

Vingt-deuxième réunion
La Haye, 14 - 16 septembre 2012

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

- I. Le rôle de la nationalité comme principe général de droit international privé européen
- II. La reconnaissance des situations juridiques étrangères
- III. La condition du droit étranger selon le droit de l'Union
- IV. La loi applicable à l'opposabilité aux tiers d'une cession de créances
- V. Actualités du droit de l'Union
- VI. Actualités de la Conférence de La Haye
- VII. Actualités de la Cour européenne des droits de l'homme
- Annexe 1: Sous-groupe nationalité. Propositions de règles en matière de conflits de nationalités applicables dans le cadre des instruments de l'Union européenne
- Annexe 2: The Treatment of Foreign Law – Note for the GEDIP meeting 2012 at The Hague -
- Quelques réflexions (H. Gaudemet-Tallon)
- Annexe 3: Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (2011-2012)

Lors de sa réunion de La Haye, le Groupe européen de droit international privé a examiné, dans le cadre de ses travaux portant sur la codification du droit international privé de l'Union, européenne, le rôle de la nationalité parmi les principes généraux du droit international privé européen ainsi que la reconnaissance des situations juridiques étrangères. 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 l'opposabilité aux tiers d'une cession de créances, dans la perspective d'une révision de l'article 14 du règlement Rome I. Enfin, il a échangé des informations sur l'actualité du droit de l'Union — en particulier, la faculté de choix de la loi applicable en matière familiale et successorale, et la portée de la proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente pour le droit des conflits de lois —, 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 Marie Collard, doctorante en cotutelle à l'Université de Toulouse 1 Capitole et à l'Université d'Anvers.

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

Stefania Bariatti présente les propositions du sous-groupe constitué en continuité des travaux de la réunion de Bruxelles. Ces propositions présentent deux options possibles concernant la résolution des conflits positifs de nationalités (voir Annexe).

L'option A, intitulée « Proposition de règles en matière de conflits de nationalités applicables dans le cadre des instruments de l'Union européenne », se compose d'un préambule et de trois sections qui portent sur les principes généraux, la compétence internationale et la loi applicable. Il s'agit d'établir un guide — à l'attention des juges nationaux — regroupant un ensemble de règles et principes qui permettront de résoudre les problèmes surgissant en application du droit positif. L'option B, intitulée « Code de droit international privé de l'Union européenne, Chapitre sur les conflits de nationalités », comprend quatre sections portant des dispositions générales, des dispositions spécifiques sur la jouissance de droits, sur la compétence internationale et la loi applicable. Elle vise à débiter la codification du droit international privé européen en matière de conflits positifs de nationalités.

Les deux options ne s'excluent pas mutuellement. Leurs contenus sont similaires. En effet, même s'il est clair que l'Union n'a pas de compétence en matière de conditions d'attribution de la nationalité des Etats membres — qui reviennent à ces derniers —, il n'en demeure pas moins que la Cour de Justice a eu à trancher dans de nombreuses affaires (voir le compte rendu de la réunion de Bruxelles) des conflits positifs de nationalités en application des règles de conflits de lois et de juridictions de l'Union. En ce sens, l'objectif que tendent à atteindre l'une et l'autre de ces options est identique, à savoir assurer une forme de résolution équivalente des questions de conflits positifs de nationalités au sein de l'Union.

En revanche, abordées sous l'angle de leur force contraignante, les deux options se distinguent puisque l'une tend à faciliter l'interprétation et l'application des actes européens existants (option A), alors que l'autre aurait pour contexte l'élaboration d'un code de droit international privé, dont elle constituerait un chapitre portant sur les conflits de nationalités (option B).

La discussion a porté d'abord sur le choix de la méthode de travail avant de traiter du contenu de chacune des options proposées.

1) Méthode de travail

Le choix de la méthode a soulevé deux questions, à savoir la préférence pour l'une ou l'autre des options comme base de travail et la question préliminaire du rôle de la nationalité comme facteur de localisation en droit international privé européen.

La pertinence de la nationalité comme critère de rattachement et l'intérêt d'une codification sur ce thème est mise en doute par plusieurs membres, dans la continuité de la réunion précédente. Plusieurs raisons ont été invoquées en ce sens. D'abord, le rôle de ce critère dans les instruments européens est devenu secondaire. Ensuite, l'application d'instruments utilisant ce critère à l'occasion de nombreux litiges attesterait de l'inadéquation de celui-ci. Dans cette optique, il serait plus utile de proposer l'élaboration de nouveaux critères permettant d'éviter à long terme les conflits positifs de nationalités. Le Groupe a néanmoins remarqué que la remise en cause réelle de ce critère n'enlève pas toute pertinence à une clarification des solutions existantes du droit positif. De ce point de vue, des dispositions sur la solution des conflits de nationalités répondraient à un besoin véritable et contribueraient à assurer une plus grande sécurité juridique. Pourtant, le besoin d'innovation dans le choix des critères de rattachement est réel. Par conséquent, il a été convenu d'adopter une approche en deux temps. La formulation immédiate de dispositions permettant de résoudre les conflits du droit positif en la matière n'empêchera pas de proposer, dans un second temps, des règles de conflit reposant sur des critères de rattachement plus appropriés que celui de la nationalité. Le cas échéant, le préambule peut réserver la question du rôle de la nationalité comme facteur de localisation.

L'option B est apparue comme la plus adéquate pour servir de base au débat relatif aux conflits de nationalités. Elle semble en effet plus à même de couvrir les conflits positifs actuels, tout en offrant des formules de règles adaptées à l'élaboration de futurs règlements en la matière. Elle dispose donc du double avantage de clarifier les solutions actuelles tout en laissant une ouverture pour les évolutions à venir. De plus, par son domaine matériel, l'élaboration d'un chapitre du code de droit international privé établissant des règles relativement générales permet de couvrir un champ plus vaste et, en particulier, d'évoquer la question de la jouissance des droits soulevée dans l'arrêt Micheletti (7 juillet 1990, aff. C-369/90).

2) Contenu des dispositions

a) Dispositions générales

L'article 1er de l'option B est formulé comme suit :

Art. 1. – Le présent chapitre est applicable aux conflits positifs de nationalités surgissant dans l'application des dispositions du droit de l'Union utilisant le critère de la nationalité.

La disposition suscite la question de son domaine d'application matériel : faut-il couvrir le « droit de l'Union » comme le suggère la proposition, ou le « droit international privé » ? La question touche à la détermination du champ d'application matériel et territorial du code. Matériellement, faut-il inclure ou exclure les conflits de nationalités tranchés dans le cadre d'une demande relevant du droit social, du droit administratif ? Territorialement, ces règles doivent-elles se limiter aux demandes portant sur des situations intra-européennes, ou s'étendre aux situations externes, ayant des points de contact avec des pays tiers ?

Alors que les uns préconisent de se limiter au droit international privé au sens traditionnel (règles de conflit de lois et de juridictions), les autres préfèrent une extension au droit administratif et au droit social — dans les limites de l'application du droit européen. Pourtant, force est d'admettre que les dispositions devraient couvrir des demandes comme celles introduites dans des procédures administratives dans les affaires Garcia Avello (2 octobre 2003, aff. C-148/02) et Grunkin & Paul (14 octobre 2008, aff. C-353/06). Diverses formulations pourraient être testées, par exemple une liste d'exclusions analogue à celle figurant dans le règlement Bruxelles I (mais aussi dans sa version révisée, régl. n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, JO, 2012, L 351), ou encore une référence générale aux besoins de l'application des instruments de l'Union utilisant le critère de nationalité. Le préambule pourrait aussi renvoyer à la jurisprudence de la Cour relative au droit primaire, tout en limitant la portée des dispositions au droit international privé.

Il est convenu de traiter en premier lieu du droit international privé au sens strict, tout en réservant une application possible à d'autres matières, qui pourrait être envisagée ultérieurement. Par ailleurs, il a semblé plus réaliste de se concentrer sur les problèmes liés à l'application du droit dérivé.

L'article 2 de l'option B est formulé comme suit :

Art. 2. – Les dispositions du présent chapitre s'appliquent sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte au principe de non-discrimination.

La disposition revêt une portée déclaratoire, rappelant le respect du principe général de non-discrimination. La tendance parmi les membres est à le supprimer pour le faire glisser vers le préambule. En effet, la disposition évoque un élément du droit primaire, un principe fondamental de droit de l'Union : il serait donc illogique de le faire figurer dans un corps de règles particulier. De plus, sa présence dans une disposition particulière et non dans les dispositions générales d'un préambule pourrait donner à penser que d'autres dispositions du code pourraient déroger à ce principe. Ceci n'empêche pas de considérer par ailleurs que, parmi plusieurs nationalités, celle attribuée de plein droit puisse se voir attribuer un rôle réduit, spécialement dans le contexte d'un rattachement objectif, question à considérer plutôt dans un débat portant sur les mérites du critère même de nationalité.

L'article 3 de l'option B est formulé comme suit :

Art. 3.- La nationalité d'une personne physique se détermine d'après le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause.

La disposition est retenue en l'état, tout en soulevant la question de savoir s'il convient de réserver le respect du droit de l'Union, comme le stipule la disposition correspondante de l'option A, en ces termes :

Art. 1. – La nationalité d'une personne physique se détermine d'après le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause dans le respect du droit de l'Union européenne.

Cette formulation a pour mérite de couvrir les solutions propres au droit européen telles que dégagées par la Cour de justice. Elle reste toutefois imprécise, notamment au regard de la nationalité de pays tiers.

L'article 4 de l'option B est formulé comme suit :

Art. 4. – Un Etat membre ne peut refuser de reconnaître une situation juridiquement constituée dans un autre Etat membre en raison d'une divergence d'appréciation sur la nationalité d'une ou de plusieurs personnes en cause.

La disposition vise la reconnaissance des situations juridiques établies via l'application du critère de la nationalité. Son intérêt est d'éviter pour le futur toute remise en cause dans un Etat membre d'une situation juridique établie dans un autre Etat membre en raison d'une divergence d'interprétations liée à la pluralité de nationalités des protagonistes (arrêt Garcia Avello du 2 octobre 2003, aff. 148/02 ; arrêt Hadadi du 16 juillet 2009, aff. C-168/08). L'orientation est similaire à une exclusion de la révision au fond parmi les motifs de refus de reconnaissance d'un jugement étranger.

L'article 6 du règlement sur les successions fournit une illustration de la problématique. Le juge saisi est appelé à décliner sa compétence en raison du choix, par le défunt, de la loi d'un Etat dont celui-ci a la nationalité, en vertu de l'article 22, il peut ne pas retenir la nationalité choisie, au risque de lier ensuite le juge du pays de cette nationalité. Il semble cependant que le libellé de l'article 22, en offrant au défunt la faculté de retenir « toute nationalité possédée » par celui-ci, ne laisse aucune possibilité au juge de s'en écarter.

La proposition suscite plusieurs remarques. D'abord, lorsque l'Etat requis est celui dont la nationalité est en cause, convient-il également d'imposer la règle de la reconnaissance, comme le suggère l'arrêt Hadadi ? Un impératif de sécurité juridique donne à le penser. Ensuite, si une telle reconnaissance peut paraître excessive par son caractère absolu, l'ordre public peut néanmoins intervenir comme correcteur. De plus, l'appréciation de la nationalité d'une personne par un Etat membre ne se limite pas à la nationalité d'Etats membres car la reconnaissance par un Etat membre peut porter en soi sur la nationalité d'un Etat tiers. Enfin, il est évident qu'un Etat membre peut refuser de reconnaître une situation juridiquement constituée dans un autre Etat membre pour des raisons autres que celles relatives à des divergences d'interprétation.

Le Groupe retient la formulation de l'article 4, tout en remplaçant l'expression « en raison de » par « au seul motif ». Par ailleurs, il s'entend que la disposition ne porte que sur une situation de conflit de nationalités, en vertu de l'article 1er.

Par conséquent, la formulation retenue pour l'article 4 est la suivante :

Art. 4. – Un Etat membre ne peut refuser de reconnaître une situation juridiquement constituée dans un autre Etat membre au seul motif d'une divergence d'appréciation sur la nationalité d'une ou de plusieurs personnes en cause.

Les articles 5 et 6 de l'option B, sous l'intitulé « Jouissance des droits », sont formulés comme suit :

Art. 5. - 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.

Art. 6. - Lorsqu'une personne possède plusieurs nationalités dont celle d'au moins un Etat tiers, il peut être tenu compte de cette nationalité lorsque celle-ci conditionne l'accès à des droits dont cette personne peut jouir en application du droit de l'Union.

L'article 5 doit s'analyser en comparaison avec la disposition correspondante de l'option A, formulée comme suit :

Art. 2. – Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un autre Etat membre, les deux nationalités sont placées sur un pied d'égalité. Le choix en faveur de l'une des nationalités ne peut porter atteinte aux prérogatives reconnues aux citoyens européens par l'article 21 TFUE.

Les membres marquent une préférence pour l'article 2 de l'option A, qui devient alors l'article 5 de l'option B, pour plusieurs motifs. D'abord, il paraît nécessaire de rappeler le principe d'égalité entre deux nationalités d'Etats membres. Ensuite, il convient de montrer sans ambiguïté l'obligation de respecter le droit primaire ainsi que la jurisprudence Garcia Avello afin que, dans le futur, les juges nationaux ne puissent plus opposer à une personne la non-effectivité de l'une de ses nationalités. Enfin, sur la formulation, pour ne pas laisser entendre que « le choix en faveur de l'une des nationalités » est celui de la loi applicable, il est décidé de remplacer le terme « choix » par « se prévaloir », « invoquer », « se fonder », par exemple comme suit :

Art. 5. - Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un autre Etat membre, les deux nationalités sont placées sur un pied d'égalité. Le citoyen peut se prévaloir de l'une de ces nationalités. Le fait de se fonder sur l'une ou l'autre de ces nationalités ne peut porter atteinte aux prérogatives reconnues aux citoyens européens par l'article 21 TFUE.

La dernière phrase pourrait encore se lire comme suit :

La détermination de la nationalité à prendre en considération ne peut porter atteinte aux prérogatives reconnues aux citoyens européens en application de l'art 21 TFUE.

Le domaine de la disposition doit être vu en relation avec l'article 1er, selon que celui-ci limite le champ des travaux au droit international privé tout en couvrant bien les affaires Garcia Avello et Grunkin & Paul.

b) Dispositions sur la compétence internationale et la loi applicable

Les articles 7 et 8 de l'option B sont formulés comme suit :

Art. 7. - Lorsqu'un citoyen européen possède la nationalité de plusieurs Etats membres, ces nationalités sont placées sur un pied d'égalité pour déterminer la compétence, directe ou indirecte, des juridictions des Etats membres.

Art. 8. - Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un ou de plusieurs Etats tiers, seule sa citoyenneté européenne est retenue pour fixer la compétence des juridictions d'un Etat membre.

Ils visent respectivement les arrêts Hadadi (article 7) et Micheletti (article 8), l'un et l'autre rejetant la nationalité effective. Ils visent à clarifier la jurisprudence de la Cour de justice, tout en confirmant la jurisprudence Hadadi, approuvée par la plupart des membres, non sans admettre que les mérites mêmes du facteur de nationalité devraient être reconsidérés. Certains membres estiment toutefois que, vu les critiques entourant le critère de nationalité, son rôle devrait être réduit, même au regard du droit actuel, en cas de pluralité de nationalités communes, par exemple en limitant la pertinence d'une nationalité commune au cas où elle traduit un certain degré d'intégration, telle une résidence d'une durée minimale. Par ailleurs, les membres sont partagés sur les mérites respectifs d'un for exclusif, hérité du droit traditionnel, et du forum shopping, corollaire des libertés de circulation, mais dont les excès devraient être combattus.

Face aux contraintes de temps, l'examen est reporté à la prochaine réunion du groupe. Celle-ci portera, d'une part, sur une systématisation du droit positif et, d'autre part, sur un examen séparé des mérites de la nationalité comme facteur de localisation.

II. La reconnaissance des situations juridiques étrangères

Paul Lagarde commente les éléments d'un système de reconnaissance des situations juridiques étrangères à la lumière du livre vert de la Commission intitulé « Moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets d'actes d'état civil » (COM 2010/ 747 final) et des réponses qui ont été fournies. Un certain nombre de difficultés ont été identifiées par la Commission comme faisant obstacle à l'exercice du droit à la libre circulation des citoyens européens. Dans un souci d'amélioration, la Commission propose plusieurs orientations. Celle de l'instauration d'une reconnaissance de plein droit des effets produits par les actes d'état civil mérite l'attention du Groupe.

La reconnaissance des actes d'état civil est très souvent le préalable de la reconnaissance des situations étrangères. En ce sens, le problème de la reconnaissance de ces actes doit être distingué de celui de la reconnaissance des situations étrangères.

1) La reconnaissance des actes d'état civil

L'hypothèse type est celle où une personne, disposant de la nationalité d'un Etat membre de l'Union, vient s'établir dans un autre Etat membre où elle veut se marier. Pour ce faire, au regard des dispositions des droits nationaux, elle va devoir apporter la preuve de sa qualité via ses actes d'état civil.

En France, selon l'article 47 du Code civil, « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Ainsi, même si une présomption de validité de ces actes est établie, elle ne permet pas aux citoyens européens d'être en mesure d'exercer pleinement leur liberté de circulation entre Etats membres de l'Union. En effet, comme le souligne le livre vert, l'apport de ce type de preuve et la difficulté de se le procurer, les barrières de langues, la question de la vérification de l'authenticité de l'acte, sont autant d'obstacles à l'exercice de la libre circulation de personnes.

