 5.9.2007).

14. En ce qui concerne l'harmonisation des règles de conflit de lois, elle devrait être envisagée comme « mesure accompagnante » et entamée en parallèle avec l'élaboration de l'instrument sur la reconnaissance. Il s'agit certes d'un travail à longue haleine, mais il pourrait être maîtrisé en

procédant par étapes. Ainsi, les règles de conflit sur les différents éléments du statut personnel pourraient être établies successivement, en commençant par les situations qui dans la pratique posent souvent des difficultés, telles le mariage et le partenariat et le nom de famille.

15. Dans la réflexion sur le rattachement de la loi applicable aux éléments du statut personnel, la volonté des personnes concernées devrait jouer un rôle important, à l'instar de ce qui est prévu dans les actes adoptés ou proposés dernièrement dans le domaine du droit de la famille. Aussi conviendrait-il de permettre aux intéressés, non pas de choisir « librement » la loi applicable, mais de désigner la loi d'un État (membre) avec lequel ils sont liés de manière significative. Ceci reviendra normalement à opter soit pour la loi nationale soit pour celle de la résidence habituelle (61).

16. [Conclusion]

## ANNEXE VI

### Arrêts et décisions rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 2010/2011 P. Kinsch

Pas de grande surprise au cours de la période d'observation, mais quelques décisions et arrêts ayant trait au droit international privé méritent d'être signalés. Le plus intéressant, du point de vue de l'objet des travaux du GEDIP, pourrait être l'arrêt *Negrepontis-Giannisis c. Grèce* du 3 mai 2011 (*infra*, II. 2), ayant trait au contrôle européen (assuré, cette fois-ci, par la Cour européenne des droits de l'homme) du recours à l'ordre public comme exception à la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger et protégée par une règle européenne.

#### I. – Conflit de lois

Dans deux affaires, la Cour européenne s'est prononcée sur des griefs tirés de la violation, reprochée aux ordres juridiques allemand et suisse, du principe de non-discrimination dans la jouissance de droits garantis par la Convention.

1. La décision *Ammjadi c. Allemagne* du 9 mars 2010 (n° 51625/08) a trait à ce qui est, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, une expression du principe général d'égalité, à savoir une (prétendue) discrimination en raison de la nationalité du fait d'une règle de conflit de lois qui soumet le statut personnel à la loi nationale des personnes intéressées (62). Il n'est, à la vérité, pas étonnant que le grief ait été rejeté. L'affaire concernait les conséquences du divorce d'un couple d'Iraniens, domiciliés en Allemagne. Lorsque l'épouse demanda le *Versorgungsanspruch* (péréquation des droits à pension), conséquence du divorce qui existe en droit allemand, mais qui n'existe pas dans le droit de la plupart des autres États, elle se heurta aux dispositions d'un traité d'établissement entre l'Allemagne et l'Empire de Perse du 17 février 1929, en vertu desquelles en matière personnelle, familiale et successorale, la loi de la nationalité commune des parties est applicable. Cette solution adoptée par le traité était moins favorable à la requérante que celle du droit international privé commun allemand (art. 17, par. 3 EGBGB), lequel permet, en fonction des circonstances, de procéder à la péréquation des droits à pension entre conjoints étrangers si ces droits ont été acquis en Allemagne. Pour la requérante, l'application du droit iranien – qui lui déniait le droit à la péréquation, solution qui avait été jugée non contraire à l'ordre public allemand – heurtait son droit à la vie familiale (art. 8 de la Convention), mais aussi son droit à ne pas être l'objet d'une discrimination en raison de sa nationalité iranienne (art. 14 en combinaison avec l'art. 8)

La Cour rejette d'abord le grief tiré de l'art. 8, estimant que la Convention n'oblige pas les tribunaux allemands de laisser sans application le traité germano-perse en qualifiant la péréquation des droits à pension comme faisant partie de l'ordre public allemand. Elle note dans ce contexte que le droit iranien prévoit lui aussi pour une « certaine protection sociale du conjoint », prenant la forme d'aliments après divorce.

