

**Vingt-septième réunion
Hambourg, 22-24 septembre 2017**

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

- I. [Refonte des règlements sur le divorce](#)
- II. [L'Union européenne et les règlements et conventions internationales de droit privé](#)
- III. [Actualité du droit de l'Union — La prise en considération des lois de police étrangères – Remarques sur l'arrêt Nikiforidis de la Cour de justice de l'Union européenne](#)
- IV. [Actualité du droit de l'Union — Les règlements sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés](#)
- V. [Actualité du droit de l'Union — Brexit et droit international privé](#)
- VI. [Actualité du droit de l'Union — Statut personnel des migrants](#)
- VII. [Actualité du droit de l'Union — Activités de la Commission](#)
- VIII. [Actualité de la Conférence de La Haye — État d'avancement du projet Jugements](#)
- IX. [Actualité de la Cour européenne des droits de l'homme](#)
- X. [Actualité nationale — La législation italienne relative à l'union civile](#)
- XI. [Actualité nationale — Législation allemande sur le mariage de personnes de même sexe et sur la lutte contre les mariages d'enfants](#)
- XII. [Examen d'opportunité d'un instrument européen sur les droits réels](#)
[Annexe 1](#)
[Annexe 2](#)
[Annexe 3](#)
[Annexe 4](#)
[Annexe 5](#)
[Annexe 6](#)

Lors de sa réunion de Hambourg, le Groupe européen de droit international privé a poursuivi ses travaux concernant d'une part la refonte des règlements Bruxelles *IIbis* et Rome III en matière de divorce et de séparation de corps, et d'autre part les instruments de droit matériel uniforme au regard du droit de l'Union européenne. Des communications de suivi ont été présentées sur le statut personnel des migrants et sur l'incidence du Brexit pour le droit international privé. Par ailleurs, des informations ont porté sur l'actualité du droit de l'Union — en particulier les règlements relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats, ainsi que l'arrêt *Nikiforidis* de la Cour de justice —, de la Conférence de La Haye et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que sur les nouvelles lois allemandes concernant l'ouverture du mariage et le mariage de mineurs, et sur la finalisation de la législation italienne en matière d'union civile. Enfin, le Groupe a entendu une communication introductive sur l'opportunité de règles européennes en matière de droits réels.

Le compte rendu a été réalisé avec la collaboration de Marie Dechamps, assistante à la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain.

I. REFONTE DES RÈGLEMENTS SUR LE DIVORCE

E. Pataut rappelle que c'est lors de la réunion de Florence en 2014 que le Groupe a décidé de travailler sur un projet de refonte des règlements sur le divorce, en commençant par le Bruxelles *IIbis*. Lors de la réunion de Luxembourg en 2015, le domaine d'application des règles européennes et les règles de compétence judiciaire ont fait l'objet d'un premier

examen conduisant à des propositions intermédiaires. En juin 2016, la Commission a publié une proposition de refonte de ce règlement¹. Toutefois, cette proposition ne concerne pas la compétence en matière de divorce mais uniquement la reconnaissance des décisions en matière matrimoniale, outre la matière de la responsabilité parentale et l'enlèvement international d'enfants. Il est donc probable que la Commission renonce à soumettre dans un avenir proche une proposition de modification des règles en matière de divorce.

Certaines orientations générales ont été adoptées par le Groupe en 2015. A. Bonomi a présenté un rapport substantiel sur la refonte des règles de compétence du règlement Bruxelles IIbis relatives au divorce, proposant des modifications qui vont dans le sens de ces premières orientations du Groupe².

Le Groupe s'accordait en 2015 sur deux points. D'abord, le divorce de mariages entre personnes de même sexe devrait être inclus explicitement dans le champ d'application matériel du texte. Ensuite, la liste actuelle des chefs de compétence alternatifs n'est pas convaincante et devrait être remplacée par une forme de hiérarchie en cascade. Il n'y avait cependant pas d'accord sur les modalités de cette hiérarchisation.

Les points encore ouverts à la discussion portent également sur la question des divorces privés. La Cour de justice a été saisie de cette question en matière de loi applicable. Les conclusions de l'Avocat général plaident en faveur d'une exclusion de ces divorces du champ d'application matériel du règlement Rome III³. Les discussions devront également porter sur la place exacte du for de la nationalité et du for exorbitant dans le règlement.