Même si les questions de procédure aux fins d'obtenir un acte d'état civil relèvent des Etats membres, il semble possible d'agir au niveau européen sur la question de l'authenticité de l'acte (a) et sur la question de sa lisibilité pour le destinataire (b).

a) Assurer l'authenticité et l'actualité de l'acte

Il s'agit d'attribuer à l'autorité destinataire le pouvoir de s'assurer que l'acte n'est pas au faux et qu'il est bien à jour de la situation de l'intéressé.

Sur l'authenticité, on a longtemps tenté de contrer les fraudes via une procédure de légalisation de l'acte ou par l'apostille. Le livre vert s'interroge justement sur la pertinence du maintien de la légalisation dans l'Union et propose l'instauration d'une reconnaissance de plein droit de ces actes entre Etats membres. Quant à l'utilité réelle de ces procédures (apostille / légalisation), elles permettent certes de vérifier la véracité de l'acte mais non de contrer l'existence de « vrais faux » obtenus par corruption ou complaisance. Comme le suggère la Commission européenne, l'on pourrait suivre le mécanisme instauré par la Convention CIEC n° 17 portant dispense de la légalisation pour certains actes et documents (convention d'Athènes du 15 septembre 1977), dont l'article 3 établit une procédure de vérification supplémentaire en cas de suspicion importante de fraude. Une autre solution envisagée par certains membres du Groupe consisterait dans l'adoption d'un instrument qui aurait un champ matériel plus limité. Ce pourrait être à l'égard du constat des naissances ou décès qui sont des événements plus faciles à établir et moins litigieux que l'établissement de la filiation.

La vérification de l'actualisation des actes devrait pouvoir se faire par un moyen permettant une mise à jour simple et continue des actes.

Une première possibilité consisterait à mettre en place un transfert d'informations vers une autorité qui centraliserait les informations relatives à une même personne. Le Groupe identifie plusieurs problèmes suscités par les diverses formules possibles. Ainsi, il peut être difficile de choisir les informations à transmettre d'un Etat à un autre (à titre d'illustration, l'on pense aux mariages religieux). Ensuite, il faut être en mesure de pouvoir trouver un circuit informatif adapté, à savoir déterminer l'autorité la mieux à même de délivrer l'acte d'état civil. Au regard de la difficulté d'identifier pour chaque pays l'autorité compétente, une solution pourrait être de créer des autorités centrales dans chaque pays. Une telle solution s'avère néanmoins complexe car chaque Etat devra créer une autorité centrale. Une autre solution consisterait à demander à chaque Etat Membre d'indiquer, par déclaration, les autorités qu'il convient d'informer sur son territoire. Mais ici encore, la solution semble complexe lorsque l'Etat connaît une pluralité d'officiers de l'état civil compétents. La transmission de ces données pourrait se faire via une plate-forme électronique, comme le suggère la convention CIEC n° 33, mais cette technique pourrait s'avérer contraire aux dispositions sur la protection des données à caractère personnel. La mise en place d'un double enregistrement auprès des autorités nationales compétentes et auprès d'une autorité européenne se heurterait à un défaut de compétence de l'Union européenne en la matière. Une interconnexion des registres nationaux pourrait être envisagée, pour constituer une forme de registre européen par voie de réseau.

Une seconde possibilité envisagée par la Commission consiste dans la création d'un certificat européen d'état civil. Cette idée, bien que séduisante, n'a pas reçu de réactions positives. La difficulté réside dans la détermination du contenu du certificat. En n'y faisant figurer que certaines informations, celui-ci aurait un rôle redondant par rapport à la légalisation et ne résoudrait pas les problèmes de fond qui se posent actuellement. En y faisant figurer toutes les informations relatives à un individu, resurgit la problématique de la protection des données. Par exemple, dans certains pays, en matière de filiation, il n'est pas possible de transmettre certaines données. On pourrait alors songer à créer un certificat à données variables mais ce système s'avérerait complexe. Enfin, le Groupe s'interroge sur l'effet qu'il conviendrait de donner à ce certificat européen et sur la durée de cet effet. Devrait-il être obligatoire ou facultatif ? L'effet obligatoire semble s'imposer car il ne serait pas pertinent de laisser le choix aux parties de demander ou non la délivrance de ce certificat puisque à sa naissance, l'individu ou ses parents ne savent pas s'il résidera à l'étranger. Dès lors

l'intérêt de recourir à l'instrument optionnel perd de sa pertinence. Quant à sa durée et à sa forme, une version électronique utilisable en réseau semble intéressante.

b) Assurer la compréhension de la langue de l'acte

La compréhension des actes se fait normalement par le recours à des traducteurs assermentés. Outre la longueur d'un tel procédé, c'est une procédure onéreuse. La Commission propose plusieurs alternatives. D'abord, les extraits d'actes d'état civil pourraient être uniformisés par l'utilisation de formulaires multilingues qui comporteraient à leur verso des traductions dans les principales langues. Ce mécanisme existe déjà dans certaines conventions de la CIEC, telle la convention n° 16 du 8 septembre 1976 sur les extraits plurilingues d'actes d'état civil. Il conviendrait que tout l'acte (et pas seulement l'extrait) puisse être utilisé. Ensuite, un formulaire commun est envisagé, mais sa réalisation paraît difficile. Un codage est encore envisageable, en vertu duquel les principaux actes seraient codifiés par des chiffres. Cependant, la lecture du codage nécessiterait un lexique et celui-ci devrait être traduit dans toutes les langues. Il n'en demeure pas moins que la mise en place d'un tel codage permettrait une lecture numérique ainsi qu'une transmission aisée par voie électronique.

2) La reconnaissance des situations constatées dans les actes d'état civil

Selon le livre vert : « la continuité et la permanence de la situation d'état civil de tout citoyen qui exerce son droit à la libre circulation devraient pouvoir lui être garanties ». A cette fin, deux méthodes sont proposées par la Commission européenne, à savoir la reconnaissance de plein droit et l'harmonisation des règles de conflit de lois. Seule la première méthode est examinée par le Groupe.

Par hypothèse, la reconnaissance serait obtenue sans exigence de vérification de la loi appliquée. Cette méthode est déjà présente dans la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la reconnaissance et la validité des mariages, dans la convention CIEC n° 29 relative à la reconnaissance des décisions constatant un changement de sexe, dans la jurisprudence de la Cour de justice (arrêt Dafeki du 2 décembre 1997, aff. C-336/94), ou encore dans la loi néerlandaise de droit international privé du 19 mai 2011 (art. 9). Les réponses au livre vert y sont défavorables, au bénéfice de la méthode d'uniformisation des règles de conflit, par crainte de law shopping ou de fraude à la loi étrangère ou à la réglementation de sécurité sociale. Pourtant, l'établissement d'une reconnaissance de plein droit coexiste toujours avec des motifs de non-reconnaissance qui suffisent à prévenir de tels risques. Ainsi, la convention de La Haye du 14 mars 1978 prévoit au titre de principe une reconnaissance de plein droit mais aussi des exceptions ponctuelles à ce principe. Il en va de même de la Convention CIEC n° 32 sur la reconnaissance des partenariats civils enregistrés. Afin d'encadrer les motifs de non-reconnaissance et donc de prévenir un principe de non-reconnaissance, il convient d'être attentif au but que vise à atteindre la reconnaissance, à savoir faciliter la liberté de circulation. De plus, il ne semble pas non plus que la méthode de l'harmonisation des règles de conflit de lois permettrait d'éradiquer les fraudes potentielles.

Il est vrai que le pronostic de reconnaissance peut dépendre de la nature de l'acte d'état civil. Ainsi, la reconnaissance d'un fait tel qu'une naissance ou un décès pose moins de problèmes que la reconnaissance d'un lien matrimonial ou d'un rapport de filiation. De plus, une difficulté supplémentaire peut résulter de l'absence d'actes d'état civil dans certains Etats, comme la Suède, la Finlande ou le Royaume-Uni — et ce malgré l'obligation en vertu de l'article 7 de la CEDH de tenir des registres permettant d'établir l'état civil d'un enfant. Il en résulte que les actes délivrés par ces Etats (tels que des extraits de registre de la population) ne pourront pas produire d'effets dans d'autres Etats membres au titre d'une reconnaissance de plein droit puisqu'ils ne disposent pas d'un tel effet dans le pays d'origine. Cette objection semble cependant surmontable. En effet, les actes visés par le livre vert de la Commission se limitent aux « actes d'état civil ». En ce sens, les autres actes ne sont pas visés par le système d'une reconnaissance de plein droit envisagé. De plus, il suffirait d'informer les Etats membres de l'Union du fait que certains actes délivrés par certaines autorités ne sont pas fiables ou encore que les actes d'état civil ont des effets variables selon les Etats. C'est d'ailleurs l'une des propositions de la Commission qui suggère de faire figurer dans une annexe les effets produits par chaque acte dans l'Etat membre d'origine. Enfin, la reconnaissance d'un acte d'un pays à l'autre se fait toujours dans les limites de l'effet que produit cet acte dans son pays d'origine. Dès lors, l'établissement d'une présomption de reconnaissance positive pourra aussi se faire à la négative (présomption de non-reconnaissance) et celle-ci sera toujours susceptible être renversée, comme le permettent plusieurs systèmes nationaux existants. Néanmoins, cette solution trouve une limite dans sa mise en œuvre pratique : appliquée à l'ensemble des Etats membres de l'Union, dans quel Etat faudra-t-il invoquer la contestation de l'acte civil litigieux, au regard de quelle loi, sur quels motifs ?

Globalement, le Groupe se prononce en faveur de la méthode de la reconnaissance de plein droit des effets des actes d'état civil. Il est relevé que les travaux de la Commission portent, outre sur la suppression de la légalisation et de l'apostille, sur un examen d'équivalence des actes d'état civil produits par les Etats membres et sur un système de reconnaissance aux effets limités à ceux d'actes correspondants établis dans l'Etat requis, avec la possibilité de mettre en cause un acte étranger en cas de difficulté sérieuse, par un processus de contrôle a posteriori. Autre est la question de l'habilitation de l'Union pour la création d'un registre unique, tandis que l'établissement d'actes électroniques ou de standards uniformes semble prématuré.

III. La condition du droit étranger selon le droit de l'Union

Hans van Loon et Monika Pauknerova présentent les conclusions du sous-groupe de travail concernant le traitement du droit étranger dans le contexte du droit de l'Union. Deux aspects ont été traités, à savoir la question de l'existence d'une obligation, en droit de l'Union, d'appliquer d'office le droit étranger, et la recherche de modes de facilitation de la connaissance du contenu du droit étranger par le juge.

Le droit comparé des Etats membres connaît une grande disparité sur la question de l'application du droit étranger. Si, dans la plupart des Etats, l'application de la loi étrangère par le juge doit se faire d'office, les justifications varient d'un Etat à un autre (caractère impératif de la règle de conflit en Allemagne, nature inquisitoire de la procédure civile en Grèce, obligation d'appliquer la loi nationale et la loi étrangère sur un pied d'égalité en Pologne). Le statut procédural de l'élément étranger (menant à la désignation de la loi étrangère) est aussi variable. Selon les Etats, le juge peut être obligé de rechercher ces éléments d'office (Europe centrale et de l'Est, Italie, Espagne, Portugal, Belgique) ou n'avoir au contraire aucune obligation de procéder à leur recherche (Luxembourg). Dans d'autres pays (Royaume-Uni, Irlande, Chypre, Malte), le juge n'a pas l'obligation d'appliquer d'office la loi étrangère bien qu'en cas de silence des parties, le juge dispose du pouvoir discrétionnaire d'examiner l'éventuelle application de la loi étrangère. Enfin, certains Etats retiennent un système dual en considérant certaines règles comme obligatoires et d'autres comme optionnelles. On n'y trouve cependant pas de critère uniforme pour distinguer la soumission à l'une ou l'autre de ces catégories (en France il s'agit de la distinction entre droits disponibles et droits indisponibles, en Suisse du caractère obligatoire ou non obligatoire de la procédure, au Luxembourg ou en Slovénie de la nature du problème en jeu).

1) La question de l'application d'office du droit étranger

La question du traitement du droit étranger est apparue en marge de la préparation du règlement Rome II, la proposition initiale de la Commission prévoyant une disposition à cet égard, qui fut supprimée de la version finale. Dès à présent, l'application du règlement suscite une difficulté d'interprétation, à savoir si le statut du droit étranger est laissé au droit national, au titre de question procédurale, ou s'il relève d'une interprétation autonome du règlement. De manière plus générale, la Cour de justice est réticente à trouver la solution dans le droit européen, laissant au droit national d'en décider, non sans rappeler les principes d'équivalence et d'effectivité qui régissent les conditions d'exécution du droit de l'Union par les autorités nationales. Le principe d'équivalence requiert l'égalité de conditions procédurales entre le droit européen et le droit national (arrêt Van Schijndel du 14 décembre 1995, aff. C-430/93), de sorte que, si une directive contient des règles qui affectent un intérêt public, elle doit recevoir le même statut qu'une règle nationale d'ordre public (arrêt van de Weerd du 7 juin 2007, aff. C-222/05). Le principe d'effectivité n'exige pas une applicabilité d'office, malgré l'importance de la règle européenne en cause, à condition que les parties aient la possibilité de soulever elles-mêmes le moyen en droit national (même arrêt). Cependant, cette même jurisprudence permet encore de déduire un rôle actif du juge lorsque la question en litige affecte un intérêt public, telle la protection du consommateur (par analogie à propos d'une clause compromissoire, arrêt Mostaza Claro du 26 octobre 2006, aff. C-168/05 ; arrêt Asturcom du 6 octobre 2009, aff. C-40/08 ; à propos de règles matérielles de protection dans le contrat à distance, arrêt Martin Martin du 17 décembre 2009, aff. C-227/08), du travailleur (à propos de règles matérielles indérogeables sur le congé annuel, arrêt Federatie Nederlandse Vakbeweging du 6 avril 2006, aff. C-124/05) ou de la concurrence (arrêt Eco Swiss China Time du 1er juin 1999, aff. C-126/97 ; arrêt T-Mobile Netherlands du 4 juin 2009, aff. C-8/08). De l'avis de la majorité des membres sous-groupe de travail, des instruments tels que les règlements Rome I et Rome II ne peuvent être considérés comme affectant par eux-mêmes un intérêt public appelant une application d'office, hormis dans des matières particulières où prévaut un objectif de protection. Pour certains membres toutefois, la problématique de la condition du droit étranger touche au fond plutôt qu'à la procédure et ne devrait donc pas être laissée au droit national. Il est cependant relevé que les auteurs du règlement Rome II, en supprimant toute disposition à ce sujet, ont entendu préserver en quelque sorte les solutions nationales divergentes.

Les conclusions du sous-groupe présentent trois positions possibles (voy. le document annexé), à savoir :

1° Une applicabilité uniforme des règles de conflit de lois dans l'Union ne paraît ni nécessaire ni souhaitable. Le processus d'application du droit européen est par essence national et engendre, de ce fait, une diversité. Des dispositions uniformes comporteraient le risque de bouleverser les règles nationales de procédure.

2° Une règle uniforme valable pour tous les instruments européens permettrait d'assurer une uniformité d'application, sans distinguer selon que la matière affecte ou non un intérêt public et tout en admettant que chaque instrument puisse autoriser un accord procédural en fonction des matières concernées.

3° Le juge devrait assurer l'applicabilité d'office de la règle de conflit de lois tout en laissant aux parties la faculté, dans une matière où les droits sont disponibles, de convenir de l'application de la loi du for ou d'exiger l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois.

La plupart des membres se rallient à la première position. Indépendamment de la question, débattue, de l'habilitation du législateur européen pour adopter des règles uniformes sur la condition du droit étranger au regard des termes de l'article 81 TFUE, la solution respecte l'orientation de la jurisprudence de la Cour de justice et elle permet de préserver la diversité des cultures procédurales nationales autant que de prévenir le coût que peut représenter l'obligation pour le juge d'appliquer par lui-même le droit étranger. D'autres membres regrettent le manque d'uniformité des solutions de conflit de lois. La troisième position, en faisant peser sur le juge une obligation d'information des parties, peut trouver un appui dans le nouvel article 26 du règlement Bruxelles Ibis (règl. n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, JO, 2012, L 351), qui, en cas de comparution volontaire d'un consommateur ou d'un travailleur, ou d'une partie protégée par les dispositions en matière d'assurances, oblige le juge à « s'assurer que le défendeur est informé de son droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution ». Cette solution permet au demeurant d'assurer le respect du principe d'effectivité.

D'autres membres estiment que la solution du problème doit être trouvée dans la notion d'effet utile des règlements. La réponse varierait alors d'une matière à l'autre, selon que le système des règles de conflit de lois de chaque règlement implique ou non la possibilité d'un choix de loi des parties, explicite ou par le détour d'un choix procédural. Cette approche risque cependant de générer un processus d'interprétation complexe.

Globalement, est préférée une approche limitant le pouvoir discrétionnaire du juge, ne distinguant pas en fonction des matières — par exemple entre matières patrimoniale et non patrimoniale, entre droits disponibles et indisponibles.