Quant au grief tiré du principe d'égalité, l'approche de la Cour est la suivante. Elle prend note du fait que la requérante a été traitée différemment que d'autres demandeurs en péréquation, auxquels s'applique le droit matériel allemand, et que cette différence de traitement est due à la nationalité iranienne de la requérante (et de son conjoint). Mais la règle de conflit en question, tout en apparaissant quelque peu inopportune à la Cour qui lui préférerait en l'occurrence (droit à pension) apparemment un rattachement à la résidence habituelle des parties, n'est pas pour autant sans justification « objective et raisonnable », si bien que rien ne s'oppose au maintien de la règle de conflit issue du traité germano-perse. La Cour note par ailleurs que le rattachement à la nationalité a, en général, pour utilité de « protéger les liens étroits d'une personne avec son État national » :

« The Court finds that, especially in conflict of laws cases, the differentiation for all family issues according to nationality and not to habitual residence is a well-known principle which aims at protecting a person's close connection with his or her home country. Therefore, even though the decisiveness of the habitual residence might arguably be considered preferable with regard to pension rights, the decisiveness of a person's nationality cannot be considered to be without "objective and reasonable

justification". In this respect, it must also be noted that the applicant had been free to choose the application of German law, together with her husband, by notarial certification. »

(La dernière phrase de la décision se réfère à la possibilité de choisir la loi applicable qui est ouverte aux parties par l'art. 14, par. 4 EGBGB à propos des effets généraux du mariage. Mais l'application de ce texte n'était-elle pas, en l'occurrence, de toute manière exclue par l'applicabilité du traité germano-perse ?)

2. En revanche, une violation de la Convention a été constatée dans l'affaire **Losonci Rose et Rose c. Suisse** du 9 novembre 2010, n° 664/06. Mais contrairement à ce qui était en cause dans la décision de *Ammjadi c. Allemagne* (principe général d'égalité), cette affaire mettait en œuvre un principe spécifique de non-discrimination, la non-discrimination en raison du sexe, à propos duquel il existe une jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'affaire est excessivement compliquée, mettant en œuvre à la fois les règles de droit matériel suisse et les règles suisses de conflit en matière d'attribution du nom après mariage. Ce qui était en cause était le nom de M. Losonci, un citoyen hongrois domicilié en Suisse, après son mariage à une Suisseuse, Mme Rose. Les deux époux souhaitaient maintenir leurs propres noms, sous lesquels ils étaient connus professionnellement avant leur mariage. Le Code civil suisse, toutefois, ne le permet pas : un nom de famille – normalement le nom du mari, exceptionnellement, si les conjoints optent pour cette solution, le nom de la femme – est à porter par les deux époux. En l'occurrence, le couple avait choisi d'adopter le nom de la femme comme nom de famille. Or l'article 37 LDIP dispose que le nom d'une personne domiciliée en Suisse est déterminé par le droit suisse, sauf qu'« une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national ». M. Losonci (ou Losonci-Rose) entendait utiliser cette dernière option : en choisissant le droit hongrois, il pourrait échapper à l'obligation de porter le nom de famille choisi par les époux et pourrait continuer à s'appeler Losonci. Cette procédure aurait été ouverte si la *femme* avait été hongroise et le mari suisse, puisque dans ce cas la seule option qui aurait dû être exercée aurait été l'option pour l'application de la loi nationale de la femme à son nom. Mais dans le cas de M. Losonci, les juridictions suisses décidèrent qu'une autre option – l'option pour l'adoption, exceptionnelle, du nom de la femme comme nom de famille – avait déjà été exercée, et que ceci empêchait M. Losonci d'exercer une deuxième option, option pour l'application de son droit national à la détermination de son nom.