1. Champ d'application matériel

CHAMP D'APPLICATION, RELATION AVEC LE RÈGLEMENT (CE) No 2201/2003, DÉFINITIONS ET APPLICATION UNIVERSELLE

Article premier. Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps, entre époux de même sexe ou de sexe différent.
2. Le présent règlement ne s'applique pas aux questions suivantes, même si elles ne sont soulevées qu'en tant que questions préalables dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps :

- a) la capacité juridique des personnes physiques ;
- b) l'existence, la validité ou la reconnaissance d'un mariage ;
- c) l'annulation d'un mariage [Cette question doit être discutée: elle entre dans le champ d'application de Bruxelles 2] ;
- d) le nom des époux ;
- e) les effets patrimoniaux du mariage ;
- f) la responsabilité parentale ;
- g) les obligations alimentaires ;
- h) les trusts et successions.

¹ Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), COM(2016) 411 final.

² A. BONOMI, « La compétence internationale en matière de divorce : quelques suggestions pour une (improbable) révision du Règlement Bruxelles IIbis », rapport présenté au colloque sur La révision du règlement Bruxelles IIbis, organisé par l'Université de Paris II Panthéon-Assas en mai 2017.

³ Conclusions de l'Avocat général H. Saugmandsgaard présentées le 14 septembre 2017 dans l'affaire C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*.

Au cours de la discussion précédente, le Groupe a ajouté le divorce et la séparation de corps entre époux de même sexe et de sexes différents.

Il conviendrait de préciser dans l'intitulé qu'il couvre aussi la séparation de corps.

Reste la question de savoir si l'annulation du mariage doit rester dans le champ d'application du règlement. En pratique, les litiges portant sur l'annulation des mariages ne sont pas très nombreux mais ils soulèvent des questions spécifiques. Il est rappelé que le règlement Rome III, de son côté, ne couvre pas l'annulation du mariage.

La question est également soulevée de savoir si le règlement devrait contenir une définition du mariage, et s'il faudrait exclure les effets des partenariats enregistrés au cas où le règlement exclurait expressément les effets du mariage. Cependant, il est observé que les partenariats enregistrés soulèvent des litiges ne prenant pas la même forme que les litiges découlant d'un mariage.

Autre encore est la question de l'application de l'instrument au divorce de mariages privés ou religieux, traitée à propos de l'examen de l'article 2*bis*.

- Sur le contentieux de l'annulation du mariage

Plusieurs membres se prononcent en faveur d'une exclusion de l'annulation du mariage du champ d'application du règlement. Les motifs avancés portent notamment sur le fait que l'annulation du mariage touche directement aux conditions de validité du mariage. Cela n'aurait pas de sens de distinguer la question de l'annulation du mariage de la question de sa validité. De fait, le contentieux actuel en matière de formation du mariage porte le plus souvent sur une demande d'annulation et émane, au demeurant, d'une action du ministère public en lien avec la politique migratoire et la problématique du mariage simulé. Enfin, les effets d'une annulation de mariage ne sont pas comparables aux effets d'une dissolution.

Un consensus se dégage pour exclure le contentieux de l'annulation du champ d'application du projet.

- Sur le contentieux entre époux de même sexe

La raison d'être d'une référence expresse à ces divorces et séparation de corps est de mettre fin aux hésitations actuelles liées au champ matériel du règlement Bruxelles II*bis*.

Certains membres se demandent si une mention expresse des époux de même sexe ou de sexe différent ne constitue pas un moyen d'obliger des États qui ne reconnaissent pas les mariages en époux de même sexe à les reconnaître. La question se pose sous l'angle de la compétence directe et sous l'angle de la reconnaissance.

Certains membres soulignent en effet que si le règlement couvre les divorces entre personnes de même sexe et que, par exemple, un juge italien est compétent, cela revient à obliger ce juge à reconnaître un mariage conclu entre personnes de même sexe. En hiérarchisant les chefs de compétence, les époux n'auront en effet pas toujours le choix et seront peut être obligés d'introduire leur litige devant le juge d'un État qui ne reconnaît pas un tel mariage. La prorogation volontaire de compétence pourrait être un moyen pour les époux d'éviter de se rendre devant les juridictions d'un tel État mais il est souligné que certains époux de même sexe pourraient utiliser leur autonomie pour faire pression sur le législateur en forçant un débat au niveau politique et/ou au niveau de la Cour de justice.

De son côté, le règlement 2016/2013 sur les régimes matrimoniaux considère implicitement que le règlement Bruxelles II*bis* couvre le mariage de personnes de même sexe, puisque l'article 9 prévoit un for de substitution si la juridiction saisie « considère que son droit international privé ne reconnaît pas le mariage concerné ». Quant au juge italien, il acceptera

désormais d'appliquer le règlement Bruxelles IIbis en raison de l'extension donnée au règlement Rome III par la nouvelle législation italienne sur l'union civile⁴.

Une solution consiste à traiter le problème en termes de reconnaissance, lors de la configuration des motifs de refus, en particulier le motif de l'ordre public, afin de réserver la faculté pour le juge requis de s'opposer à la reconnaissance si son propre droit ignore l'institution du divorce entre personnes de même sexe, à l'instar de l'article 13 du règlement Rome III.