Le débat conduit aux conclusions provisoires suivantes :

1° Le juge est obligé de soumettre aux parties la question du droit applicable ;

2° Il appartient à chaque règlement de déterminer si un accord procédural est possible ou non :

3° Lorsque le règlement ne prévoit pas la possibilité d'un tel accord, le juge applique d'office le droit étranger.

Il appartient au sous-groupe de travail de poursuivre l'examen en vue de la réunion de Lausanne. Notamment, il y a lieu de s'interroger sur la portée de l'omission par les parties d'éléments de fait susceptibles d'influencer la détermination du droit applicable.

2) Procédés de facilitation du traitement du droit étranger

Les propositions du sous-groupe se basent sur les travaux de la Conférence de La Haye, de la Commission européenne ou encore du rapport du groupe de Valencia. Cette question a en effet été identifiée (et encore récemment en 2012 lors de la conférence de Bruxelles) comme d'une importance capitale au regard de la globalisation des échanges et des mouvements de personnes. Il faut enfin ajouter que du fait que certains règlements ont une applicabilité universelle, ils peuvent mener à la désignation du droit d'un Etat tiers à l'Union. Par conséquent la coopération avec les Etats tiers de l'Union doit être prise en compte.

Trois moyens ont été identifiés, à savoir une utilisation plus développée de l'Internet (a), une coopération rapprochée en matière judiciaire et administrative via une plate-forme (b) et la création d'un réseau d'experts (c).

a) Utilisation de la technologie Internet

Bien que très utile, Internet comporte de nombreux inconvénients. Le plus connu est le manque de fiabilité absolue des données, nécessitant bien souvent des vérifications. Ensuite, lorsque le contenu du droit étranger se trouve sur une base de données, il est bien souvent indispensable d'être familier du système légal afin de pouvoir trouver et comprendre le contenu de ce droit. En effet, le plus souvent, seul le texte légal figure dans la base de données (et non la jurisprudence qui y est relative), ce qui ne permet pas à l'utilisateur de comprendre la portée réelle du texte légal. D'un point de vue pratique, la législation est le plus fréquemment disponible dans la seule langue nationale. L'actualisation est parfois perfectible.

b) La coopération étroite via une plate-forme

Au niveau international, des traités internationaux permettent déjà de faciliter l'obtention d'informations relatives au contenu du droit étranger, notamment la convention de Londres du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, ou d'autres conventions bilatérales. Cependant, ces outils sont considérés comme trop généraux dans leur contenu mais aussi comme ne répondant pas au besoin de rapidité. Quant aux conventions bilatérales, leur fonctionnement est jugé en majorité satisfaisant par les Etats parties.

Au niveau européen, l'outil majeur est le réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale (décision 2001/470 du 28 mai 2001, JO, 2001, L 174). Son utilité semble intimement liée aux points de contact direct qu'il établit et les relations développées entre ces points de contact. Afin de

l'améliorer, la Conférence de Bruxelles a proposé d'établir une connexion directe entre les juges des différents Etats membres. Cependant, cette approche risque d'être peu réaliste, pour des raisons de langue et de charges de travail (liées à la nécessité de rédiger des questions d'une manière formelle mais aussi au respect d'exigences institutionnelles) qui rendraient la communication contre-productive. Il a aussi été envisagé d'imposer aux Etats de traduire leur législation dans une langue utilisée internationalement. Cependant, de telles traductions sont extrêmement coûteuses. Or, au regard de la constante évolution du droit, les coûts qui en découleraient seraient probablement trop importants. Deux alternatives pourraient néanmoins résider dans le développement de logiciels de traduction ou dans la traduction de certains mots-clefs.

c) Un réseau d'experts

Comme déjà suggéré, l'accès au droit étranger est bien souvent insuffisant pour avoir une idée juste de son contenu. En résulte la nécessité de recourir à des expertises légales qui sont fournies par des experts individuels (qui appartiennent depuis 2001 au réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale) ou par des institutions spécialisées. Si le recours à ces acteurs a un coût, celui-ci peut être envisagé comme le prix à payer pour fournir un service de qualité aux justiciables.

En conclusion, l'adoption d'un instrument global serait indéniablement utile. Cet outil devrait avoir une nature universelle afin de permettre un meilleur accès à tous les droits étrangers. Cet instrument pourrait résulter du travail coordonné de la Conférence de La Haye avec les institutions européennes. Pour autant, une adaptation particulière pour la coordination intra-européenne ne serait pas à exclure.

IV. La loi applicable à l'opposabilité aux tiers d'une cession de créances

T. Hartley présente un exposé sur l'article 14 du règlement Rome I, relatif aux cessions de créances et subrogations conventionnelles en vue d'examiner les modifications qu'il serait possible d'y apporter, en particulier au sujet de l'opposabilité aux tiers.

L'article 14 dispose que :

1. Les relations entre le cédant et le cessionnaire ou entre le subrogeant et le subrogé se rapportant à une créance détenue envers un tiers ("le débiteur") sont régies par la loi qui, en vertu du présent règlement, s'applique au contrat qui les lie.
2. La loi qui régit la créance faisant l'objet de la cession ou de la subrogation détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire ou subrogé et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession ou subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.
3. La notion de cession au sens du présent article inclut les transferts de créances purs et simples ou à titre de garantie, ainsi que les nantissements ou autres sûretés sur les créances.

Plusieurs interrogations découlent de cette disposition, en particulier :

- savoir si le cessionnaire dispose d'un droit d'action direct contre le débiteur ou s'il doit se joindre au cédant dans le cadre d'une action basée sur l'article 14 ;
- quelle loi régit les actions visant à récupérer l'objet de la cession ou sa valeur ;
- quelles sont les limitations aux cessions visées par l'article 14 ;
- savoir si les contrats de cession à venir peuvent faire l'objet d'une action sur la base de l'article 14.2 ;
- quelle règle (article 14.1 du règlement ou une nouvelle disposition) doit régir l'effectivité des cessions réalisées à l'égard des successeurs en titre ou d'autres représentants du cédant ;
- quelle règle régit la capacité du débiteur de prendre une cession, charge ou gage de sa propre dette ;
- l'interaction du règlement Rome I avec le règlement Rome II et celui sur l'insolvabilité (règl. 1346/2000) : le subrogé d'un cédant insolvable devrait-il être traité comme une tierce partie ?
- comment articuler l'article 14.1 avec le considérant 38 du règlement — en particulier comment interpréter la notion de « relations » et comment traiter la séparation établie entre les effets d'une assignation « inter partes » et ceux à l'égard des tiers ?
- comment établir la priorité entre cessionnaires, sachant qu'en droit allemand par exemple elle va au premier cessionnaire alors qu'en droit anglais elle va au dernier s'il est de bonne foi ?

Le considérant 38 du règlement dispose que :

S'agissant de la cession de créance, le terme « relations » devrait indiquer clairement que l'article 14.1, s'applique également aux aspects de droit réel d'une cession de créance entre cédant et cessionnaire dans les ordres juridiques dans lesquels de tels aspects sont traités séparément des aspects relevant du droit des obligations. Toutefois, le terme « relation » ne devrait pas être compris comme se rapportant à toute relation pouvant exister entre cédant et cessionnaire. En particulier, il ne devrait pas couvrir les questions préalables en ce qui concerne une cession de créance ou une subrogation conventionnelle. Le terme devrait

strictement être limité aux aspects qui concernent directement la cession de créance ou la subrogation conventionnelle en question.

Le contrat de cession détermine les aspects patrimoniaux de la cession entre le cédant et le cessionnaire. Il ne gouverne pas les questions préliminaires relatives à l'existence de la créance. La relation entre le débiteur et le créancier est soumise à la loi de la créance ; celle entre le créancier et le cessionnaire à la loi de la cession ; celle entre le cessionnaire et le débiteur à la loi de la créance. En revanche, la loi de la cession détermine la validité de celle-ci et la loi de la créance, la cessibilité de celle-ci.

Selon le rapporteur et les membres du groupe, plusieurs solutions sont possibles concernant l'opposabilité aux tiers de la cession et la priorité de la créance cédée sur le droit d'un tiers.

L'application de la loi de la résidence du cédant présente l'avantage d'inclure les cessions à venir (sous réserve que cela soit possible en vertu de la loi désignée) ainsi que l'affacturage, et d'être conciliable avec la convention des Nations Unies du 12 décembre 2001 sur la cession de créances dans le commerce international. D'un point de vue pratique, cette loi est plus facile à déterminer que d'autres (comme la loi de la créance lorsque l'opération comporte plusieurs cessions successives). Néanmoins, il est possible que le cédant change de résidence entre la première et la seconde cession, mettant en concurrence ces dernières (au demeurant dans un tel cas, il est suggéré que la loi de la première résidence puisse déterminer s'il y a lieu ou non de « renvoyer » la question au lieu de la seconde résidence). De plus, que se passerait-il en cas d'ouverture postérieure d'une procédure d'insolvabilité ? Enfin, la solution ne résout pas la question des cédants communs et comporte aussi l'inconvénient d'introduire un troisième facteur de rattachement, outre la loi de la créance et la loi de la cession.

L'application de la loi de la créance permet d'éviter l'introduction d'un nouveau facteur de rattachement et est adaptée au cas de cédants conjoints. A l'inverse, elle est inadaptée à l'affacturage et risque même d'entraîner l'application de lois différentes pour chacune des actions. Enfin, elle ne permet pas d'inclure les cessions futures.

L'application de la loi de la cession présente l'avantage de ne pas introduire de nouveau facteur de rattachement et d'être adaptée au cas de cédants communs. De plus elle convient tant à l'affacturage qu'aux cessions futures. En revanche, la loi choisie pourrait l'être dans le but de désavantager les tiers. De plus, en cas de pluralité de cessions, des lois différentes pourraient être applicables. Ce dernier point pourrait néanmoins être surmonté en laissant à la loi de la première cession de décider un renvoi à la loi de la seconde cession. Une solution pragmatique pourrait être d'imposer l'acquisition d'un titre afin d'assurer la créance.

Une solution de compromis consisterait à combiner le choix de la loi applicable avec l'imposition d'un facteur de rattachement.

La disposition pourrait se présenter comme suit :

La loi de la cession s'applique à condition :

- que ce soit la loi expressément choisie dans le contrat et
- que ce soit la loi de la créance ou
- que ce soit la loi de la résidence habituelle du cédant.

Cependant, si les conditions ci-dessus ne sont pas remplies, sera appliquée :

- la loi de l'obligation, excepté pour les obligations non encore nées ;
- la loi de la résidence habituelle du cédant.

Ou encore :

La loi de la créance est applicable sauf si l'accord des parties désigne : (...).

V. Actualités du droit de l'Union

V.I. Loi applicable au choix de la loi applicable en matière familiale et successorale

Erik Jayme attire l'attention sur le rôle croissant de l'autonomie de la volonté comme facteur de rattachement en matière familiale et successorale dans les instruments de l'Union.

Cette orientation nouvelle peut trouver deux justifications. D'abord, le recul du critère de la nationalité au profit de celui de la résidence est compensé par la possibilité pour les citoyens européens d'élire leur loi nationale comme loi applicable (voir par exemple l'application combinée des articles 21 et 22 du règlement Rome IV sur les successions). Ensuite, ce critère a pris un essor tel que certains instruments l'ont consacré comme critère de rattachement principal en matière de conflit de lois (Voir l'article 5 du règlement Rome III en matière de divorce). Il n'est donc pas surprenant qu'il soit désormais étendu à d'autres matières.

Des problèmes d'ordre théorique et pratique résultent du recours à l'autonomie de la volonté.

D'un point de vue théorique, la nature du choix varie suivant la matière. En effet, en matière familiale, le choix de la loi applicable est un acte bilatéral alors qu'en matière successorale, le choix présuppose un acte unilatéral. Se pose la question de la détermination de la loi applicable à cet acte juridique. La méthode choisie dans les instruments européens implique une forme de renvoi aux droits nationaux, en faveur de la loi choisie.

Ce système soulève des difficultés. Par exemple, en matière de divorce, l'article 6 du règlement Rome III rappelle étrangement et de manière inappropriée l'article 10 du règlement Rome I. Il semble en effet que cette disposition n'ait pas été adaptée à la matière particulière du divorce à laquelle elle a été transposée. Ou encore en matière de successions, une partie du problème semble avoir été partiellement éludée par le législateur européen. L'article 22.3 du règlement prévoit en effet que la loi applicable pour apprécier l'acte au fond est la même que celle désignée par les parties. Or il est possible que la loi choisie ne prévoie justement pas le choix de la loi applicable aux successions et donc ne permette pas d'accorder des effets à un tel choix. Une telle hypothèse est visée au considérant 40 du règlement selon lequel dans l'hypothèse où cette loi ne connaît pas une faculté de choix, elle pourra déterminer « si l'on peut considérer que la personne qui a choisi la loi savait ce qu'elle faisait en faisant ce choix et qu'elle avait consenti à le faire ». En matière matrimoniale, un problème également éludé par le législateur (et qui se pose aussi en raison de ce renvoi vers le droit national) résulte de la soumission de la convention conclue entre époux à un contrôle variable en fonction des ordres juridiques concernés. Enfin, la question de la forme, expresse ou tacite, du choix de la loi applicable risque de se poser (voir sur ce point l'arrêt de la Cour fédérale allemande du 17 juillet 2011, suggérant qu'il est incohérent de permettre un choix tacite en matière de succession par exemple, comme le fait le règlement, mais non en matière de régimes matrimoniaux, comme l'envisage la proposition de règlement).

Sous un angle pratique, le choix de la loi comporte aussi des conséquences économiques, que ce soit en matière matrimoniale ou successorale.

Pour les successions, le choix (en tant qu'acte unilatéral) pourrait encore porter atteinte aux intérêts des membres de la famille du défunt. La question d'éventuelles fraudes à la loi risquerait aussi de se poser. En ce sens, rejaillit la question d'un éventuel contrôle juridictionnel et sur lequel le législateur européen s'est abstenu de légiférer. Pourtant, des problèmes similaires existent déjà en application du protocole de La Haye sur les obligations alimentaires de 2007 et de la solution posée à cet égard en son article 8.5. Bien que critiquable sous l'angle de la sécurité juridique, la solution de cet article n'en demeure pas moins intéressante du fait que la règle de conflit pose une exception sans pour autant faire référence aux droits nationaux. De plus, elle a le mérite de mettre en exergue la remise en cause de la loi choisie par les parties, pour un motif d'inéquité. A cet égard, il serait peut-être souhaitable que la règle de conflit et la règle matérielle soient nettement séparées en laissant la solution au fond à la loi choisie.

Par ailleurs, une limitation innovante de l'autonomie apparaît, en matière de divorce, sous l'angle de l'ordre public.

L'article 10 du règlement Rome III prévoit une application de la loi du for « lorsque la loi désignée par les parties [...] n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ». Il en résulte qu'en dépit de la volonté des époux d'être soumis à une autre loi, celle du for s'applique. La disposition revient à poser une règle spéciale d'ordre public positif au lieu de retenir la technique de l'ordre public fonctionnel apprécié in concreto et en fonction d'un degré de proximité. La disposition peut se prêter à diverses interprétations sur la base du principe de non-discrimination qui l'anime. Pour certains membres, il serait normal de procéder à la vérification d'une non-discrimination de fait. Puisque le résultat de l'application de la loi étrangère serait alors contrôlé in concreto en vertu du règlement, il n'y aurait pas en ce sens d'interprétation contra legem. Au contraire pour d'autres, le contrôle porterait sur la loi de manière abstraite. En découlerait alors l'impossibilité pour les parties de choisir un certain nombre de droits de pays tiers (comme le droit israélien ou de nombreux droits de tradition islamique) quand bien même, par exemple, l'épouse acquiescerait au divorce. Dans cette hypothèse, le refus serait davantage motivé par l'ignorance de la loi étrangère que par rupture d'un principe d'équilibre. De plus, en application de la loi du for, les époux pourraient demeurer mariés dans leur pays d'origine. Outre les désagréments d'une telle solution, cette exception pourrait mener à l'exclusion totale de certains droits, résultat étrange lorsque l'on sait que le droit international privé est une matière normalement caractérisée par son ouverture aux diversités normatives.

Dans l'ensemble, les membres stigmatisent le manque de cohérence des règlements en matière d'autonomie de la volonté, ainsi que l'écart de l'article 10 du règlement Rome III par rapport aux termes généraux de l'exception d'ordre public en matière de conflits de lois.

V.II. Le droit commun européen de la vente et le droit international privé

Christian Kohler évoque l'articulation de la proposition de règlement relatif au droit commun européen de la vente (DCEV) (doc. COM 2011/635 ; doc. COD 2011/0284) avec d'autres instruments de droit international privé.

Basée sur l'article 114 TFUE, la proposition de règlement a pour objet « de favoriser les conditions d'établissement et de fonctionnement du marché intérieur par la création d'un corps uniforme de règles en matière contractuelle ». Elle vise à s'appliquer aux transactions transfrontières de ventes de biens sous réserve que les parties (un professionnel et un consommateur ou deux professionnels à condition que l'un d'eux soit une PME au sens de la proposition) aient conclu un accord sur son application.

L'examen couvre les aspects de droit international privé de la proposition sous l'angle de ses conditions d'application (1) et de leur articulation avec les règles de conflit de lois existantes (2) afin de mettre en exergue les difficultés que soulèverait son adoption en l'état et de proposer des solutions alternatives (3).