La Cour européenne décide que le fait de priver M. Losonci de la possibilité de choisir la loi applicable était discriminatoire en raison de son sexe, en rappelant que « seules des considérations très fortes peuvent amener à estimer incompatible avec la Convention une différence de traitement fondée exclusivement sur le sexe » (par. 41).

L'affaire *Losonci-Rose* est trop particulière pour que l'on puisse en tirer des conclusions à portée générale, autres que celle-ci : si le principe d'égalité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme paraît en général tolérant à l'égard des règles de conflit bilatérales classiques, la jurisprudence de la Cour est plus regardante lorsqu'il s'agit de principes spécifiques de non-discrimination valorisés par la jurisprudence de la Cour, ou (autre aspect de l'affaire *Losonci-Rose*) si les règles de conflit se combinent à des règles de droit matériel.

## II.– Conflits de juridictions

1. Une question qui était discutée, mais qui a été résolue au cours de la période d'observation dans le même sens que dans la décision *McDonald c. France* du 29 avril 2008 (présentée par écrit à la réunion de Bergen), est celle de savoir si un droit à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement *étranger* peut se déduire du droit, à portée purement procédurale, au procès équitable de l'article 6 de la Convention.

Cette question a été résolue dans l'affirmative dans les arrêts **Romanczyk c. France** du 18 novembre 2010, n° 7618/05 (*infra*, III. 2) et **Negrepontis-Giannisis c. Grèce** (*infra*, II. 2). Dans les deux arrêts, la Cour accepte sans difficulté d'étendre, à la reconnaissance (*Negrepontis-Giannisis*) ou à l'exécution (*Romanczyk*) de jugements étrangers, sa solution traditionnellement adoptée dans les affaires de droit *interne*, selon laquelle l'exécution effective d'un jugement obtenu fait partie intégrante du droit au procès équitable, une décision restant inexécutée n'étant pas une décision effective. Comme dans l'affaire *McDonald*, la Cour a adopté cette solution comme si elle était évidente, et sans la problématiser.

2. L'arrêt **Negrepontis-Giannisis c. Grèce** du 3 mai 2011, n° 56759/08, peut être considéré comme une continuation de la lignée jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007 (présenté à la réunion de Hambourg). Il concerne lui aussi une adoption, prononcée cette fois-ci aux Etats-Unis d'Amérique, adoption dont la reconnaissance a été refusée dans l'ordre juridique grec. Comme l'arrêt *Wagner*, l'arrêt *Negrepontis* aboutit à un constat de violation de la Convention (violation tant du droit procédural de l'article 6 – cf. *supra*, n° II. 1 – que de droits substantiels, le droit au respect de la vie familiale, le droit au respect des biens et le droit à la non-discrimination dans la jouissance de droits reconnus par la Convention).

Voici de quoi il s'agissait. Un moine grec, évêque de l'Eglise orthodoxe grecque à Detroit, dans le Michigan, avait formé des liens d'affection filiale à l'égard de l'un de ses neveux (le futur requérant devant la Cour), séjournant aux Etats-Unis comme étudiant, et l'avait adopté. L'adoption avait pris la

forme judiciaire prévue par le droit du Michigan. Elle devait avoir pour objet, entre autres, de faire hériter le neveu des biens qui appartenait à son oncle. Au décès de l'oncle, un conflit survient entre le requérant d'une part, les frères et sœurs de l'adoptant (à l'exception de la mère du requérant), d'autre part. Comme les biens à partager sont situés en Grèce, la justice grecque est saisie par une tante du requérant ; et un arrêt de la Cour de cassation grecque, formation plénière, décide que l'adoption par un moine est contraire au droit de l'Eglise orthodoxe (lequel s'intègre dans l'ordre juridique grec, l'art. 3 de la Constitution proclamant que la religion dominante en Grèce est celle de l'Eglise Orthodoxe Orientale). Cette adoption est par conséquent contraire à l'ordre public international. Les motifs de la Cour de cassation sont les suivants :