S'agissant de la formulation d'une disposition respectueuse des personnes transgenres et évitant de catégoriser les individus en fonction du sexe, il est convenu d'utiliser la formule « quel que soit le sexe des époux » plutôt que « de même sexe ou de sexe différent ».

Article 2. — Relation avec les règlements (CE) 2201/2003, 4/2009, 650/2012 et 2016/1103

Le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des règlements (CE) 2201/2003, 4/2009, 650/2012 et 2016/1103.

Cet article vise uniquement à préciser que le présent règlement est applicable sans préjudice des autres règlements. La liste doit comprendre le règlement sur les régimes matrimoniaux et le règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

Article 2bis. — Définitions

"juridiction" : toute autorité judiciaire compétente des États membres exerçant une fonction juridictionnelle en matière de régime matrimonial ainsi que toute autre autorité non judiciaire ou personne exerçant, par délégation ou désignation d'une autorité judiciaire des États membres, des fonctions relevant des compétences des juridictions, telles que prévues au présent règlement.

(Option 1) : supprimer

(option 2) : conserver mais ajouter alors une précision sur les divorces purement privés ou devant une autorité non juridictionnelle comme un notaire. Une telle option supposerait d'ajouter quelque chose aux chapitres suivants, en tout cas sur la circulation internationale.

Deux options sont ouvertes dans le projet : la première propose la suppression pure et simple de la disposition et la seconde, une modification visant à inclure les divorces privés. La première option avait reçu la préférence lors de la discussion précédente.

La seule question qui demeure est celle des divorces privés.

La question est importante dans un contexte où la Cour de justice est interrogée sur les divorces religieux et où l'on assiste à l'émergence de divorces non juridictionnels, selon des modalités variables, tel le divorce devant notaire ou devant l'officier de l'état civil, ou encore le divorce conclu entre parties avec le contreseing d'un avocat et enregistré dans les minutes d'un notaire, voire encore la répudiation traditionnelle de type *talak*. Ces divorces soulèvent la question de leur circulation dans l'Union européenne.

Une option serait d'ajouter une disposition sur les divorces purement privés dans le règlement. Dans ce cas, les juridictions pourraient être définies comme suit :

⁴ Sur cette législation, voy. dans le présent compte-rendu, le point X.

« Juridiction : toute autorité judiciaire compétente des États membres exerçant une fonction juridictionnelle en matière de régime matrimonial ainsi que toute autre autorité non judiciaire ou personne exerçant, par délégation ou désignation d'une autorité judiciaire des États membres, des fonctions relevant des compétences des juridictions, telles que prévues au présent règlement ».

Une autre formulation pourrait être reprise de l'article 3, §2, du règlement sur les régimes matrimoniaux.

Il y a un consensus au sein du Groupe sur le fait que le règlement doit se prononcer sur cette question des divorces non judiciaires et que cette inclusion soulève des questions en termes de compétence directe et de reconnaissance des décisions.

L'inclusion implique que le divorce privé, reçu par une autorité publique, puisse circuler librement, éventuellement sans contrôle du droit applicable. Cela revient aussi à conférer à l'officier public un pouvoir juridictionnel. Or dans la définition proposée dans le projet, il est fait mention de toute autorité non judiciaire ou de personnes exerçant les fonctions relevant des compétences judiciaires.

En termes de compétence, le divorce privé soulève des questions spécifiques. Le notaire n'est pas soumis aux règles de compétence du règlement Bruxelles IIbis. Et les règles nationales de compétence peuvent être lacunaires. Par exemple, la loi française 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice n'exige pas de lien entre les époux et la France pour que ceux-ci actent leur divorce dans un document ensuite consigné par un notaire. De l'avis de nombreux membres, un lien devrait être exigé entre l'acte enregistré et le pays de survenance de cet acte, telle la résidence ou la nationalité d'une partie.

Quant au régime de reconnaissance, diverses approches sont possibles, en tenant compte de celles déjà adoptées par le législateur européen, en particulier par l'article 46 du règlement Bruxelles IIbis opérant une assimilation de l'acte authentique à une décision judiciaire⁵, ou par l'article 58, §3, du règlement sur les régimes matrimoniaux qui, comme le règlement sur les successions, soumet la contestation relative à un acte juridique « consigné dans un acte authentique » au contrôle de la loi applicable en vertu des règles de conflit de lois de ce règlement. Le Groupe convient que l'article 46 actuel du règlement Bruxelles IIbis est insuffisant et qu'il faudrait prévoir une règle propre à la reconnaissance de ces divorces. En effet, le régime du règlement repose sur la suppression du contrôle de la compétence indirecte et sur la facilitation de la reconnaissance des décisions en application du principe de confiance mutuelle. Or ce système n'est possible qu'en raison des règles de compétence directe uniformes. Le système de reconnaissance des divorces privés présuppose donc au moins la mise en place de règles de compétence directe. A défaut, la reconnaissance pourrait être soumise à des conditions spécifiques.