1) Caractéristique et applicabilité de la proposition

La proposition tend à introduire « un corps complet de règles contractuelles » constituant un « second régime » de droit des contrats « commun à l'ensemble de l'Union ». Lorsqu'il est choisi par les parties, le régime devient d'application exclusive (article 11) et ses dispositions doivent être interprétées de façon autonome (article 4, annexe I). Enfin, les questions qui relèvent de son champ d'application mais qui ne sont pas expressément réglées par la proposition, le sont conformément aux objectifs et aux principes qui lui sont sous-jacents, sans recours au droit national qui serait applicable en l'absence d'une convention de choix du DCEV.

La proposition est donc un outil qui tend à être auto-suffisant à l'instar des instruments de droit international uniforme. Il en résulte que son applicabilité aurait pu être similaire à celle instaurée pour la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, qui ne dépend pas des règles de conflit de lois normalement applicables. Cependant, la Commission a proposé une autre solution en son considérant 10 : « la convention d'application [du DCEV] devra résulter d'un choix opéré au sein du droit national et qui est applicable en vertu [des règlements Rome I ou Rome II] ou de toute autre règle de conflit de lois pertinente ». De plus, la convention entre les parties « ne devrait donc pas revenir à choisir le droit applicable au sens des règles des conflits de lois, ni être confondue avec cette formalité, et elle ne devrait pas remettre ces règles en cause. Le présent règlement ne touchera donc nullement aux règles de conflits de lois existantes ». Or l'obligation de recourir à un tel raisonnement semble être source de complexité plus que de simplification.

2) Complexité de l'articulation de la proposition avec le droit international privé

La proposition complexifie le cadre juridique en matière de ventes internationales de deux manières : le raisonnement juridique est obscurci ; la proposition risque de susciter des conflits avec le règlement Rome I en matière de protection des consommateurs.

Les acteurs de la convention de choix (ainsi que le juge en cas de contentieux) devront recourir à un raisonnement en deux étapes : d'abord rechercher la loi applicable, ensuite éventuellement appliquer le DCEV (s'il y a un accord des parties au sens de l'article 8 de la proposition) ou un autre instrument. Il n'y a donc pas suppression du mécanisme conflictuel mais au contraire intensification de celui-ci.

Sur la recherche de la loi applicable, plusieurs problèmes risquent de se poser. Le premier résulte du fait que la recherche doit se faire en application des règles de conflit de lois du règlement Rome I. Celui-ci désignera la loi choisie par les parties ou une autre loi à défaut de choix. Outre la difficulté probable de déterminer le droit applicable, la loi désignée comme applicable pourra être celle d'un État tiers. Or dans ce cas, se pose la question de savoir si les parties peuvent convenir de l'application du DCEV. Ensuite, il est également possible que, à la place d'une loi nationale, une convention de droit uniforme soit applicable en vertu de ses propres règles d'applicabilité. Or celles-ci ne sont pas affectées par le règlement Rome I.

Des conflits entre la proposition et l'article 6 du règlement Rome I risquent également de se présenter. En vertu de celui-ci, le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays de sa résidence habituelle, c'est-à-dire les dispositions « auxquelles il ne peut être dérogé par accord ». Or si le consommateur a sa résidence habituelle dans un État membre de l'Union, il y aura coexistence de deux régimes de protection, celui du DCEV et celui du droit désigné par l'article 6. Il faudra dès lors comparer ces dispositions au regard du niveau de protection qu'elles accordent afin de savoir quel outil est le plus favorable au consommateur. En conséquence, il faudra vérifier au cas par cas si la proposition dispose plus favorablement à l'égard du consommateur et ce n'est que dans l'affirmative qu'elle primera. Cette démarche comparative ne peut de plus être contournée via le considérant 12 de la proposition — selon lequel l'article 6 du Règlement Rome I « n'a aucune conséquence pratique » du fait qu'il « n'y aura aucune disparité entre les législations nationales » en cas de choix du DCEV et sous réserve que le consommateur réside habituellement dans un État membre de l'Union — puisque l'application du droit commun européen n'intervient que dans un deuxième temps, soit après l'identification du premier régime. Or c'est à ce dernier moment que la vérification de l'équivalence des niveaux de protection attribuée par les dispositions concernées est exigée par l'article 6 du règlement Rome I. Enfin, une dernière interrogation se pose lorsque la lex contractus est celle d'un État tiers. D'après le règlement Rome I, à défaut de choix des parties, la loi de l'État tiers devrait être applicable en tant que loi de la résidence habituelle du consommateur. Mais dans cette hypothèse les parties peuvent-elles choisir le DCEV comme droit applicable ? Quelle que soit la réponse (la doctrine est très partagée sur ce

point), tant le choix de la loi applicable que l'accord des parties d'appliquer le DCEV devront faire l'objet de la vérification du niveau de protection qu'ils accordent respectivement.

De l'avis du Groupe, la création de ce « régime à deux étages » apparaît comme inopportune pour les consommateurs et les justiciables. Le recours au mécanisme conflictuel est techniquement inutile et il serait préférable de concevoir des règles d'applicabilité, selon le modèle de la convention de Vienne de 1980. Cette dernière technique étant plus appropriée à la nature véritable de ce droit commun de la vente en tant qu'instrument de droit uniforme. A cette fin, il suffirait d'adapter les articles 4 à 7 de la proposition, le cas échéant en couvrant les hypothèses où l'une des parties serait établie dans un Etat membre. Enfin, il conviendrait de préciser la relation de la proposition avec le règlement Rome I, en particulier avec son article 6.

3) Doutes sur le choix de la base juridique de la proposition

Au regard des difficultés et incertitudes engendrées par cette méthode, il convient de s'interroger sur les raisons ayant poussé à ne pas adopter une application de plein droit du droit commun européen de la vente sur la base de ses propres conditions d'applicabilité. Une réponse plausible résiderait dans la recherche de la compétence de l'Union pour adopter un tel instrument juridique et du fondement adéquat. Trois bases de compétence sont envisageables, à savoir l'article 81 TFUE prévoyant l'adoption de mesures de coopération judiciaire en matière civile, l'article 114 TFUE qui permet d'arrêter des mesures de « rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur », l'article 352 TFUE qui constitue une base juridique « résiduelle » lorsque « une action de l'Union paraît nécessaire », sans que les traités « n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet ».

La procédure de l'article 352 TFUE semble avoir été écartée du fait qu'elle nécessite l'unanimité du Conseil. Or une telle unanimité aurait été politiquement impossible à obtenir. Ensuite, le choix de l'article 81 TFUE n'aurait pas été judicieux notamment en raison de l'exclusion du Danemark et, le cas échéant, de l'Irlande et du Royaume-Uni par les clauses d'opt-out et d'opt-in. En effet, l'adoption d'un droit commun européen de la vente serait tout particulièrement utile en matière de commerce électronique impliquant des pays anglophones.

Il en résulte que seule la compétence conférée par l'article 114 TFUE était susceptible de servir comme base juridique de la proposition.

La question est alors de savoir si la proposition qui tend à « la création d'un corps uniforme de règles en matière contractuelle » (article 1er) s'appliquant à la place du droit national peut être entendue comme un « rapprochement » des droits des États membres. La Cour de justice (arrêt Parlement européen c. Conseil du 2 mai 2006, aff. C-436/03) a eu à répondre à une question similaire lors de l'adoption du règlement n° 1435/2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC). Elle avait statué en faveur de l'article 308 TCE (article 352 TFUE). Probablement en raison de cette jurisprudence, la Commission justifie le recours à l'article 114 TFUE par le fait que le droit commun européen de la vente constituerait « un second régime de droit contractuel au sein du droit national de chaque État membre » (COM (2011) 635, p. 9). Aux yeux de plusieurs membres du Groupe, cette affirmation ne pourrait néanmoins prospérer au regard des caractéristiques de la proposition. Dans cette optique, deux éléments permettraient d'exclure le recours à l'article 114 TFUE. Le fait que ce « second régime » soit conçu comme un droit spécial pour des transactions transfrontières (l'article 114 TFUE vise l'harmonisation portant sur des situations internationales et internes). Le fait qu'en matière de contrats conclus avec des consommateurs, il y ait déjà une harmonisation des droits nationaux. Dès lors, il ne serait pas possible d'estimer qu'un règlement — permettant aux parties à un contrat de droit privé d'écarter le droit national déjà harmonisé en vertu de l'article 114 TFUE au profit d'un corps de règles uniformes et autonomes — puisse être qualifié de mesure de rapprochement des droits nationaux au sens de cet article. En conséquence, la proposition devrait être fondée sur l'article 352 TFUE et non pas sur son article 114. A contrario, d'autres membres estiment que la proposition peut être vue comme visant bien à rapprocher les législations nationales en créant un droit des contrats uniforme qui serait plus performant que les droits nationaux. En ce sens le fondement de l'article 114 serait bien justifié. Au demeurant, la question de la base juridique appropriée revêt une importance plus politique que juridique.

V.III. Travaux de l'Union

K. Vandekerckhove présente les dossiers législatifs récents traités au sein de l'Union ainsi que les projets en cours ou envisagés à terme.

Malgré un investissement important dans la problématique de la crise financière, l'Union a poursuivi les travaux dans de nombreux domaines du droit international privé au cours de l'année écoulée. Ainsi, ont été adoptés, pour rappel, le règlement sur les successions (règl. n° 650/2012, JO, 2012, L 201), qui entrera en application en août 2015 car restent encore à régler un certain nombre de points en vue de la mise en œuvre de l'instrument, en particulier l'établissement du formulaire standard d'un certificat européen de succession et les autres annexes ; la décision concernant l'adhésion par l'Union au protocole de 2002 à la convention d'Athènes de 1974 relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages (décision n° 2012/23 du 12 décembre 2011, JO, 2012, L 8), un dossier qui concerne à la fois la coopération judiciaire en matière civile et la politique des transports .

Sont en cours de traitement :

- La proposition de règlement du Conseil sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés ;
- la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil portant création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontalier de créances en matière civile et commerciale, qui fait encore l'objet de débats sur plusieurs options ;
- la proposition de règlement instaurant un droit commun européen de la vente qu'il reste encore à clarifier et à négocier ;
- la révision du règlement Bruxelles I, entretemps adoptée le 12 décembre 2012 (règl. n° 1215/2012, JO, 2012, L 351)

Sont en projet :

- la directive sur l'harmonisation du droit des titres ;
- l'application du règlement Rome III à la Lituanie (entretemps confirmée par la décision 2012/714 de la Commission du 21 novembre 2012, JO, 2012, L 323) ;
- une proposition de modification du règlement sur les procédures d'insolvabilités (en raison de la crise économique) : suite au rapport d'évaluation (traitant particulièrement de son champ d'application matériel et du lien entre procédures principale et secondaire), les travaux se poursuivront afin de voir si une harmonisation des procédures des Etats membres est possible ; une communication et la proposition ont entretemps été adoptées le 12 décembre 2012 (COM 2012/742 final ; 2012/744 final) ;
- une suite au Livre vert « moins de démarches administratives pour les citoyens : promouvoir la libre circulation des documents publics et la reconnaissance des effets d'actes d'état civil » (COM 2010/747 final), les travaux seront poursuivis en deux étapes, d'abord sur l'abolition de toutes les formalités (dont l'apostille), ensuite sur la question de l'effet des documents ;
- en matière d'énergie nucléaire, l'octroi aux Etats membres de l'autorisation de ratifier le protocole à la Convention de Vienne, qui contient une disposition sur le conflit de juridictions ;
- une évaluation du règlement sur la signification des actes ;
- une proposition de négociation éventuelle d'accords avec les pays "Lugano" en matière de signification des actes et obtention des preuves ;
- une évaluation du titre exécutoire européen ;
- le rapport de révision du règlement Rome II, spécialement sur la diffamation (un rapport du Parlement européen a été établi), la prescription et les accidents de la circulation routière ;
- une étude sur la cession de créances dans le contexte du règlement Rome I ;
- un instrument sur l'action collective;

Par ailleurs, l'Union collabore à un projet de convention entre la Serbie, le Monténégro et la Macédoine sur le modèle de la convention de Lugano. En revanche, elle se montre réticente à l'égard de négociations entre la Slovaquie et l'Ukraine en matière de coopération judiciaire.

Sont en préparation deux appels en vue d'études sur le droit applicable aux sociétés et sur l'établissement de standards minimaux en matière de procédure dans le contexte de la suppression de l'exequatur.

VI. Actualités de la Conférence de La Haye

Hans van Loon présente les dossiers traités au sein de la Conférence lors de l'année écoulée.

L'Asie pacifique est de plus en plus intéressée par les travaux de la Conférence. En résulte la création d'un bureau régional Asie-Pacifique pour la Conférence de La Haye de droit international privé à Hong-Kong. Un bureau similaire devrait aussi voir le jour au Vietnam. De même des relations sont en cours de développement avec l'Afrique du Sud. Enfin, la Russie va ouvrir un centre d'information sur la Conférence sur son territoire.

De manière générale, les pays non européens marquent leur intérêt pour les questions portant sur la circulation des actes publics, la protection des enfants ou l'adoption.

Plusieurs travaux en cours au sein de la Conférence, méritent une attention particulière :

- La théorie de l'autonomie de la volonté en matière de contrats internationaux étant une notion assez connue dans les pays en voie de développement, la CNUDCI a suggéré de lancer un travail sur le thème du choix de la loi applicable dans les contrats internationaux. Une réflexion est donc en cours afin de trouver un instrument qui pourrait être non contraignant. Dans ce cadre, les divers projets de La Haye ainsi que les principes Unidroit ont été utiles. On note l'éventualité d'admettre le choix de « règles de droit », ce qui couvrirait par exemple les principes Unidroit. Concernant les lois de police, la disposition distinguerait le rôle de l'arbitre

de celui du tribunal étatique ; des discussions sont toujours en cours sur l'obligation ou la simple faculté de donner effet aux lois de police étrangères.

- Le travail élaboré par le Bureau Permanent sur le statut des enfants, notamment en rapport avec les contrats de maternité de substitution à caractère international, va être poursuivi. Un rapport final sera rendu en 2014.
- Le travail préparatoire sur le fonctionnement pratique de la convention Apostille est en cours de finalisation et devrait donner lieu à un manuel sur son fonctionnement pratique.
- La convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for continue son évolution, en particulier avec une potentielle ratification de la Chine, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Un groupe de travail, sur la reconnaissance des jugements, reste favorable à un instrument mondial incluant des règles de compétence directe / indirecte, quoique les discussions subsistent sur de telles règles.
- Sont encore en cours la préparation un guide sur les conditions d'application de l'article 13 de la convention de 1980 sur les enlèvements d'enfants — sans négliger l'impact de la CEDH sur cette disposition —, ainsi que des travaux en matière de médiation.
- Les divergences de vues subsistent autour d'un instrument sur les migrations circulaires, couvrant les cas de retour et de réadmission.

VII. Actualités de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Patrick Kinsch présente l'actualité jurisprudentielle de l'année écoulée en matière de droits de l'homme au regard du droit international privé. Si cette année la Cour n'a pas eu à traiter d'affaires en matière de reconnaissance des jugements, plusieurs cas devraient être tranchés en la matière dans l'année à venir.

Deux séries d'arrêtés retiennent l'attention, respectivement en matière d'accès à la justice et d'enlèvement d'enfants.

La première série porte sur l'interaction du principe de réciprocité et de l'aménagement de l'accès des étrangers aux tribunaux.

L'affaire *Granos Organicos Nacionales S.A. c. Allemagne* (du 24 septembre 2012, n° 19508/07) mettait en jeu une société péruvienne insolvable qui voulait exercer une action en responsabilité contre deux sociétés allemandes et qui réclamait à ce titre le bénéfice de l'aide judiciaire (cette dernière étant soumise à l'article 116 du code de procédure allemand). L'attribution de cette aide fut refusée, sur la base d'une jurisprudence bien établie et basée sur le principe de réciprocité, car les sociétés allemandes n'auraient pas non plus pu bénéficier de l'aide judiciaire au Pérou. La société péruvienne a donc exercé un recours devant la CEDH en invoquant une violation du principe de non-discrimination et une violation de son droit d'accès à un tribunal. La Cour a conclu à l'unanimité à la non-violation des droits de la demanderesse au motif que le gouvernement allemand aurait démontré que les différences de traitement entre personnes physiques et personnes morales et entre sociétés nationales et étrangères étaient justifiées par des motifs pertinents (nécessité de contrôler le recours aux deniers publics pour financer des litiges privés et le principe de réciprocité).

Cet arrêt heurte plusieurs membres par sa motivation qui semble aller à l'encontre de certains arrêts antérieurs (l'arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, n° 40892/09). Pourtant, pour certains, l'arrêt donne à penser que la Cour commencerait à faire une distinction entre la protection des personnes physiques et celle des personnes morales. Elle prendrait donc une approche différente et dans cette optique, il n'y aurait pas de rupture avec la jurisprudence antérieure. L'insistance mise sur la réciprocité semble pourtant nouvelle.