« (...) conformément au 6ème canon apostolique, au 3ème canon du Septième concile œcuménique et au 11ème canon du concile prime-second ainsi qu'aux traditions sacrées, les moines ne peuvent adopter d'enfant, car l'adoption entraîne la prise en charge de tâches temporelles, expressément interdites par le 3ème canon fondamental du 4ème concile œcuménique de Chalcedone [*recte* : Chalcédoine], les canons apostoliques 6, 81 et 83 et le 45ème canon du concile quinisexte. Selon ces canons, ceux qui ont acquis l'état de moine, ainsi que ceux d'entre eux qui appartiennent à un quelconque degré de l'ordre clérical, sont totalement écartés de toute tâche temporelle, puisque les « moines n'ont pas de lien sur la terre, aspirant à la vie des cieux », ayant abandonné « le monde et ses biens ». (...) Il résulte de ce qui précède que l'interdiction d'adoption pour un moine, fondée sur les canons apostoliques et les traditions sacrées, concerne également le moine ordonné clerc et consacré évêque. Eu égard au contenu des vœux monastiques, les canons apostoliques et synodaux ainsi que les traditions, qui interdisent aux moines et aux moines ordonnés clercs d'assumer des tâches temporelles, constituent, d'après les conceptions religieuses et morales de la religion de l'Eglise Orthodoxe Orientale du Christ, des règles d'ordre public. La reconnaissance donc de la force de chose jugée ou de l'autorité d'un jugement étranger en Grèce, qui admet l'adoption réalisée par un moine ou un évêque, issu de l'ordre monacal, se heurte à l'ordre public international de l'article 33 du code civil et n'est pas autorisée. »

Les textes appliqués sont très anciens, ils remontent aux VII et IXes siècles. Dans une opinion dissidente, des membres de la Cour de cassation font valoir que les règles canoniques sur les effets civils de l'incapacité des moines à adopter ne pourraient plus être reconnus en droit grec, la preuve en étant que lors de l'institution du mariage civil (en 1982), l'article 1364 du Code civil (lequel interdisait le mariage des moines) a été abrogé, ce qui montrerait que le législateur estime ne plus devoir tenir compte des incapacités résultant des règles canoniques. Mais l'opinion de la majorité des juges est différente, et la reconnaissance de l'adoption du requérant a été refusée comme étant contraire à l'ordre public.

Le requérant obtiendra gain de cause, devant la Cour européenne des droits de l'homme, sur toute la ligne. La Cour estime que l'adoption prononcée aux Etats-Unis – lieu de résidence de l'adoptant et de l'adopté au moment de l'adoption – a correspondu, pendant plus de dix ans, à la réalité vécue par les parties, si bien que le maintien de cette relation d'adoption est protégé par le droit au respect de la vie familiale. On notera que, comme dans l'affaire *Wagner*, la Cour rattache l'applicabilité du droit au respect de la vie familiale non pas à la seule existence d'une décision judiciaire américaine, mais à plusieurs facteurs (domicile aux Etats-Unis ; réalité vécue subséquente) qui montrent que la confiance légitime du requérant et de son oncle dans l'existence de la relation d'adoption était en cause.