La jurisprudence de la Cour de justice en matière de nom et celle de la CEDH en matière de statut personnel pourraient, selon certains membres, être prises en considération. En vertu de ces jurisprudences, la simple émission d'un certificat qui atteste un statut personnel imposerait la reconnaissance de cet acte dans les autres États membres ou contractants. Cependant, la question du lien entre les époux et le lieu où le document actant le divorce privé est établi donne lieu à discussion. Certains membres soulignent que dans sa jurisprudence en matière de nom, la Cour n'exige pas de tels liens. Pour d'autres, la Cour a

⁵ L'article 46 énonce que « Les actes authentiques reçus et exécutoires dans un État membre ainsi que les accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions ». En France, selon la circulaire relative à la loi sur le divorce privé, le document signé par les parties est un acte authentique au sens de l'article 46 (RCDIP, 2017, 307).

systématiquement sous-entendu qu'un lien caractérisé devait exister, telle la résidence dans l'arrêt *Grunkin-Paul*, voire la nationalité dans l'arrêt *Freitag*⁶.

En conclusion, le Groupe convient de retenir, pour la définition d'une juridiction au sens de l'article 2bis, une formulation inspirée des termes de l'article 3, §2, du règlement sur les régimes matrimoniaux⁷. Cette approche permet de distinguer les divorces privés qui ressemblent à des décisions car ils doivent pouvoir faire l'objet d'un recours et ont une force équivalente aux décisions judiciaires, des autres divorces.

En ce qui concerne la reconnaissance, un accord se dégage en faveur d'un régime de reconnaissance particulier, en privilégiant probablement un régime de contrôle conflictuel inspiré de l'article 58 du règlement sur les régimes matrimoniaux.

2. Article 3 sur la compétence générale

Article 3. — Compétence générale

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

- la résidence habituelle des époux, ou à défaut
- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou à défaut
- la résidence habituelle du défendeur, ou
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux.

Au terme de la discussion précédente, le Groupe était d'accord sur l'idée d'avoir un système de règles de compétence hiérarchisé.

Il y avait un certain consensus pour retenir, par ordre décroissant, la résidence habituelle des époux ou, à défaut, la dernière résidence habituelle si l'un des époux y réside encore ou, à défaut, la résidence habituelle du défendeur. En cas de demande conjointe, les tribunaux de la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux sont compétents. Cependant un désaccord subsistait à propos du critère de la nationalité.

- Sur la demande conjointe

La demande conjointe devrait sortir de l'article 3 et être rapprochée de la disposition portant sur la prorogation volontaire, tout en distinguant l'une de l'autre car elles répondent à des formalités différentes.

Une autre proposition est de placer la demande conjointe en premier dans l'article 3.

En cas de demande conjointe, le critère de la nationalité commune pourrait être admis.

⁶ Aff. C-541/15, 8 juin 2017.

⁷ Selon cette disposition, le terme juridiction vise « toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de régimes matrimoniaux qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle de celle-ci, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent conformément au droit de l'État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions :

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

Les États membres notifient à la Commission les autres autorités et professionnels du droit visés au premier alinéa, conformément à l'article 64 ».

- Sur la hiérarchie des chefs de compétence

Le principe même d'une hiérarchie des chefs de compétence n'est pas remis en cause.

Autre est la question d'une concordance exacte entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative. Pour ce faire, il conviendrait, d'une part, d'évaluer l'incidence d'une prorogation volontaire de juridiction et, d'autre part, d'assurer un ajustement au regard des règles de rattachement, tantôt en fonction de l'échelle des rattachements du règlement Rome III si le présent texte devait ne pas porter sur la loi applicable, tantôt au moment de déterminer les rattachements dans le présent texte.

- Sur le critère de la nationalité

Le rôle de la nationalité est vivement débattu. Trois options sont évoquées : soit maintenir le critère dans les compétences générales, soit utiliser ce critère à titre de compétence résiduelle (art. 7), soit réserver ce critère à la prorogation volontaire de compétence (art. 3bis) et au mécanisme de transfert de compétence (art. 7bis).

Les objections à l'encontre du critère de nationalité parmi les chefs de compétence généraux sont diverses. D'abord, l'observation du contentieux international suggère que le demandeur cherche souvent à exploiter le panel de juridictions compétentes pour attiser les tensions. Ensuite, le juge de la nationalité n'a pas de compétence pour les questions relatives aux enfants, ni aux obligations alimentaires. Il n'est par conséquent pas le meilleur juge pour obtenir un traitement global du contentieux.