La seconde série touche à l'interaction de la convention de La Haye de 1980 relative à l'enlèvement d'enfants et de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Est d'abord rappelée l'affaire *Neulinger & Shuruk c. Switzerland* (du 6 juillet 2010, n° 41615/07), concernant un enfant né en Israël en 2003 (d'une mère suisse et d'un père israélien) où il a vécu jusqu'en 2005. Entre-temps, le père avait rejoint une communauté juive ultra-orthodoxe radicale, ce qui avait conduit la mère à demander et à obtenir une ordonnance interdisant le déplacement de l'enfant et un jugement accordant provisoirement la garde à la mère et une autorité parentale conjointe. Un mandat d'arrêt avait aussi été émis contre le père pour non-paiement de la pension alimentaire et la mère avait tenté en vain de faire lever l'ordonnance de non-déplacement. En conséquence, en juin 2005, la mère a secrètement emmené l'enfant en Suisse. En mai 2006 (lorsque la mère fut localisée), un tribunal de la famille israélien émit une ordonnance confirmant le caractère illicite du déplacement de l'enfant. Le père introduisit ensuite une demande de retour. Elle fut rejetée à deux reprises sur la base de l'article 13.1(b), de la convention de La Haye, au motif que l'exception de risque grave était établie. Par la suite, le Tribunal fédéral suisse ordonna le retour de l'enfant, estimant à l'inverse que le risque grave n'était pas fondé. En 2007, la mère et l'enfant ont porté l'affaire devant la Cour européenne des droits de l'homme. À la majorité des voix, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas eu violation du droit de la mère et de l'enfant au respect de leur vie familiale tel que visé à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ensuite la Cour a jugé que si, sur la base des articles 12(2), 13 et 20 de la convention de La Haye, les juridictions de première

instance peuvent tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouve un enfant, les exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. La motivation de la Cour se base donc sur le côté procédural de la convention de La Haye plutôt que sur ses dispositions de fond, à savoir si l'enfant court un potentiel danger.

Néanmoins, dans une affaire X. c. Lettonie (arrêt du 13 décembre 2011, n° 27853/09), où la même solution a été retenue quant à la condamnation de la Lettonie sur le plan formel, la motivation est sensiblement différente en ce qu'elle mentionne de manière plus diplomatique la possibilité pour les juridictions nationales de recourir à l'article 13(b) de la convention de La Haye. L'affaire a par la suite été renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour, l'audience devant avoir lieu le 10 octobre 2012. L'arrêt à intervenir sera présenté et commenté à la prochaine réunion du Groupe.

La Cour a retenu la même logique dans l'affaire M.R. & L.R. c. Estonie (décision du 15 mai 2012, n° 13420/12), dont le paragraphe 42 confirme la décision des tribunaux estoniens au motif qu'ils n'ont pas ordonné le retour de manière automatique ou mécanique en vertu de la convention de La Haye, et où la Cour exprime le souci d'un examen attentif du dossier par la juridiction nationale. Cette préoccupation doit être considérée avec soin au regard du caractère automatique du retour prévalant dans le contexte du règlement Bruxelles II.

Dans une affaire similaire (B. c. Belgique, arrêt du 10 juillet 2012, n° 4320/11), la Cour a conclu à la violation de la convention dans le cas d'un ordre de retour pour le motif que le juge national n'avait pas vérifié, par voie d'expertises qu'il aurait ordonnées, la réalité du risque d'une situation intolérable pour l'enfant en cas de retour.

ANNEXE I

SOUS-GROUPE NATIONALITÉ

Option A

Proposition de règles en matière de conflits de nationalités applicables dans le cadre des instruments de l'Union Européenne

...

Considérant que

- a. la définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité relève, conformément au droit international et au droit de l'Union Européenne, de la compétence de chaque État membre ;
- b. chaque Etat membre doit exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union[, notamment des principes de proportionnalité et non-discrimination];
- c. il n'appartient pas, par contre, à la législation d'un État membre de restreindre les effets de l'attribution [non automatique] de la nationalité d'un autre État membre, en exigeant une condition supplémentaire pour la reconnaissance de cette nationalité en vue de l'application des instruments et des règles de l'Union en matière de conflits de lois et de juridictions et de reconnaissance et exécution des décisions étrangères (règles de droit international privé);
- d. la nationalité d'une personne et la nationalité commune des parties ont été retenues dans certaines règles de droit international privé de l'Union comme critère de rattachement pour déterminer la loi applicable et comme critère pour déterminer la compétence directe et indirecte du juge saisi;
- e. dans le but d'augmenter la prévisibilité et la certitude juridiques et de réduire les abus et le forum shopping il paraît opportun d'établir des dispositions pour déterminer la nationalité qui relève dans l'application des règles de droit international privé de l'Union ;
- f. [les dispositions suivantes s'appliquent aussi quand il est nécessaire de déterminer la nationalité d'un individu ou de parties qui possèdent une ou plusieurs nationalités étrangères, éventuellement en concours avec la nationalité d'un ou plusieurs Etats membres, pour l'application des règles de droit international privé de l'Union à caractère universel qui utilisent la nationalité comme critère de rattachement.](1)

I. Principes généraux

Art. 1. – La nationalité d'une personne physique se détermine d'après le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause dans le respect du droit de l'Union européenne.

Art. 2. – Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un autre Etat membre, les deux nationalités sont placées sur un pied d'égalité. Le choix en faveur de l'une des nationalités ne peut porter atteinte aux prérogatives reconnues aux citoyens européens par l'article 18 TFUE.

Art. 3. – Lorsqu'une personne possède plusieurs nationalités dont celle d'au moins un Etat tiers, le choix en faveur de l'une d'entre elles ne peut porter atteinte à l'application d'un accord d'association

qui unirait l'Union et un pays tiers.

II. Compétence

Art. 4. – Lorsqu'un citoyen européen possède la nationalité de plusieurs Etats membres, ces nationalités sont placées sur un pied d'égalité pour déterminer la compétence, directe ou indirecte, des juridictions des Etats membres.

Art. 5. – Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un ou de plusieurs Etats tiers, seule sa citoyenneté européenne est retenue pour fixer la compétence, directe ou indirecte, des juridictions d'un Etat membre.

III. Loi applicable

Art. 6. – Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne 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.

Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne permettent à des personnes de choisir le droit de l'Etat de leur nationalité commune et que ces personnes ont deux ou plusieurs nationalités communes, leur choix peut se porter, sauf disposition contraire, sur le droit de l'un ou l'autre des Etats dont elle ont toutes deux la nationalité.

Art. 7. – Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne retiennent à titre de rattachement objectif le droit de l'Etat de la nationalité commune de deux personnes, ces règles s'appliquent dès lors que l'une de ces nationalités est également possédée par l'autre personne. Toutefois, ces règles de conflit de lois ne s'appliquent pas en cas de pluralité de nationalités communes.

1. A discuter: je suis convaincue que si la règle UE est erga omnes, il faut donner des indications précises pour éviter le forum shopping et le ius shopping. Dès qu'il n'y a pas de règles objectives qui utilisent la nationalité d'un individu comme critère de rattachement, si nous exprimons dans une résolution qu'il serait souhaitable que le législateur de l'Union utilise la nationalité d'un individu comme critère de rattachement uniquement quand l'individu peut choisir la loi applicable, il n'y a aucune raison pour limiter son choix en excluant une nationalité étrangère. Par contre, il me semble que quand il s'agit d'un cas comme Hadadi (compétence directe ou indirecte), la nationalité d'un Etat tiers n'entre pas en jeu.

Option B

Section 1. Dispositions générales

Art. 1. – Le présent chapitre est applicable aux conflits positifs de nationalités surgissant dans l'application des dispositions du droit de l'Union utilisant le critère de la nationalité.

Art. 2. – Les dispositions du présent chapitre s'appliquent sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte au principe de non-discrimination.

Art. 3.- La nationalité d'une personne physique se détermine d'après le droit de l'Etat dont la nationalité est en cause.

Art. 4. – Un Etat membre ne peut refuser de reconnaître une situation juridiquement constituée dans un autre Etat membre en raison d'une divergence d'appréciation sur la nationalité d'une ou de plusieurs personnes en cause.

Section 2. Jouissance des droits

Art. 5. - 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.

Art. 6. - Lorsqu'une personne possède plusieurs nationalités dont celle d'au moins un Etat tiers, il peut être tenu compte de cette nationalité lorsque celle-ci conditionne l'accès à des droits dont cette personne peut jouir en application du droit de l'Union.

Section 3. Compétence

Art. 7. - Lorsqu'un citoyen européen possède la nationalité de plusieurs Etats membres, ces nationalités sont placées sur un pied d'égalité pour déterminer la compétence, directe ou indirecte, des juridictions des Etats membres.

Art. 8. - Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un ou de plusieurs Etats tiers, seule sa citoyenneté européenne est retenue pour fixer la compétence des juridictions d'un Etat

membre.

Section 4. Loi applicable

Art. 9. - Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne 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.

Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne permettent à des personnes de choisir le droit de l'Etat de leur nationalité commune et que ces personnes ont deux ou plusieurs nationalités communes, leur choix peut se porter, sauf disposition contraire, sur le droit de l'un ou l'autre des Etats dont elle ont toutes deux la nationalité.

Art. 10. - Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne retiennent à titre de rattachement objectif le droit de l'Etat de la nationalité commune de deux personnes, ces règles s'appliquent dès lors que l'une de ces nationalités est également possédée par l'autre personne. Toutefois, ces règles de conflit de lois ne s'appliquent pas en cas de pluralité de nationalités communes.

[ou : La règle de conflits de lois selon laquelle est compétente la loi de la nationalité commune des parties ne s'applique pas en cas de pluralités de nationalité communes.]

ANNEXE II

The Treatment of Foreign Law – Note for the GEDIP meeting 2012 at The Hague

At the 21st GEDIP meeting in Brussels, 16-18 September 2011, it was agreed that the sub-group "Foreign Law" would report at the next GEDIP meeting on two aspects of the treatment of foreign law:

(1) the question of the relationship between procedural autonomy of EU Member States and the effectiveness of EU Regulations on the conflict of laws when designating a foreign law, in particular whether, under these Regulations, the courts should ex officio apply the foreign law designated by the Regulations (I.), and

(2) the practical means of improving the determination, by the authorities of EU Member States of the content of the applicable foreign law (II.)

I. Are the courts of EU Member States obliged to apply of their own motion the choice of law rules contained in EU Regulations on the conflict of laws and the foreign law designated by such rules?

A. Question not left to domestic law

In the Note ("Reflections") for the 2011 Brussels meeting we argued that, contrary to the view advanced by some, in particular UK, authors, ¹ it is not possible to conclude from the exclusion of "evidence and procedure" in Article 1(3) of both Rome I and Rome II that the treatment of foreign law is left simply to national law. As another UK author observes:

*"First, it should be noted that Art 1 (3) is solely a restriction on the (vertical) scope of the Regulation. It does not designate the lex fori as applicable. Instead, for matters to which Art 1 (3) applies, Member State courts may continue to apply their pre-existing rules of private international law, which may or may not lead to application of the forum's own rules. Secondly (...) the concepts of "evidence" and "procedure" must be understood as autonomous concepts, to be given a uniform meaning independent of the forum's notions as to the reach of the law of evidence and the law of procedure (...). Thirdly (...) a strict interpretation of the concepts of "evidence" and "procedure" is justified, both by the Commission's view that Article 15 of the Regulation 'confers a very wide function on the law designated' (...) and by the stated objectives of the Regulation, namely that 'in order to improve the predictability of the outcome of litigation, certainty as to the law applicable', there is a need 'for the conflict-of-law rules in the Member State to designate the same national law irrespective of the country of the court in which an action is brought'(...)."*²

Although the ECJ has not given an authoritative interpretation of the exclusion at this point, there is no doubt that this interpretation is a matter of autonomous European, not of national law.³ The answer to the question above must therefore be found in general EU principles.⁴

B. Primacy of European Law not decisive

On the other hand, the doctrine of direct effect and primacy of European law is not decisive either. This would have been different if the ECJ had followed the view of its Advocate General Darmon in Verholen (ECJ 11 July 1991, joined C-87-88-89/90) according to which national courts should raise all EU law provisions of their own motion. The AG's reasoning was that because Simmenthal (ECJ 9 March 1978, C- 106/77) obliged the national courts not to apply a national rule that was contrary to a European rule, those courts should first of their own motion consider the relevant European rule.⁵

The ECJ did not, however, impose such a far-reaching duty on the national courts. Instead, it established the principle of procedural autonomy, which was first formulated in the Rewe/Comet cases (ECJ 16 December 1976, C-33/76 (par 5) and C-45/76 (par 13)):

“(…) in the absence of any relevant Community rules, it is for the national legal order of each Member State to designate the competent courts and to lay down the procedural rules for proceedings designed to ensure the protection of the rights which individuals acquire through the direct effect of Community law, provided that such rules are not less favourable than those governing the same right of action on an internal matter.”

Later case law has confirmed and elaborated this principle of “procedural autonomy” and extended it to civil proceedings, most notably in Van Schijndel.⁶ In Van Schijndel, Peterbroeck and Van der Weerd the principle of procedural autonomy was extended to civil proceedings:

“(…) 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.

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.”

(…) Community law does not require national courts to raise of their own motion an issue concerning the breach of provisions of Community law where examination of that issue would oblige them to abandon the passive role assigned to them by going beyond the ambit of the dispute defined by the parties themselves and relying on facts and circumstances other than those on which the party with an interest in application of those provisions bases his claim.”⁷

The consequence is that European law, as it stands, despite its primacy, does not presume its automatic application – its application *ex officio* – by the courts.⁸ This is, in principle, true, “irrespective of the importance of the [Community] 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”.^{9 10}

Procedural autonomy is not without exceptions, however. The Rewe/Comet judgments (1) reserve “any relevant Community rules” interfering with domestic law. Moreover, the principles of (2) effectiveness and (3) equivalence may qualify the principle.

C. Rome I and II (and III) are not Community rules directly interfering with national law

The reservation made in Rewe/Comet of “any relevant Community rules” relating to jurisdiction and procedural rules etc., obviously covers measures concerning jurisdiction of courts taken on the basis of Art 81 TFEU, such as Brussels I and II.

Moreover, the Treaty freedoms, and the general discrimination prohibition, may directly interfere with national (domestic) substantive law. Examples include the rulings of the ECJ in *Data Delecta*, 26 September 1996, C-43/95, and *Saldanha*, 2 October 1997, C-122/96 where the rules of the codes on civil procedure requiring foreign nationals to provide security for the costs of civil proceedings were held contrary to the prohibition of discrimination on the ground of nationality, or *Dafeki*, 2 December 1997, C-336/94, where the free movement of workers had implications for the probative value of certificates on civil status.

With regard to the competition rules (Articles 101 and 102 TFEU), the ECJ has ruled that these “are matters of public policy which must be automatically be applied by the national court” (*Manfredi*, 13 July 2006, C-295-298/04 and *T-Mobile Netherlands*, 4 June 2009, C-8/08).

However, in general the legal system of the EU “continues to be based upon a decentralized system of enforcement, in which substantive EU law is mainly enforced by national courts according to the (diverging) rules of civil procedure”.¹¹

It is true that both Rome I and Rome II are aimed at furthering “the proper functioning of the internal market” (Recital 1 of both instruments), and that each Regulation contains a certain number of mandatory provisions, including regarding the protection of consumers and employees (Arts 6-8 Rome I) and unfair competition, restriction of competition and infringement of intellectual property rights (Arts 6 and 8 Rome II) – which we will examine in more detail below. But it is worth recalling at the outset that EU Regulations on the conflict of laws do not confer substantive rights (such to the right to enjoy unhindered competition, or, in litigation, the right to be exempted from the *cautio judicatum solvi*). They merely provide for certain choice of law rules. Obviously, in a case of conflict between EU choice of law rules and domestic choice of law rules, the former must prevail, but that is not the point that interests us. The question is rather whether national courts should apply the choice of law rules of EU Regulations of their own motion.

In this regard, however, it is difficult to see how each of these Regulations could be ranked at the same level as rules of public policy, such as Articles 101 and 102 TFEU. Whatever the precise meaning of infringement of “public policy” in EU law may be, in order to qualify as such,

“the rule infringed must be designed to serve a fundamental objective of the Community legal order and it should play a significant role in the achievement of that objective. Next, the rule infringed must be laid down in

the interest of third parties or the public in general and not merely in the interest of the persons directly involved".¹²

It is not evident that the provisions of Rome I and II as a whole, important though they are, "serve a fundamental objective of the Community legal order" or "play a significant role in the achievement of that objective". In any event, they are essentially designed to serve the interests of the parties. This also explains the large room they leave for party autonomy.¹³

Nevertheless, we should examine in more detail whether this conclusion should be different for specific provisions such as those on consumer protection and the other mandatory provisions in Rome I and Rome II mentioned above – and in Rome III. In this regard the developing case law of the ECJ on consumer protection is particularly relevant.

D. Lessons from the evolving case law of the ECJ in consumer matters.

In a certain number of cases, in particular concerning consumer protection (in internal, not cross-border situations), the ECJ has found that the public interest does require national courts to apply Community law ex officio – and thus to make the exception referred to in *Van Schijndel*, *Peterbroeck* and *Van der Weerd* where the public interest requires the national court's intervention. However, the Court walks a tight rope between enforcing EU Consumer law and respecting national procedural autonomy: the protection of consumers is strong, but it is not absolute.