L'ingérence dans cette relation (et, par conséquent, l'ingérence dans le droit au respect des biens du requérant, et dans son droit à l'efficacité du jugement d'adoption américain) peut néanmoins être justifiée, à condition qu'elle poursuive un but légitime et que ce but soit proportionné par rapport à la gravité de l'ingérence. Or en l'espèce, estime la Cour, tel n'est pas le cas. Certes, « la Cour ne saurait ... mettre en cause le fait que le refus précité de la Cour de cassation était motivé par le souci de protéger l'ordre public et les bonnes mœurs, ce qui constituait déjà l'objet du renvoi devant la formation plénière de celle-ci. Elle doit en conclure donc que l'ingérence était « prévue par la loi » et poursuivait un « but légitime » (par. 67). Mais la Cour estime que la condition de proportionnalité n'est pas respectée. Les textes dont s'inspire, en l'espèce, l'ordre public grec sont trop anciens et trop peu en phase avec l'évolution de la société pour pouvoir sérieusement être opposés à la reconnaissance d'une adoption qui a produit ses effets pendant plus de dix ans. L'abrogation de l'article 1364 du Code civil en est la preuve. Par conséquent, « la Cour considère que les motifs avancés par la Cour de cassation pour refuser de reconnaître l'adoption du requérant ne répondent pas à un besoin social impérieux. Ils ne sont donc pas proportionnés au but légitime poursuivi en ce qu'ils ont eu pour effet la négation du statut de fils adoptif du requérant » (par. 76).

On notera qu'un autre passage de l'arrêt (par. 102) va même jusqu'à affirmer « que les textes sur lesquels la Cour de cassation s'était fondée étaient de nature ecclésiastique, dataient du 7ème et 9ème siècle et étaient interprétés par la Cour de cassation d'une manière *qui ne correspondait pas au droit positif* existant au moment des faits et reflété par l'article 3 de la loi 1250/1982. Cette disposition abrogeait un article du code civil qui interdisait aux moines de se marier. » Cette appréciation est étonnante et, pour le dire clairement, excessive, puisqu'on peut raisonnablement estimer que la formation plénière de la Cour de cassation grecque sait, (encore) mieux que la Cour européenne des droits de l'homme, quel est le contenu du droit civil grec. Ce type de motif ne devrait

être utilisé qu'en cas de motivation manifestement arbitraire d'une décision judiciaire. Mais il ne revêt pas un caractère central dans la motivation de l'arrêt *Negrepontis*.

L'apport nouveau de l'arrêt est le suivant. Visiblement, l'ordre public perd le caractère « essentiellement national » qui le caractérisait autrefois. Le recours à l'ordre public est assujéti à un contrôle européen dès lors que la reconnaissance de la situation en cause relève, quant à elle, du droit européen. Ceci est vrai du droit de l'Union européenne (cf., assez récemment, l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* de la Cour de justice du 22 décembre 2010, C-208/09) comme à propos de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ces domaines, pour pouvoir subsister, l'ordre public doit mettre en œuvre des valeurs qui peuvent être reconnues dans le droit européen. L'invocation de l'ordre public était compatible avec le droit de l'Union européenne dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein* ; elle était compatible (et même le cas échéant exigée) par la Convention européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Krombach* et était dès lors certainement compatible avec le droit de l'Union européenne. Elle n'est plus compatible en revanche avec le droit de la Convention européenne dans l'affaire *Negrepontis*, eu égard au caractère trop excentrique (selon la Cour) des règles grecques sur l'incapacité civile des moines.

### III.– Coopération internationale en matière de droit international

Deux domaines de la coopération ont occupé la Cour européenne des droits de l'homme :

1. La coopération en matière d'enlèvement international d'enfants. Dans ce domaine, on observe l'arrivée devant la Cour des premières affaires dans lesquelles la demande de coopération n'était plus fondée (exclusivement) sur la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, mais (aussi) sur le règlement Bruxelles-IIbis. Des affaires relativement classiques, mettant en cause l'obligation positive des Etats contractants en matière de protection du droit à la vie familiale (et introduites par un requérant qui se plaignait de l'inefficacité des mesures de coopération auxquelles l'Etat requis était obligé par la Convention de la Haye et par le règlement) sont les affaires ***Dore c. Portugal***, arrêt du 1er février 2011, n° 775/08 et ***Karoussiotis c. Portugal*** du 1er février 2011, n° 23205/08, ainsi que l'arrêt ***Shaw c. Hongrie*** du 26 juillet 2011, n° 6457/09. A noter que dans l'affaire *Shaw c. Hongrie*, le règlement Bruxelles-IIbis avait été franchement méconnu en Hongrie, dont les juridictions s'étaient déclarées incompétentes pour ordonner le retour immédiat d'un enfant qui résidait, avec sa mère, en Hongrie.