En revanche, il est convenu que le critère de nationalité soit pertinent dans l'hypothèse d'un transfert de compétence, par le juge de la résidence vers celui de la nationalité commune, ou dans le cadre d'une prorogation volontaire de compétence, voire encore dans un for résiduel européen (voy. *infra*).

3. Article 3bis sur la prorogation volontaire

Article 3bis. — Prorogation de compétence

Option 1. [Une fois la procédure entamée] les époux peuvent d'un commun accord convenir par écrit que l'un des tribunaux visés à l'article 3 sera exclusivement compétent pour connaître de leur divorce.

Un tel choix peut avoir lieu à tout moment.]

Option 2.

[Une fois la procédure entamée] les époux peuvent d'un commun accord convenir par écrit que le tribunal de la résidence habituelle de l'un d'eux ou de la nationalité de l'un d'eux, sera exclusivement compétent pour connaître de leur divorce. [Un tel choix peut avoir lieu à tout moment].

Au terme de la discussion précédente, les membres étaient favorables à un rôle de l'autonomie de la volonté en matière de divorce. Les modalités à mettre en place soulèvent toutefois deux difficultés : quelle ampleur faut-il donner à l'autonomie de la volonté (limitée ou non) ? Et à quel moment le choix doit-il être formulé ?

L'option 1 vise à permettre une concordance des compétences juridictionnelle et législative.

L'option 2 permet de retrouver le critère de la nationalité qui serait *a priori* exclu des compétences générales.

- *Sur le moment du choix*

Plusieurs membres sont favorables à un choix pouvant être formulé à tout moment. En effet, une fois que la procédure est introduite, il y a déjà un litige entre les époux et il est donc plus difficile de les mettre d'accord.

Si le choix peut être formulé à tout moment, cela inclut également la possibilité de formuler ce choix une fois que la procédure a commencé.

Il y a un consensus sur la possibilité de formuler un choix à tout moment.

- *Sur l'étendue du choix*

Plusieurs membres souhaitent que le choix des époux soit ouvert à la compétence des juridictions de la nationalité d'un des époux et non uniquement de la nationalité commune.

- *Sur le conflit mobile*

La question de l'incidence de l'écoulement du temps est soulevée. Quelle est la validité du choix fait dix ans plus tôt en faveur de la résidence habituelle des époux si, au moment du divorce, aucun des époux n'y réside encore ? L'idée de placer des garde-fous est partagée par plusieurs membres, telle une clause de dureté.

- *Sur une clause de dureté*

L'idée d'inclure une clause de dureté est avancée afin de permettre au juge de ne pas tenir compte de la clause si les éléments de faits ont changé significativement. À titre d'analogie, un tel principe se retrouve en droit matériel comparé des contrats.

L'article 16 du projet prévoit une telle clause à propos du choix de la loi applicable, dans les termes suivants : « À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables [ou déraisonnables] pour l'une ou l'autre des parties ».

Plusieurs membres sont favorables à l'adoption d'une clause similaire. Cependant, celle-ci risque de mener à des discussions longues pour les besoins de la détermination de la compétence. Une autre critique affecte la condition relative à l'information pleine et consciente des parties. Cette formulation laisse en effet entendre qu'on admet a contrario le principe qu'un consentement ait été donné par des parties qui n'ont pas été informées et pleinement conscientes de leur choix.

Il est convenu de retenir une formulation selon laquelle le juge applique la clause si elle « ne produit pas d'effets manifestement déraisonnables » au moment de la procédure.

- *Sur la concordance des compétences juridictionnelle et législative*

Une troisième option consiste à lier la compétence juridictionnelle à la compétence législative en indiquant que les parties peuvent uniquement choisir les juridictions de l'État dont la loi est applicable. Cette option devra cependant se concilier avec la faculté pour les parties de choisir le droit du for en vertu de l'article 15 du projet.

- *Sur les conditions de forme du choix de juridiction*

Le projet devrait conditionner la validité du choix au respect de certaines dispositions formelles visant à garantir le consentement effectif des époux.

Les membres s'accordent sur la condition de la forme écrite mais la question de l'admission d'autres conditions de forme soulève des discussions. Faut-il par exemple admettre une clause conclue par email ? Il y a des réticences à adopter une règle de conflit de lois permettant de désigner le droit applicable à la validité formelle et une volonté à se tourner davantage vers l'établissement d'une règle matérielle.

Il est cependant décidé que le projet n'est pas encore suffisamment mûr pour aborder cette question. Le cas échéant, la disposition régissant les conditions de forme du règlement sur les régimes matrimoniaux pourrait servir d'inspiration.