According to *Océano Grupo*, 27 June 2000, C-240 and 244/98, national courts have the power to review of their own motion whether an exclusive jurisdiction clause is unfair in terms of Art 6 of Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC. In *Cofidis*, 21 November 2002, C-473/00, this power to review was extended to nullity of unfair clauses in general, not just jurisdiction clauses. In *Mostaza Claro*, 26 October 2006, C-168/05, the ECJ went further and found that national courts have not only the power, but must, ex officio, determine whether an arbitration agreement is void, and must annul that award where the agreement contains an unfair term. In *Pannon*, 4 June 2009, C-243/08, the Court confirmed that the national court must of its own motion examine the issue of the possible unfairness of a contractual term, "where the necessary legal and factual elements are available". However, if the consumer, after having been informed of the clause by the court, nevertheless wishes to be bound by it, then the court is not required to apply that clause. *Pannon* was confirmed by *Pénzügli*, 9 November 2010, C-137/08 (decided by a Grand Chamber) and, most recently, by *Banco de Crédito*, 14 June 2012, C-618/10.

In *Rampion*, 4 October 2007, C-429/05, the ECJ affirmed that this case law on the Unfair Contract Terms Directive could be transposed to the Consumer Credit Directive 87/102/EEC, and that the ex officio obligation applies regardless of whether it is the consumer or the professional who starts the proceedings (similarly *Pohotovost'*, 16 November 2010, C-76/10). In *Martín Martín*, 17 December 2007, C-227/08, the ECJ ruled that the provisions of the Doorstep Selling Directive 85/577/EEC also allow the court to declare of its own motion that the consumer was not informed of his right to withdraw from the contract, even though the consumer had not pleaded this at any stage of the proceedings.

That the courts do not in all cases have an ex officio obligation to enforce consumer law was brought out by *Asturcom* 6 October 2009, C-40/08, which turned again on the Unfair Contract Terms Directive. In this case the question was whether the court in an action for enforcement of a final arbitration award made in the absence of a consumer, must determine of its own motion whether the arbitration agreement is unfair and void, and therefore annul the agreement, even if it the arbitration award is *res judicata*.

Advocate General Trstenjak affirmed the question. She analysed the case under the viewpoint of procedural autonomy qualified by the principles of effectiveness and equivalence. She took the first limb, effectiveness, understood as principle of effective judicial protection (access to justice), as the ground for her opinion that

*"above all in view of the need for effective consumer protection and having regard to the case law of the Court of Justice which expressly requires positive action unconnected with the actual parties to the contract (...) it may be necessary, in exceptional cases, to disregard the principle of res judicata."*¹⁴

She reasoned that in *Océano* and *Mostaza*, among others, the ECJ had held that the unbalance between parties in the consumer context must be corrected, even if the consumer does not act. In the AG's view, the consumer could not be required to file an action for annulment of invalid arbitration proceedings. The national court being the first judicial instance to assess the unfairness of the unfair arbitration agreement, should therefore, of its own motion, declare the award null and void.

Like the AG, the ECJ took the *Van Schijndel* procedural autonomy approach as its starting point.¹⁵ The ECJ first examined the case under the viewpoint of "effectiveness", which, rather than giving it the extended interpretation of the AG, it understood, as it had done in *Van Schijndel*, simply as: do the national procedural rules make the application of European law impossible or excessively difficult? The Court found that, in this light, the procedures of Spanish law for challenging the arbitral award were acceptable. Therefore, the Court, contrary to its AG, found that the Spanish procedural rules did not violate the principle of effectiveness. The *res judicata* status of the arbitral award was therefore to be respected.

Next, the Court examined the case under the viewpoint of the "equivalence" test: the conditions imposed by domestic law under which the courts apply a rule of Community law of their own motion must not be less favourable than those governing the application by the courts of their own motion of rules of domestic law of the same ranking. The Court emphasised the privileged mandatory nature of Article 6(1) of the Unfair Terms Directive "and its general purpose which is essential to the tasks of the Community", and ruled that

"Accordingly, in view of the nature and importance of the public interest underlying the protection which Directive 93/13 confers on consumers, Article 6 of the directive must be regarded as a provision of equal standing to national rules which rank, within the domestic legal system, as rules of public policy".¹⁶

Therefore, the national court was obliged to apply the directive of its own motion (only) where it has either the duty or the power to do so for national rules of public policy. In other words, the Spanish court, while it should respect the *res judicata* effect of the arbitral award, had to refuse its enforcement (only) if it had the duty or power to do so under Spanish procedural law for public policy reasons.

Asturcom thus illustrates the carefulness – coupled with a certain creativity in the use of the criteria of “equivalence” and “effectiveness” – with which the ECJ approaches the challenge of “establish[ing] a balance between the need to respect the procedural autonomy of the legal systems of the member States and the need to ensure the effective protection of Community rights in the national courts.”¹⁷ As a rule, given the weak bargaining power of the consumers, their lack of information and the costs they face, national courts must, of their own motion, ensure the application of EU consumer protection rules. But exceptionally, where an arbitral award has become *res judicata*, the ECJ accepts that its enforcement must be refused on the ground that it infringes public policy if the national court has the duty or power to do so under national law.

The conclusion from all this is that the Court, while attaching great importance – as a matter of public policy – to consumer protection through European legislation, still recognises that this protection must be effectuated in the context of domestic jurisdictional and procedural rules.

E. The application of choice of law rules contained in EU Regulations in the context of the domestic legal systems of EU Member States

In our 2011 Note we referred to the findings of the in-depth Study on Foreign Law and its Perspectives for the Future at European level commissioned by the European Commission drawn up by the Institut de Droit Comparé in Lausanne.¹⁸ The study confirms the findings of the Valencia Report¹⁹ that the national legal norms currently in force in the 27 EU Member States concerning the application of foreign law in civil proceedings are extremely heterogeneous and particular in nature, and vary according to the status of the choice of law rule, the method of determining the content of foreign law including burden and admissibility of proof and of assessing foreign law and costs, the consequences of impossibility of establishing the content of the foreign law, the control of the application of the foreign law by superior courts, and their application by judicial or non-judicial authorities.

Regarding the status of the choice of law rules, the study found that:

- (1) in the majority of EU Member States the court must apply the relevant conflict of law rules *ex officio* – but for varying reasons (mandatory character of the choice of law rule as part of the binding law of the forum (Germany); inquisitorial nature of the civil procedure (Greece); duty to apply domestic and foreign law on an equal footing (Poland)). On the other hand,
- (2) in the UK, Ireland, Cyprus and Malta, no such *ex officio* duty exists, although the court may have discretionary powers to bring up the question of foreign law in the event of the parties’ silence. Finally,
- (3) in “dual” systems some choice of law rules are considered as mandatory and others as optional. However, the criteria for distinguishing between these two categories differ, according to the “dispositive” or “non-dispositive” nature of the rights (France), the mandatory or non-mandatory proceedings (Sweden), or the nature of the issue at stake (Luxembourg, Slovenia).

Moreover, even where the choice of law rules must be applied *ex officio*, the procedural status of the foreign element leading to the references of foreign law varies. While in some EU Member States the court is obliged to discover foreign elements in the case *ex officio* (this is generally the rule in the Central and Eastern European Member States – because of the “residually inquisitorial” character of the civil procedure in these countries – and in Italy, Spain and Portugal – as a consequence of the mandatory character of the choice of law rule), in other continental EU Member States the court is generally (Netherlands), or depending on the nature of the proceedings (Sweden, Finland), or on the nature of the rights at stake (France, Belgium, Luxembourg), not bound to discern foreign elements through independent investigation of the facts of the case.

While Rome I and II, III and the Successions Regulation – as all Regulations – have a direct effect within the domestic legal order of the Member States, their choice of law provisions do not as such alter these differences, no more than multilateral treaties (Hague and other PIL Conventions, previously the 1980 Rome Convention) do. The fact that they have primacy status is not decisive (cf. B. supra). The Regulations as a whole are not matters of public policy (cf. C. supra).

Is this in any different for the mandatory provisions in Rome I and Rome II, such as the protection of consumers and employees (Arts 6-8 Rome I) and unfair competition, restriction of competition and infringement of intellectual property rights (Arts 6 and 8 Rome II), restrictions on party autonomy (such as in Art 5 (2) Rome I), and aspects of Rome III and of the Successions Regulation?

Arguably, the fact that these specific rules are mandatory has an impact on their status and thereby on their application. Yet, it follows from the case law of the ECJ in consumer matters (cf. D. above), that action by the court of its own motion is required only in exceptional cases where the public interest requires its intervention. There is no doubt that if a consumer invokes Art 6 of Rome I, then

the court must apply it. But does a (mere) conflict rule such as Article 6 serve a public interest that requires the court to apply it of its own motion? Given the importance which the ECJ attaches to the information of the consumer, which enables him/her to defend their substantive rights (see e.g. Pannon, supra D.), one might argue that the court should, when it has the duty or power to do so under its domestic procedural rules, under the principle of equivalence, inform the consumer of its own motion of the applicability of Article 6, e.g., when a consumer contract contains a choice of law for the law of the professional's country, and the consumer does not invoke the superior protection of the law of his/her habitual residence. But it would seem difficult to argue that such a duty follows directly from the choice of law rule of Article 6 itself and, in any event, this is not the same as applying Article 6 ex officio.

This conclusion also applies to the choice of law protection afforded by Articles 7 (insurance contracts) and 8 (individual employment contracts) of Rome I.²⁰

What about the mandatory provisions in Rome II on unfair competition, restriction of competition and infringement of intellectual property rights? Competition law is a matter of declared public interest under European law. But does it follow that the choice of law rule of Article 6 Rome II – which also covers violations of domestic competition law – is also of public interest under European law, and must be applied by the court of its own motion? It would seem that, in light of Van der Weerd,²¹ it would be sufficient, under the principle of effectiveness, that parties have a genuine opportunity to invoke the relevant choice of law rule, as they have in English or Scottish law.²²

A special question may arise in the context of Rome III, Recital 18 of which provides:

“The informed choice of both spouses is a basic principle of this Regulation. Each spouse should know exactly what are the legal and social implications of the choice of applicable law. The possibility of choosing the applicable law by common agreement should be without prejudice to the rights of, and equal opportunities for, the two spouses. Hence judges in the participating Member States should be aware of the importance of an informed choice on the part of the two spouses concerning the legal implications of the choice-of-law agreement concluded.”

This Recital could be read to imply that before resorting to the choice of law rules that apply in the absence of a designation of the law by the parties, the court – Recital 18 is addressed to judges – must ask the parties if they have made a valid and well-informed choice. This would be especially important in cases where the parties are not assisted by a lawyer. But, as in the case of consumer protection, one might argue, that any such ex officio information duty would, under the equivalence principle, only exist to the extent that it exists under the court's domestic procedural rules.

F. Discussion

Not all members of the Sub-group share the above analysis and conclusions. Some members point out, firstly, that at this point ECJ case law on the precise question before us (“Are the courts of EU Member States obliged to apply of their own motion the choice of law rules contained in and the foreign law designated by EU Regulations on the conflict of laws”) is not available. Secondly, they note that the ECJ case law referred to above, from Van Schijndel etc., to the ECJ case law on consumers (supra B.- D.), is concerned with internal domestic issues, and not with cross-border issues, which are the specificity of the EU Regulations. Thirdly, they are not convinced that the ECJ case law cited, even if applicable, justifies the conclusions drawn. Rather, they are of the view that, given the nature and purpose of choice of law rules in EU Regulations, these are “relevant Community rules” for which exception was made in Rewe/Comet (see B. supra). Much like Brussels I and II, these rules do not – or should not – depend on the national procedural order for their applicability. Instead – and perhaps in contrast with choice of law rules contained in EU directives (being not self-executing but depending on national implementation measures) – they are not procedural but substantive in nature (“règles de fond”). They are mandatory, and require, by their nature and purpose (see Recitals (4) and (6) if both Rome I and Rome II), to be applied ex officio by the courts. Uniform choice of law rules would make no sense if their application was left to the whims of domestic civil procedure. They serve the fundamental objective of creating a European Area of Civil Justice (see Articles 67 and 81, indeed even 3(2) TFEU). They serve not only the interest of the parties, but also the general interest of harmonizing conflict rules and of discouraging forum shopping. In a comment on an earlier draft of this Note to the subgroup of 12 July 2012, Héléne Gaudemet-Tallon has explained this position in more detail – see **Annex A**.

However, these members of the sub-group admit that it is far from certain that the ECJ would share their views, and, therefore, urge GEDIP to adopt a proposal on the issue.

G. Conclusion and Recommendations for possible proposals by the GEDIP

It would seem difficult to argue, in light of the current case law of the ECJ, that the conflict rules of the EU Regulations, Rome I, II, III and the Successions Regulation should, as a requirement of European law, be applied by domestic courts of their own motion.

Regarding possible proposals by the GEDIP, the views of the sub-group vary:

(1) Some members are of the view that an initiative to ensure uniform application of the choice of law rules in EU Regulations is neither necessary nor desirable. EU law in general is law that is mainly applied through national courts (and national non-judicial authorities). It is well known that this does not guarantee the uniform application of EU law, but this is an inherent feature of the present system.

Imposing uniformity of application of EU Regulation choice of law rules would – independent of the characterisation of the choice of law rule as procedural or substantive – inevitably have a significant impact on the national procedural systems of the Member States, and would not be justified by the nature and purpose of choice of law rules which do not directly affect substantive rights of citizens. Finally, we should know more about the extent of the real problem of diversity of application before proposing action.²³

(2) In contrast, some members are of the view that GEDIP should propose a binding EU rule that would oblige the national court to apply the choice of law provisions contained in EU Regulations. This rule would apply to all matters covered by the Regulations, so that one would not have to distinguish between e.g., matters of public interest and other matters. The necessary flexibility could be achieved through a provision, to be added to each Regulation, specifying whether the parties may or may not, at the moment of the proceedings, conclude a procedural agreement to set aside the choice of law rule/the law designated by the choice of law rule, in favour of the *lex fori* or perhaps the law of a third country.

(3) A third approach is that proposed by Michael Bogdan, according to which the court should of its own motion raise the conflict of laws issue with the parties, informing them of the issue, leaving it to the parties, in disputes where settlement is permitted, to either agree on the application of the *lex fori* or request the application of the designated foreign law.²⁴ This proposal goes less far than (2), in that it only puts an (*ex officio*) information duty on the court and not a duty (*ex officio*) to apply the foreign law designated by the choice of law rule, unless requested by at least one of the parties. But it goes further than (2) in so far as it would apply to all matters covered by the Regulations.²⁵

II. Practical means of improving the determination, by the authorities of EU Member States, of the content of the applicable foreign law

The second aspect of reflection on the treatment of foreign law consists in considering the ways of improving the ascertainment of the content of the foreign law which has been indicated by a conflict rule. As is well known, this question has been for a longer time a subject of interest in various forums, in particular at the Hague Conference on Private International Law and at the European Commission. The Group discussed at the 2010 and 2011 meetings the two studies that were prepared on the basis of contracts awarded by the European Commission: “Application of foreign law by judicial and nonjudicial authorities in Europe”, a study by the University of Valencia team (Valencia Report) which led to the book “Application of Foreign Law”,²⁶ and also “Foreign Law and its Perspectives for the Future at the European Level”, a study conducted by the Swiss Institute of Comparative Law in Lausanne.²⁷ The Hague Conference presented *inter alia* two important documents in recent years – “Assessing the content of foreign law and the need for the development of a global instrument if this area – a possible way ahead”,²⁸ and “Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument”.²⁹ These Guiding Principles were also annexed to another important document “Conclusions and Recommendations – Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters”, adopted at a Brussels conference, organised jointly by the European Commission and the Hague Conference on Private International Law, held from 15 to 17 February 2012 (hereinafter “Conclusions and Recommendations”).³⁰

The 2012 Brussels conference emphasised in particular the increasing need in practice to facilitate access to foreign law, as a result of, among other things, globalisation and the cross-border movement of persons, goods, services and investments.³¹ Even though the conference was devoted to the treatment of and, in particular, access to, foreign law on a global level, reaching far beyond the European Union, many conclusions adopted at this conference are relevant within the EU despite its particular legal and institutional structure, closer links between Member States and mutual connections in the sphere of administration and justice. Undoubtedly, from this perspective, the EU has wider possibilities to create a system interconnecting various levels of mutual cooperation which promote effective access to foreign law. On the other hand, we have to keep in mind that uniform EU conflict rules which lead to the need to ascertain and apply foreign law are universal and thus they may indicate as the applicable law the law of a third, non-EU Member State. Cooperation with States outside of the EU thus cannot be left aside, even if we intend to specifically consider possibilities of providing information on foreign law by the authorities and institutions of EU Members.

Three ways forward for future work / mechanisms in this area which had emerged from the preliminary work carried out by the Hague Conference may be outlined as basic starting points:

- A. Information technology and its impact on ascertainment of foreign law
- B. Judicial and administrative cooperation
- C. Networks of experts

A. Information technology and its impact on ascertainment of foreign law

Within possibilities of providing information on foreign law, the Internet is still a relatively new phenomenon. Despite its increasing influence on the availability of information on foreign law,³² the Internet is not yet being fully used as compared to the opportunities that it offers.

We have to bear in mind that much information on foreign law currently offered by way of the Internet may be scattered over a great variety of sites, and may not be reliable, up-to-date and with

transparency as to its provenance. Such information must often be verified and perhaps also authenticated by other sources.

Moreover, the finding and ascertainment of foreign law by means of various Internet databases requires an experienced person with necessary orientation in the respective legal system. This may present particular challenges not only for judges, but also in particular for citizens, businesses, and nationally-oriented or smaller legal practices when they must ascertain the law of other States. Usually, only a plain text of the applicable legislation is accessible, which may be not sufficient in order to know the full import and context of the law. Besides, such information is mostly available only in the language of the respective State. Issues of language regimes are considered to be among the main contemporary challenges in the treatment of foreign law in general.