D'autres affaires du même type, mais qui impliquaient uniquement la Convention de la Haye, étaient les affaires ***D.M. c. Luxembourg***, décision du 18 janvier 2011, n° 58919/00 ; ***Serghidas c. Pologne***, arrêt du 2 novembre 2010 (n° 31515/04) et ***Raban c. Roumanie***, arrêt du 26 octobre 2010, n° 25437/08.

Plus intéressantes sont les affaires dans lesquelles les requérants essayaient d'appliquer la logique de l'arrêt ***Neulinger et Shuruk c. Suisse*** du 6 juillet 2010 (on se rappellera que dans cette affaire, présentée à la réunion de Copenhague, il avait été jugé qu'une décision de la Suisse de faire droit, après quatre années d'attente, à une demande de renvoi d'un enfant en Israël avait été jugée contraire au droit de l'enfant – et de sa mère qui l'avait enlevé – au respect de la vie familiale). Il s'agit des affaires ***Lipkowsky et McCormack c. Allemagne***, décision du 18 janvier 2011, n° 26755/10 et ***Van den Berg et Sarri c. Pays-Bas***, décision du 2 novembre 2010, n° 7239/08. Dans aucune de ces deux affaires, une violation de la Convention n'a été constatée du fait de l'opération de la Convention de la Haye. Les circonstances de fait étaient différentes de celles à la base de l'affaire *Neulinger et Shuruk* ; en particulier, dans l'affaire *Lipkowsky et McCormack*, le délai d'attente n'avait été « que » de deux ans au lieu des quatre ans qui avaient caractérisé l'affaire *Neulinger et Shuruk*.

L'arrêt ***Šneerson et Campanella c. Italie*** du 12 juillet 2011, n° 14737/09 montre une variation sur l'idée *Neulinger et Shuruk*. Mme Šneerson et son enfant résidaient habituellement en Italie lorsque le droit de visite du père fut établi judiciairement. La mère emmena par la suite, illicitement au regard du droit italien, l'enfant en Lettonie. Le père demanda aux autorités italiennes d'exiger le retour de l'enfant en Italie d'abord par application de la Convention de la Haye, puis, après refus de coopération des autorités lettones (fondé sur l'art. 13(b) de la Convention, par application des art. 40 et 42 du règlement Bruxelles-IIbis. La Cour constate une violation de l'article 8 de la Convention non pas (comme dans l'affaire *Neulinger et Shuruk*) par les autorités lettones, qui auraient exécuté l'ordre de retour en Italie (elles ne l'avaient pas fait, l'enfant était resté en Lettonie tout au long de la procédure), mais par les autorités italiennes. Le fait même de demander le retour de l'enfant a été caractérisé comme une violation du droit à la vie familiale, pour des motifs par ailleurs inspirés de l'arrêt *Neulinger et Shuruk*.

2. La coopération internationale en matière de recouvrement d'aliments (Convention New-York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger) est illustrée par l'affaire franco-polonaise ***Romanczyk c. France***, arrêt du 18 novembre 2010, n° 7618/05. Le recours n'était pas fondé sur la violation de droits substantiels (il aurait pourtant été envisageable qu'il fût fondé sur le droit au respect des biens) mais uniquement sur la violation du droit au procès équitable qui implique, comme on l'a vu (*supra* II. 1), un droit à l'exécution effective des jugements obtenus à l'étranger. Il a été jugé que « les autorités françaises n'ont pas déployé des efforts suffisants pour assister la requérante dans l'exécution du jugement [polonais] et le recouvrement de ses créances alimentaires ».

13 septembre 2011.

Patrick Kinsch