- *Sur une clause désignant les juridictions d'un État tiers*

Le sort d'une clause prorogeant la compétence de juridictions d'un État tiers devrait être clarifié, même si le texte devrait se contenter de ne viser que la prorogation de compétence de juridictions d'États membres, en raison des difficultés soulevées par une telle clause dans le cadre du règlement Bruxelles Ibis. L'enjeu est de savoir quelle attitude le juge d'un État membre doit adopter lorsqu'il est valablement saisi sur la base des règles de compétence générales du règlement mais que sa saisine méconnaît une clause désignant les tribunaux d'un État tiers.

Une option est de permettre l'effet dérogatoire pour les juridictions d'un État membre d'une clause désignant un États tiers, tout en réservant la possibilité d'invalider cette clause s'il est prévisible qu'elle ne sera pas considérée comme valide devant les juridictions de l'État tiers. Une autre option serait de permettre l'effet dérogatoire sous réserve que le juge constate que le choix des parties est manifestement déraisonnable.

Il est convenu de donner à la préférence à cette seconde option.

- *Sur la comparution volontaire*

Le Groupe convient d'exclure la compétence fondée sur la comparution volontaire du défendeur.

Une telle règle est certes utile dans le cadre du règlement Bruxelles Ibis mais dans le présent contexte, les risques que le défendeur comparaisse sans contester la compétence uniquement en raison de son ignorance sont trop importants.

- *Conclusion intermédiaire sur la prorogation volontaire*

L'article 3bis portera sur la prorogation volontaire de compétence, avec référence à la résidence habituelle ou à la nationalité, et contiendra une clause d'exception.

Un article 3ter portera sur des conditions de forme

Un article 3quater portera sur l'efficacité d'une clause désignant les juridictions d'un État tiers devant les juridictions d'un État membre.

4. Articles 4 et 5

Article 4. — Demande reconventionnelle

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

Article 5. — Conversion de la séparation de corps en divorce

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

Ces articles ne posent pas de problème puisqu'ils sont identiques aux dispositions du règlement Bruxelles IIbis.

5. Articles 6 et 7

Article 6 du règlement Bruxelles IIbis — Il est proposé de supprimer cet article.

Article 7 (option 1) Compétences résiduelles

1. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État.
2. Tout ressortissant d'un État membre qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre État membre peut, comme les nationaux de cet État, y invoquer les règles de compétence applicables dans cet État contre un défendeur qui n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre et qui ou bien n'a pas la nationalité d'un État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'a pas son "domicile" sur le territoire de l'un de ces États membres.

Article 7 (option 2) Compétences résiduelles

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

Les articles 6 et 7 du règlement Bruxelles IIbis consacrent le caractère exclusif du règlement et instaure une compétence résiduelle. Il y a un accord général au sein de l'Union pour admettre que l'on comprend ce que ces articles veulent dire mais qu'ils ne le disent pas bien. Pour simplifier, l'idée est de supprimer l'article 6 et d'ajouter une compétence résiduelle à l'article 7. La difficulté est de déterminer le contenu de cette compétence résiduelle et plus précisément le critère à prendre en compte (nationalité, résidence, liens étroits, privilège lié à la citoyenneté européenne).

Deux options sont reprises dans le projet. La première reprend une disposition similaire à celle de l'article 7 actuel. La seconde consacre la compétence des juridictions de l'État dont l'un des époux a la nationalité ou qui présente un lien étroit avec les époux.

L'option 2 comporte l'avantage d'assurer une certaine cohérence avec les règlements les plus récents, car ceux-ci prévoient tous des règles subsidiaires exhaustives évitant ainsi un renvoi aux règles nationales. Le recours aux règles nationales peut en effet être une source importante de procédures parallèles.

Certains membres proposent de supprimer le terme État membre et d'ajouter que les liens doivent être significativement étroits.

D'autres souhaitent supprimer l'exigence de liens étroits pour différentes raisons. D'abord, si un époux a la nationalité d'un État membre, il doit pouvoir saisir les juridictions de cet État à tout moment, sans devoir justifier de liens étroits avec cet État. Ensuite, ces termes sont trop vagues. Enfin, les liens étroits sous-tendent déjà les règles de compétence générales, il va

donc de soi que cette exigence subsiste dans le cadre d'une compétence subsidiaire. Le texte pourrait préciser que les époux doivent avoir des liens étroits avec l'État dont la juridiction est saisie sur la base de l'article 7, « telle la nationalité ».

Une autre proposition porte sur l'adoption d'une structure similaire à celle du règlement sur les aliments, en adoptant une règle de compétence subsidiaire et un for de nécessité. Pour certains cependant, cette approche néglige la différence d'enjeux entre les deux types de litiges. Les litiges en matière d'obligations alimentaires soulèvent des enjeux financiers alors que les litiges en matière de divorce ont uniquement pour objectif que celui-ci soit prononcé. Les critères peuvent donc être plus larges dans ce dernier cas.