B. Judicial and administrative co-operation

The European Union makes it possible to create a more closely-connected framework of judicial and administrative cooperation. First, international treaties, in particular the European Convention of 7 June 1968 on Information on Foreign Law (the “London Convention”) of the Council of Europe, and bilateral treaties permitting the obtaining of legal information between some Member States, are available.³³ Experiences with these tools have been evaluated differently. Sometimes the information provided on the basis of international treaties is too general and takes a long time to obtain. As for bilateral treaties, personal contacts are evidently important and they influence the assessment of this kind of cooperation – either positive or neutral – by various Member States.

Within the European Union the main relevant institution in this field is the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters (EJN) which provides a wide range of information on EU law, as well as some information on national law of the Member States.³⁴ The efficiency of this type of activity substantially depends on the individual national contact points and their mutual relations. As is well known, administrative cooperation is connected with increased costs, which is another of the main challenges in the ascertainment of foreign law in general.

The sub-group is rather reserved with respect to proposals of creating direct contacts between judges, as was mentioned several times at the 2012 Brussels conference. There are at stake such practical questions as language barriers, workload of judges, and the formalisation of posing questions / institutional requirements that would most probably be counterproductive as compared to the informal judicial cooperation currently within the EJN.

Another more general problem, mentioned above, is that of translations of legal texts and case law. In States with other than international languages the requirement to provide such accessible information of legal texts would mean the arrangement of good and reliable translations of their legislation which then should be regularly updated. The sub-group tends to be quite sceptical that States would be able to make all or most of their law more accessible in this respect, in particular for financial reasons. Today, respecting the dynamic development of legislations worldwide, such a binding requirement seems not to be very realistic: translations represent one of financial barriers in relation to facilitating access to foreign law.³⁵

C. Network of experts

Information on the content of the foreign applicable law is often not sufficient and supplementary legal expertise or analysis is needed. Legal expertise is either provided by specialised institutions, such as the Max-Planck Institutes in Germany, the Hellenic Institute of International and Foreign Law, or the Swiss Institute of Comparative Law, or by individual experts.³⁶ The value of consulting experts for information corresponds to their much-specialised activity. The sub-group supports opinions that the access to foreign law cannot be entirely free.³⁷ Under point 14 of the Conclusions and Recommendations, “tailored” legal information (for example, the application of the information to specific facts, which may require the interpretation of the relevant law by judges, government officials, foreign law experts or expert institutes), does not necessarily have to be provided without cost to users, and the provision of such services at a cost may enable better services.³⁸

D. A future instrument in this field?

Undoubtedly, a global instrument on improving access to foreign law is considered to be useful. This point is also one of the results of the 2012 Brussels Conference, which stressed that such an instrument should focus on the effective facilitation of access to foreign law and should not attempt to harmonise the status of foreign law in national procedures.³⁹ It appears that, for the time being, with respect to the various existing concepts of the treatment of foreign law, such a solution on a global level is the only realistic approach.

The Sub-group agrees that such an instrument should have a universal nature because problems of facilitation of access to foreign law are in fact global and not specifically European, despite the above-mentioned specific features of the European Union, consisting in close judicial cooperation in cross-border civil matters. We may refer back to the Conclusion integrated in the 2010 Report “Reflexions on the Application and Proof of, and Access to, Foreign Law”, which suggested a pragmatic approach: It would seem, therefore, that special efforts within the EU, aimed at providing uniform solutions for the ascertainment of foreign law, should best be made in coordination with the Hague Conference on Private International Law.⁴⁰ This main global trend or direction does not exclude

particular mechanisms that may facilitate access and treatment of foreign law within the European Union.

* This Note was prepared by Hans van Loon and Monika Pauknerová with contributions from several members of the sub-group. The sub-group consists of Michael Bogdan, Harry Duintjer Tebbens, H el ene Gaudemet-Tallon, Hans van Loon (Coordinator), Johan Meeusen, Robin Morse and Monika Pauknerov a.

1 See Reflections on the Application, Proof of, and Access to Foreign Law – Update 2011 (hereinafter “Reflections”), pp. 2-3.

2 A. Dickinson, *The Rome II Regulation: the Law Applicable to Non-contractual Obligations*, Oxford UP, para 14.57. See also M. Illmer, “Neutrality matters – Some Thoughts About the Rome Regulations and the So-Called Dichotomy of Substance and Procedure in European Private International Law”, in (2009) 28 *Civil Justice Quarterly* 237, who moreover is critical of the language of Art 1(3) and arguing that the distinction that really matters is that between *lex causae* and *lex fori*.

3 For examples of autonomous definition by the ECJ of exclusions in the Brussels Convention and the Regulation regimes see, e.g., ECJ 15 May 2003, C-266/01 (“customs”) and 2 July 2009, C-111/08 (“insolvency”).

4 See Reflections (supra fn 1), pp.3-4

5 Cf. also the AG Bot in his Opinion in *Heemskerk* (ECJ 25 November 2008, C-455/06) urging the Court to go beyond the “genuine opportunity” criterion (Van der Weerd, fn 9 infra) requiring the national court to review of its own motion the legality of the relevant national administrative measure (para 127). The Court did not, however, follow its AG.

6 ECJ 14 December 1995, C-430/93 and C 431/93 (joined).

7 *Ibidem*, paras 20-22.

8 Cf. H Schebesta, “Does the National Court Know European Law? A note on Ex Officio application after *Asturcom*”, in *European Review of Private Law* 4 -2010 (847-880, at 857).

9 Van der Weerd, par 41, cited in Reflections (fn 1) p. 5

10 According to A.G. Jacobs in his Opinion in *Van Schijndel*, “It is true that the public interest in the proper application of Community law must be taken into account, as well as the interests of the parties. However, the approach consistently taken over the years by the Court suggests that what is sufficient to satisfy the public interest in this respect corresponds precisely to the well established principles (...) that national courts must ensure the enforcement of Community rights where they are invoked in national proceedings in accordance with national procedural rules; and that the national rules need only be set aside where they make it impossible or unduly difficult for those rights to be enforced. (...) Moreover, if the view were taken that national procedural rules must always yield to Community law, that would (...) unduly subvert established principles underlying the legal systems of the Member States. It would go further than is necessary for effective judicial protection. (...)” (paras 26-27)

11 M. Ebers, “ECJ (First Chamber) 6 October 2009, Case C-40/08, *Asturcom Telecomunicaiones SL v. Cristina Rodr guez Nogueira*”, in *European Review of Private Law* 4-2010, (823-846, at 824).

12 See S. Prechal and Natalya Shelkopyas, “National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schijndel* to *Eco Swiss* and Beyond”, in *European Review of Private Law* 5-2004, 589-611, at 610.

13 See Reflections (supra fn 1), p. 7. But see also infra F. Discussion.

14 Opinion of AG Trstenjak, delivered in *Asturcom*, para. 75.

15 In earlier consumer decisions, the Court had often based itself directly on a teleological interpretation of the consumer protective EU provisions – *Asturcom* is important also because it brings EU consumer law back under the procedural autonomy approach, see Schebesta, (supra fn. 8), 854.

16 *Asturcom*, par. 52.

17 Advocate General Jacobs, supra fn 10, para 18.

18 See Reflections, supra fn. 1, p.1. This study was published by the Commission in 2012, see http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm.

19 See C. Esplugues, J.L.Iglesias, G.Palao (eds.), *Application of Foreign Law*, Munich, Sellier 2011.

20 For a different view, see R. Hartmann, “Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis”, [1 2008] *The European Legal Forum*, 1-1-13, who, with reference to the 1980 Rome Convention takes the view that while this Convention generally does not require an ex officio application of foreign law whenever the parties are free to choose the applicable law, this is different for Articles 5 and 6. “The mandatory character of these conflicts rules is ignored if the weaker party is required to plead and prove foreign law. (...). Therefore, the courts (...) are bound to apply [these Articles] ex officio in order to ensure the protection of consumers and employees irrespective of the procedural rules of the forum on the pleading of foreign law” (at I-7). Similarly, with respect to Articles 6 and 8 of Rome I, Illmer, supra fn 2 (at 259).

21 See supra text at fn 7.

22 Cf. Dickinson, supra fn. 2, who after a comparative law overview, a review of the travaux pr paratoires of Rome II, and an evaluation of the current practice of the English courts, concludes that “[o]n balance the current English procedural rules appear justifiable, as being consistent with both the principle of equivalence and the principle of effectiveness (...)” (at para 14.57).

23 As noted in Reflections (supra fn. 1, p. 7), the Lausanne study in its preliminary study of the application of Rome II in five EU countries (Bulgaria, Finland, Germany, the Netherlands and the United Kingdom) found no evictions of the applicable law in favour of the *lex fori*.

24 Reflections (supra fn 1), p. 9

25 Cf. also the conclusions of the Lausanne study, Part III, Recommendations: “The issue of whether Community conflict of law rules should be applied ex officio, regardless of the wishes of the parties, is much less acute than it would appear at first sight, given that the relevant Community instruments mostly permit the parties to choose the law of the forum as the applicable law. A Community instrument could specify that parties have the right to make a choice of applicable law during the course of proceedings. Those instruments which currently refer to the issue indicate that it is to be determined according to the law of the forum. This renvoi creates a risk of uncertainty and inconsistency of choice of applicable law. Community conflict of law rules are less liberal in certain cases, notably where one of the parties is considered “weaker” than the other, or where mandatory rules of a Third State seek to apply. In these limited cases, if the possible relevance of Community conflict of law rules appears from the facts pleaded by the parties, then the principle of the “effet utile” of Community law should require judges to at least draw the attention of the parties to those rules ex officio.”(at p. 16)

26 See supra fn 19.

27 See supra fn 18.

28 Hague Conference on Private International Law, General Affairs and Policy, Prel. Doc. No 11 A, March 2009.

29 Principles developed by the experts which met in 2008 at the invitation of the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law as part of its feasibility study on the access to foreign law.

30 The English and French texts of the Conclusions, the Conference Report and other documents are available at <http://www.hcch.net/upload/hidden/2012/xs2foreignlaw.html>.

31 “Conclusions and Recommendations”, op. cit., point 1.

32 According to the empirical findings of the Lausanne study (supra fn 18), the “overwhelming majority (77%) [of legal professionals in the 27 EU Member States] uses official sources of foreign law available on the internet regularly” (...) Paid for legal databases are used on a much smaller basis (...), Part II, para 4.1.

33 According to the empirical research of the Lausanne study (supra fn.18), their use is very limited (Part II, Overview, p 2).

34 “.. the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters (...) is never used by slightly more than one third of respondents”(ibidem).

35 However, this situation could evolve further with the continuing improvement of (online) translation software. Additionally, there can be general economic benefits of a State making available at least its key legal texts (in particular in the commercial area) available in a widely used language, and thus translation efforts might be considered a worthwhile investment by some States.

36 It should be noted that networks of legal professionals have been added to the structure of the European Judicial Network in civil and commercial matters (see Council Decision of 28 May 2001 (2001/470/EC), as amended 2009): Art. 2: "1. e) Professional associations representing, at a national level in the Member States, legal practitioners directly involved in the application of Community and international instruments concerning judicial cooperation and commercial matters [shall be part of the European Judicial Network in Civil and Commercial Matters]"[...] "4.a) Member States shall determine the professional associations referred to in paragraph 1(e). To that end, they shall obtain the agreement of the professional associations concerned on their participation in the Network. Where there is more than one association representing the legal profession in a Member State, it shall be the responsibility of that Member State to provide for appropriate representation of the profession on the Network."

37 See the contribution of Andrea Bonomi at the Brussels conference on 17.2.2012.

38 Conclusions and Recommendations, op. cit., point 14.

39 Conclusions and Recommendations, op. cit., point 4.

40 At its meeting of 17-20 April 2012, the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference "took note of the Conclusions and Recommendations of the [Brussels Joint Conference, and] decided that the Permanent Bureau should continue monitoring developments but not take any further steps in this area at this point." Subsequently, the Council of Europe at the meeting of the CDCJ of 18-20 June 2012 discussed the possibility of revising the 1968 London Convention. The CDCJ instructed the Secretariat "to make contact with the European Commission and the Hague Convention on Private International Law on the reasons and interest for a possible revision of the European Convention on Information on Foreign Law and report to the Bureau".

Annexe A - Loi étrangère. 26 juillet 2012

Quelques réflexions.
Hélène Gaudemet-Tallon.

Après avoir lu les documents envoyés et repris les travaux précédents du Gedip, d'abord un grand merci à Hans et Monika pour leur important travail. Ensuite j'essaie de résumer la problématique et ce qu'on pourrait proposer comme solution. J'ai également relu, entre autres, l'article de Harry aux *Mélanges Siehr*, et celui de Tristan Azzi dans mes *Mélanges*.

La question : le juge national doit-il appliquer d'office la loi étrangère désignée par une règle de conflit de lois contenue dans un règlement communautaire ? (problématique différente pour les directives puisqu'elles font l'objet de mesures nationales de transposition)

Les idées qui se dégagent :

1) L'objectif des règlements communautaires portant règles de conflits de lois est à l'évidence l'unification des solutions aux conflits de lois dans les domaines visés par les règlements, objectif qui n'est pas atteint si on laisse chaque droit national décider de l'applicabilité d'office ou non de la règle de conflit communautaire.

2) En revanche, le principe de l'autonomie procédurale du droit des Etats membres, semble plaider pour laisser les droits nationaux s'appliquer ;

3) Toutefois :

- Il n'est pas certain que la question de l'applicabilité d'office ou non de la règle de conflit de lois soit une question de procédure ; personnellement, j'y vois plutôt une règle de fond, et particulièrement importante puisqu'elle détermine le droit qui sera appliqué au litige. Il me semble qu'on pourrait tirer argument de ce qui se passe pour les conflits de juridictions : les textes communautaires (convention de Bruxelles de 1968 puis règlement Bruxelles I) doivent être appliqués d'office par le juge, le rapport Schlosser était déjà en ce sens, et la jurisprudence a confirmé : v. par ex. CJCE Shearson Lehman Hutton du 19 janv. 1993, aff. C-89/91 et déjà CJCE Hoffmann c. Krieg 4 fév. 1988, aff. 145/86, pt.31 ; la jurisprudence de la cour de cassation française est aussi en ce sens, v. les arrêts cités dans mon ouvrage « compétence et exécution des jugements en Europe » 4ème éd. 2010 , n° 77, notes 17 et 18)
- la CJUE a déjà admis des exceptions au principe d'autonomie procédurale : v. la jurisprudence citée par Hans et Monika

4) Au regard du droit français, on est en présence de deux concepts tous deux assez flous :

- celui de l'autonomie procédurale, mal définie par le droit communautaire. En particulier, il ressort de la jurisprudence de la CJUE (très bien détaillée par Hans) que le principe de l'autonomie procédurale s'efface lorsque la protection des consommateurs est en jeu (mais alors pourquoi pas aussi celle des salariés), et lorsque il y a « d'importants intérêts publics en cause » ...formule vague. Le droit de la concurrence relèverait de ces importants intérêts publics, mais en revanche, qu'en serait-il pour l'état des personnes ? on pourrait soutenir que, par exemple, le divorce ne concerne pas d'importants intérêts publics, mais qu'en revanche lorsqu'est en cause « l'intérêt supérieur de l'enfant » alors, on serait en présence d'un « intérêt public important » justifiant la mise à l'écart du principe d'autonomie procédurale.
- celui de « droits indisponibles » : selon la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation (26 mai 1999, deux arrêts *Belaïd*, et *Assurance du Mans*), la solution française est

de distinguer entre droits disponibles et droits indisponibles.

Si le droit est disponible (contrats en général), le juge n'est pas obligé d'appliquer d'office la loi étrangère désignée par la règle de conflit ; si le droit est indisponible (matières d'état des personnes par exemple), le juge est obligé d'appliquer d'office la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Le droit français ne distingue pas selon l'origine de la norme (règle nationale de DIP, ou règle émanant d'un traité international, ou règle d'origine communautaire), mais selon le droit en cause. L'ennui est que la frontière entre droit disponible et droit indisponible est très difficile à tracer. Et dans la mesure où l'autonomie de la volonté pénètre maintenant le droit des personnes et de la famille, on ne sait plus très bien ce qui est disponible ou non : par exemple, on pourrait soutenir que le droit du divorce est un droit disponible en présence d'un divorce par consentement mutuel, et indisponible si le divorce est contentieux. La question est déjà soulevée en doctrine à propos de Rome III : le divorce reste-t-il un droit indisponible dès lors que les époux peuvent choisir la loi applicable à leur divorce ? Pour moi (et je crois aussi P. Lagarde), cela reste indisponible, mais d'autres auteurs sont plus dubitatifs.

Donc cette distinction française, aux contours incertains, ne me paraît pas utile en droit communautaire.

Et on voit que ces deux concepts flous se combinent mal : par exemple, s'agissant d'un contrat portant atteinte au droit de la concurrence, c'est un « droit disponible », mais en revanche il échappe au principe d'autonomie procédurale.

5) On constate que la Cour de justice de Luxembourg se montre un peu hésitante sur cette question de l'applicabilité d'office du droit communautaire en général, sauf pour les contrats de consommateurs (v. l'étude de Hans et Monika). Ceci est assez logique lorsque sont en cause des dispositions de droit substantiel ; et on comprend par ex. la position de la CJCE dans l'affaire Heemskerk (25 nov. 2008, aff. C-455/06 et v. l'art. S.Cazet sur cet arrêt, Revue Europe, juillet 2009, Etude n°7). Mais, lorsqu'est en cause la détermination du droit applicable, il me semble que la Cour devrait être plus exigeante : comme le disait l'avocat général Bot dans l'affaire Heemskerk, « l'enjeu de l'application d'office du droit communautaire...consiste, plus fondamentalement dans la sauvegarde d'exigences d'intérêt général au plan communautaire » (pt127) et l'avocat général (qui n'a pas été suivi par la Cour) regrettait que la Cour ait une conception trop extensive de l'autonomie procédurale des Etats membres. Or, si l'on adopte des règlements communautaires portant sur les conflits de lois, c'est pour que la même règle de conflit soit appliquée par tous les tribunaux des Etats membres, et c'est bien là une « exigence d'intérêt général » (Hans a parfaitement raison dans son mail en réponse à Monika de dire que la situation est particulière s'agissant de situations transfrontières, donc mettant en cause des règles de conflits de lois et je crois que les arrêts Van Schijndel et Peterbroeck du 14 décembre 1995 s'expliquent précisément parce qu'il s'agissait de situations internes à un Etat membre). Si on ne satisfait pas cette exigence, on voit mal l'utilité des règlements sur les conflits de lois. Cette conclusion m'amènerait à modifier l'opinion que j'avais émise au Jurisclasseur Europe fasc.3200 n° 65 à 67 ainsi que dans mon article sur Rome I au Journal de droit européen en 2010 où j'écrivais que le règlement Rome I n'était pas applicable d'office car concernant des droits disponibles (opinion défendue aussi par T.Azzi, art.préc.) : au contraire, en l'état actuel de ma réflexion, je pense que le règlement Rome I devrait être applicable d'office mais que les parties devraient être autorisées expressément par le règlement à passer un accord procédural pour changer la loi applicable en vertu du règlement (qu'il y ait eu ou non auparavant choix de la loi), c'est d'ailleurs ce qui résulte déjà de l'art. 3 §2 de Rome I. En France, cet accord procédural est possible (au motif qu'il s'agit de droits disponibles), mais il serait préférable que la solution soit donnée au niveau communautaire et en écartant ou en entourant de garanties supplémentaires l'accord procédural lorsqu'il y a une partie faible à protéger

6) Proposition de solution : il me semble qu'il faudrait avoir une règle de droit communautaire obligeant le juge national à appliquer d'office une règle de conflit de lois contenue dans un règlement communautaire, peu important la matière en cause (et je ne partage pas les réticences de Johan car, comme je l'ai écrit supra, à mon avis la question de l'applicabilité d'office de la règle de conflit ou non n'est pas une règle de procédure). Il n'y aurait pas à s'interroger pour savoir si « l'autonomie procédurale », « des intérêts publics », « l'ordre public » ou encore des « droits indisponibles » sont ou non en cause : la règle de conflit est une règle de droit dont l'application s'impose au juge comme toute règle de droit (cela a d'ailleurs été la solution un temps retenue par la Cour de cassation française : v. les arrêts Rebouh et Schüle des 11 et 18 octobre 1988, solution adoptée sur la proposition du conseiller A. Ponsard, solution approuvée par la doctrine, v. Grands arrêts de la jurisprudence française de DIP par B. Ancel et Y. Lequette, 5ème éd. 2006, n° 74-75, mais qui a malheureusement été abandonnée par la suite)

Ainsi seulement serait assurée l'unification voulue par l'adoption de ces règlements. La souplesse nécessaire serait atteinte si chaque règlement communautaire disait s'il admet ou non un « accord procédural », c'est à dire la possibilité pour les parties, au moment du litige, de se mettre d'accord pour écarter la loi désignée par la règle de conflit communautaire et choisir la loi du for (ou éventuellement une autre loi ? à discuter). C'est un peu, me semble-t-il l'idée de Michael dans le document Gedip de la précédente session. On trouve un exemple de ce type d'article dans le règlement Rome III (v.art.5 §3).

Il serait bon qu'il figure dans Rome I et Rome II de façon précise, dans la mesure où ces textes laissent déjà pas mal de place à volonté des parties, mais en écartant sans doute l'accord procédural pour les contrats où il y a une partie faible à protéger (consommateurs, salariés, assurés) et pour

Rome II, il faut veiller à ce que l'accord procédural soit vraiment voulu par la victime du dommage. Pour le règlement successions (et le règlement régimes matrimoniaux à venir)...il faudrait réfléchir.

Évidemment ceci aboutirait à l'application de lois diverses pas forcément prévues au départ, car différentes de celles désignées par le règlement. Mais si les parties sont d'accord, pourquoi pas ?

La solution serait quand même une solution de conflit unique dans tous les pays de l'UE (sous réserve des cas de coopération renforcée) : normalement loi désignée par le règlement, appliquée d'office par le juge, mais possibilité d'accord procédural dans les conditions et limites fixées par le règlement.

ANNEXE III

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (2011-2012)

Rien de très nouveau n'a été prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme au cours de l'année qui s'est écoulée depuis la dernière réunion du GEDIP. Tous les jugements et décisions de la Cour que j'ai pu trouver se trouvent répertoriés ici ; je me propose d'aborder en séance, brièvement, l'affaire *Granos Organicos Nacionales S.A. c. l'Allemagne* (I. ci-dessous) et, plus longuement, les nombreux arrêts et décisions ayant trait au fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 (III. ci-dessous).

I. – Aménagement de l'accès des étrangers à un tribunal

L'arrêt **Granos Organicos Nacionales S.A. c. Allemagne** (n° 19508/07) du 22 mars 2012 concerne le refus à une société de droit péruvien de l'aide judiciaire pour un procès qu'elle se proposait d'introduire devant le Tribunal régional de Hambourg contre deux sociétés allemandes pour violation d'un contrat de commission, la requérante faisait valoir en Allemagne qu'elle était insolvable et ne pouvait dès lors faire l'avance des frais judiciaires. Le § 116 du Code de procédure civile allemand prévoit que l'aide judiciaire peut être consentie à des personnes morales établies en Allemagne, dans un autre Etat membre de l'Union Européenne ou de l'Espace économique européen. Des personnes morales établies dans un autre Etat sont exclues du bénéfice de l'aide judiciaire à l'exception toutefois des Etats contractants à la Convention de La Haye du 1er mars 1954 relative à la procédure civile ; les sociétés établies dans un Etat contractant bénéficieront du même droit à l'aide judiciaire que les personnes morales de droit allemand (article 20, alinéa 1er de la Convention). Le Pérou n'est pas un Etat contractant à la Convention de La Haye.

A l'appui du refus de l'aide judiciaire, la Cour d'appel de Hambourg décida que le « principe de réciprocité » justifiait le refus de l'aide judiciaire à une société péruvienne, le Code de procédure civile péruvien réservant l'aide judiciaire à des personnes physiques. Sur recours de la société péruvienne devant la Cour européenne des droits de l'homme, fondé sur la méconnaissance de son droit à l'accès effectif à un tribunal (garanti par l'article 6, par. 1er de la Convention), notamment en conjonction avec le principe de non-discrimination garanti par l'article 14 de la Convention, la Cour retient ce qui suit (§57) :

« the Court considers that the Government have submitted relevant reasons for the different treatment of natural and legal persons – in particular the necessity to control the use of public funds for financing litigation by private companies – and between domestic and foreign legal entities, in particular the principle of reciprocity. It follows that there has been no violation of Article 6 § 1 in conjunction with Article 14 of the Convention ».

Est-ce que le « principe de réciprocité » constitue vraiment une justification imparable, le cas échéant même à effet général, d'un traitement inégal des nationaux et des étrangers ? Non ; et la brièveté de la motivation de l'arrêt *Granos Organicos Nacionales S.A.* occulte l'existence de précédents en sens inverse (en particulier, l'arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003, n° 40892/09, § 49 qui retient, en matière d'attribution de prestations de sécurité sociale, que la législation française réservant l'allocation non-contributive pour adultes handicapés aux ressortissants de pays ayant conclu des accords de réciprocité avec la France ne reposait « sur aucune "justification objective et raisonnable" (voir, a contrario, *Moustaquim c. Belgique*, arrêt du 18 février 1991, série A no 193, p. 20, § 49) ¹. Même si, à l'époque des faits, la France n'était pas liée par des accords de réciprocité avec la Côte d'Ivoire, elle s'est engagée, en ratifiant la Convention, à reconnaître "à toute personne relevant de [sa] juridiction", ce qui était sans aucun doute possible le cas du requérant, les droits et libertés définis au titre I de la Convention (*Gaygusuz*, précité, p. 1143, § 51) »).

II. – Reconnaissance de jugements étrangers

a) Décision du 17 avril 2012, **Engin Bozkurt c. Turquie**, n° 40404/06 :

« 35. La Cour relève que le requérant n'a pas demandé l'exequatur du jugement de divorce prononcé en Turquie, procédure de nature à lui permettre d'obtenir l'exécution de cette décision par les autorités russes et ainsi de faire valoir les droits qu'il invoque dans sa requête ».

La décision confirme indirectement que l'exigence d'un exequatur à des fins d'exécution n'est pas incompatible avec le droit à l'efficacité internationale des jugements.

b) Arrêt du 31 juillet 2012, **Sholokhov c. Arménie et Moldavie**, n° 40358/05 : l'arrêt concerne, entre autres, le refus des juridictions arméniennes d'accorder l'exequatur, sur le fondement de la Convention de Minsk, à un jugement moldave. Etant donné que la décision de refus n'était pas motivée, une violation de l'article 6, par. 1er a été constatée. Le seul élément vraiment intéressant est une confirmation de ce que le droit procédural de l'article 6 peut être invoqué pour fonder un droit du requérant à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger :

"66. The Court reiterates that execution of a judgment given by a court is an integral part of the "trial" for the purposes of Article 6 (see *Hornsby v. Greece*, 19 March 1997, § 40, Reports of Judgments and Decisions 1997-II). Besides, where civil rights and obligations are at stake, Article 6 is applicable to the execution of both domestic and foreign final judgments (see *McDonald v. France* (dec.), no.18648/04, 29 April 2008)."

III. – Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants

C'est cette Convention qui a à nouveau donné lieu, au cours de la période d'observation, au contentieux le plus développé. On se rappellera l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (Grande Chambre, 6 juillet 2010, n° 41615/07), premier arrêt de la Cour à sanctionner, pour violation de l'article 8 de la Convention, le respect par un Etat contractant de ses obligations conventionnelles assumées à l'égard d'un autre Etat par application de la Convention de La Haye. Dans cet arrêt, la Cour avait retenu que le fait d'ordonner le retour d'un enfant en Israël, conformément à la Convention de La Haye, n'était en l'espèce pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, et que « quant à la mère [auteur de l'enlèvement], elle subirait une ingérence disproportionnée dans son droit de respect de sa vie familiale si elle était contrainte de rentrer en Israël ». Par ailleurs, une phrase de la motivation énonçait, de manière peu diplomatique, que « si [une mesure de retour] intervient un certain temps après l'enlèvement de l'enfant, cela peut affecter notamment la pertinence en la matière de la Convention de la Haye, que est essentiellement un instrument de nature procédurale, et non un traité relatif à la protection des droits de l'homme, protégeant les individus de manière objective » (§ 145). La Cour n'avait alors pas souhaité examiner dans quelle mesure l'article 13 de la Convention de La Haye elle-même 2 aurait pu permettre de remédier au problème : « la Cour n'a pas pour tâche de se substituer aux autorités compétentes dans l'examen de la question de savoir si l'enfant serait confronté à un risque grave de danger psychique, au sens de l'article 13 de la Convention de La Haye, en cas de retour en Israël » (§ 141).

a) L'arrêt **X c. Lettonie** est tout à fait similaire à l'affaire *Neulinger et Shuruk*. Le résultat a également été le même : violation de la Convention par la Lettonie du fait du renvoi de l'enfant en Australie, les juridictions lettones n'ayant pas examiné la situation de l'enfant et de sa mère avec le soin requis (§ 71, sur la non-prise en considération d'un rapport d'expertise psychologique produit par la mère, et le fait que le tribunal letton n'ait pas décidé d'ordonner d'office une contre-expertise psychologique). Cependant, la motivation formelle de l'arrêt **X c. Lettonie** est plus diplomatique à l'égard de la Convention de La Haye, dans la mesure où elle relève – contrairement à la motivation de l'arrêt *Neulinger et Shuruk* – que l'article 13 (b) de la Convention de La Haye aurait été un moyen à la disposition des autorités lettones pour refuser d'ordonner le retour de l'enfant en Australie.

L'opposition entre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les buts poursuivis par la Convention de La Haye n'en subsiste pas moins. En particulier, le fait d'exiger – comme le fait la Cour – que les autorités de l'Etat requis se livrent à un examen approfondi de la situation de l'enfant avant de faire le cas échéant droit à une demande de retour n'est que difficilement compatible avec l'idée d'efficacité des procédures de retour sur laquelle est fondée la Convention de La Haye 3. Tout ceci explique sans doute que la Grande Chambre de la Cour ait accepté la demande de renvoi de l'affaire **X. c. Lettonie** devant la Grande Chambre. L'affaire sera entendue le 10 octobre 2012 et prononcée quelques mois après – en tout cas avant notre réunion de Lausanne. Elle permettra à la Cour de réexaminer sa jurisprudence, fût-ce pour la confirmer...

b) La même logique que celle de l'arrêt **X. c. Lettonie** a également été appliquée par la Cour dans l'affaire **M.R. et L.R. c. Estonie** (n° 13420/12, décision du 15 mai 2012), affaire dans laquelle il a été décidé qu'en l'espèce la manière de procéder des tribunaux estoniens n'était pas critiquable aux motifs suivants :

"42. The Court notes in this context that the domestic authorities *did not order the second applicant's return to Italy automatically or mechanically after having found that the Hague Convention was applicable*. A hearing was held by the County Court and subsequently the parties were invited to make their submissions in writing on several occasions. The parties were able to adduce evidence and the County Court itself ordered an expert examination of the child and sought additional information from the

Italian authorities. The Court also notes that the second applicant was represented in the proceedings by a State-appointed lawyer and that a representative of the local government of the applicants' place of residence in Estonia was involved in the proceedings. Furthermore, the applicants were able to exercise their right of appeal to the Court of Appeal and to the Supreme Court. Thus, the Court considers that the applicants were able to fully present their case. The fact that several of the first applicant's requests, such as for an additional hearing, the examination of witnesses and a psychiatric expert examination of R., were dismissed, did not render the proceedings unfair. The Court attaches particular importance in this context to the need to conduct the proceedings in question swiftly and to the fact that these proceedings were not meant to determine the merits of the custody issue (Article 19 of the Hague Convention).

43. In respect of the question whether the domestic authorities succeeded in striking a fair balance between the interests at stake bearing in mind the child's best interests as the primary consideration and whether *they conducted an in-depth examination of the entire family situation*, the Court observes that the domestic courts based their decisions on ample evidence adduced by the parties and obtained by the courts themselves. The Court notes that the domestic authorities proceeded from the presumption that pursuant to the rationale of the Hague Convention, the immediate return of the child to her habitual place of residence was in her best interests and it also had a general preventive effect. Therefore, the courts considered that the return of the child could only be refused in exceptional circumstances (compare *Maumousseau and Washington*, cited above, § 73, and *Lipkowsky and McCormack v. Germany* (dec.), no. 26755/10, 18 January 2011, where the Court found that the exceptions for not returning a child under the Hague Convention had to be interpreted strictly)."

Le passage souligné dans le § 42 est particulièrement intéressant dans la perspective d'une future affaire dans le style *Neulinger et Shuruk*, dans laquelle serait en cause le mécanisme prévu par les articles 11, par. 8, 40 et 42 du règlement Bruxelles IIbis.

c) Autre affaire tout à fait similaire à l'affaire *X. c. Lettonie* : l'arrêt du 10 juillet 2012, **B. c. Belgique**, n° 4320/11, qui conclut à la violation de la Convention en cas d'exécution, par les autorités belges, d'un ordre de retour aux Etats-Unis d'Amérique, au motif essentiel suivant : « Selon la Cour, il relevait à l'évidence de la marge d'appréciation de la cour d'appel de ne pas accorder plein crédit aux expertises psychologiques versées au dossier par l'une des parties. Toutefois, elle constate que la cour d'appel [belge] n'a pas cherché à vérifier elle-même, au moyen d'autres expertises qu'elle aurait commanditées et comme le lui recommandait le ministère public, la réalité des risques évoqués dans ces rapports que l'enfant soit exposée à une « situation intolérable ».

D'autres arrêts et décisions en rapport avec la Convention de La Haye existent, mais ils sont moins intéressants, et j'en ferai abstraction.

11 septembre 2012

Patrick Kinsch

1. L'affaire *Moustaquim c. Belgique* retient qu'une différenciation entre ressortissants d'un état membre de la Communauté Economique Européenne et ressortissants d'un état tiers est justifiée en raison de l' « ordre juridique spécifique » crée par le droit communautaire.

2. Selon ce texte, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit « qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ».

3. On peut noter que les juridictions britanniques se sont prononcées à plusieurs reprises contre le maintien de la jurisprudence de la Cour, et pour un retour à l'esprit de la Convention de La Haye dans sa pureté originaires (Cf. *Re E (Children)* [2011] UKSC 27 ; *Re S. (a Child)* [2012] UKSC 10, par.37-38.