L'idée d'une structure à deux niveaux est soutenue par de nombreux membres. Le for subsidiaire ne serait ouvert qu'aux époux qui n'ont pas fait de choix de juridictions d'un État tiers et qui n'ont pas leur résidence habituelle commune dans un même État tiers. Le for de nécessité serait quant à lui réservé aux époux ne résidant pas dans le même État tiers.

Sur les critères à retenir, la formulation doit éviter toute violation de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le principe de non-discrimination n'admet pas que l'on privilégie un époux sur l'autre en raison de sa nationalité. Par conséquent, il serait dangereux de fonder le critère du for subsidiaire ou du for de nécessité sur la base de la nationalité d'un seul époux. Pour certains, il n'y a pas réellement de discrimination dans le cadre d'une compétence subsidiaire dans la mesure où celle-ci offre une possibilité supplémentaire de saisir les juridictions d'un État membre.

Pour le for de nécessité, la formule suivante, reprise du règlement sur les régimes matrimoniaux, est proposée :

« Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu de l'article [...], les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel, statuer sur le [...] si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible, dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit.

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

La question de la détermination du critère soulève des questions. Certains proposent de prendre la nationalité commune, ce qui a pour avantage d'introduire à nouveau ce facteur qui est exclu des compétences générales.

A l'issue des discussions, un accord existe sur une préférence pour l'option 2. Cette règle serait à deux étages, prévoyant respectivement un for subsidiaire et un for de nécessité, à l'exemple des règlements sur les aliments et les régimes matrimoniaux.

Un désaccord subsiste sur le critère fondant la compétence subsidiaire.

Une première option est de retenir la nationalité commune, sauf en cas de prorogation volontaire de compétence des juridictions d'un État tiers ou si les époux résident dans un État tiers.

Une seconde option serait de retenir le for subsidiaire si les parties ont la nationalité d'États membres même si ces nationalités sont différentes.

6. État provisoire du texte au terme de la discussion

Proposition de refonte des règlements sur le divorce et la séparation de corps

Champ d'application et règles de compétence directe

Chapitre I. Champ d'application[,] [et] définitions [et application universelle]

Article premier. Champ d'application

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

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

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

[Question ouverte : introduire une définition du mariage ?]

Article 2. Relation avec les règlements (CE) 2201/2003, 4/2009, 650/2012 et 2016/1103 et 2016/1104

Le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des règlements (CE) 2201/2003, 4/2009, 650 /2012, 2016/1103 et 2016/1104.

Article 2bis. Définitions

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

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

[Question ouverte : ajouter dans le texte ou dans le préambule : « Le présent règlement est également applicable au divorce ou à la séparation de corps consigné dans un acte authentique. » ?]

CHAPITRE II. RÈGLES DE COMPÉTENCE

Article 3. Compétence générale

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

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

Article 3bis. Prorogation volontaire de compétence

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

Article 3ter. Dérogation volontaire à la compétence

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

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

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

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

[2. Le choix par les parties d'un tribunal d'un État non membre est sans effet lorsque :

- a) *tous les autres éléments du litige sont localisés au moment de ce choix dans un même État membre ; ou*
- b) *le juge saisi estime que la convention produit des effets manifestement déraisonnables à l'égard d'une partie.]*

Article 4. Demande reconventionnelle

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

Article 5. Conversion de la séparation de corps en divorce

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

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

L'article 6 du règlement Bruxelles IIbis est supprimé.

Article 7. Compétence subsidiaire

Option 1 :

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

2. *Toutefois, le juge saisi se dessaisit lorsque :*

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

Option 2 :

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

Option 3 :

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

Article 7bis. For de nécessité

Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 3bis, 4, 5 ou 7, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel, statuer sur le divorce ou la séparation de corps si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible, dans un État tiers avec lequel l'affaire a un lien étroit.

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

II. L'UNION EUROPÉENNE ET LES RÈGLEMENTS ET CONVENTIONS INTERNATIONALES DE DROIT PRIVÉ

J. Basedow présente une refonte de la version soumise lors de la réunion de Milan, dont l'objet est plus large et qu'il accompagne de commentaires explicatifs.

Le droit privé uniforme de l'Union européenne peut prendre deux formes, à savoir les règlements contenant des règles matérielles de droit privé et les conventions internationales auxquelles l'Union européenne est partie. Le projet comprend deux parties, à savoir l'interprétation des instruments (articles 1er à 5) et le comblement des lacunes (articles 6 et 7).

1. Article 1er

Article 1^{er} — Compétence de la Cour de justice

(1) Les règlements ainsi que les conventions internationales de droit privé uniforme qui sont en vigueur pour l'Union européenne font partie intégrale du droit de l'Union; la Cour de justice est compétente pour statuer sur leur interprétation.

(2) Font également partie du droit de l'Union dans un sens matériel les conventions internationales auxquelles les États Membres ont adhéré «dans l'intérêt de l'Union» suite à un acte de celle-ci par lequel ils y sont autorisés; la compétence de la Cour de justice s'étend à l'interprétation, en dehors de l'acte susvisé, à celle de ces conventions elles-mêmes.

Commentaire

Le premier alinéa codifie la jurisprudence de la Cour de justice, voir, par exemple CJUE 10 janvier 2006, aff. C-344/04, *The Queen ex parte IATA c. Department of Transportation*, ECLI:EU:C:2006:10, portant sur la Convention de Montréal de 1999 ; l'arrêt renvoie à une jurisprudence constante, v. cons. 36. Le deuxième alinéa se rapporte aux conventions internationales dont le texte ne permet qu'aux États de devenir des parties contractantes mais dont l'objet tombe entièrement ou partiellement dans le domaine de la compétence législative de l'Union. Un exemple en matière de pollution des mers est fourni par la Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute. L'Union a autorisé les États Membres à la ratifier ou à y adhérer dans l'intérêt de l'Union par la décision du Conseil du 19 septembre 2002 (2002/762/CE) ; à cause de l'affectation du droit de l'Union cette décision prévoit même que les États Membres font des efforts pour terminer les procédures de ratification avant la fin juin 2006. Il s'ensuit que cette Convention fait partie du droit de l'Union entendu dans un sens matériel, tout au moins quant aux dispositions concernant la compétence juridictionnelle ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères. L'interprétation dans les États Membres doit être uniforme, ce qui est assuré par la compétence de la Cour de justice dans la procédure du renvoi préjudiciel.

L'article 1^{er}, alinéa 1, est pratiquement identique à celui de la version précédente. Il confirme la compétence de la Cour de justice pour interpréter ces instruments.

L'alinéa 2 a été ajouté. Il concerne les conventions internationales que les États membres ont ratifiées dans l'intérêt de l'Union européenne. De nombreuses conventions internationales réservent leur ratification ou adhésion aux États, à l'exclusion de l'Union européenne. Lorsqu'une convention porte sur un domaine de compétence exclusive de l'Union, les États membres ne sont pas compétents pour devenir État contractant alors que l'Union européenne ne peut y adhérer puisque l'adhésion est réservée aux États membres. Dans de telles hypothèses, le Conseil « autorise », par voie de décision, les États membres à ratifier la Convention dans l'intérêt de l'Union européenne. Du fait de ces ratifications, le

droit conventionnel fait partie du droit de l'Union, soumis à la compétence d'interprétation de la Cour de justice.

- *Remarques de la rédaction*

Plutôt que de dire « convention en vigueur pour l'Union européenne », il est suggéré d'indiquer « convention à laquelle l'Union européenne est partie ».

Les termes « dans un sens matériel » devraient être supprimés.

Il est suggéré d'ajouter, après le terme « interprétation », les termes « conformément aux dispositions du TFUE ».

Certains membres considèrent que les termes « dans l'intérêt de l'Union » ne sont pas suffisamment clairs.

- *Emplacement de la disposition dans le corps du texte ou dans un préambule*

Plusieurs membres sont d'avis que le premier alinéa a sa place dans un préambule car il ne fait que rappeler ce qui est évident. L'objet de l'article devrait se limiter au deuxième alinéa, propre à la matière du droit privé.

D'autres approuvent le maintien de l'alinéa 1 dans l'article car les considérants ne sont pas nécessairement consultés. Par ailleurs, même s'il se contente de déclarer l'évidence, cet alinéa est le point de départ pour le reste du raisonnement. L'alinéa 2 est également évident mais sa présence dans le texte n'est pas inutile pour autant.

Une position intermédiaire serait de ne mentionner les règlements européens que dans un préambule, et de limiter le projet à l'interprétation des conventions. Cela nécessiterait d'adapter les autres dispositions qui mentionnent les règlements européens.

Un accord se dégage en faveur d'une mention des règlements dans un préambule.

- *Extension du deuxième alinéa*

La question est posée de savoir si le deuxième alinéa pourrait aller plus loin en indiquant que la Cour de justice interprète non seulement les conventions ratifiées dans l'intérêt de l'Union mais également les conventions adoptées antérieurement par les États et dont le contenu relève également de la compétence exclusive de l'Union. C'est le cas notamment de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR). Celle-ci contient des dispositions relevant de la compétence internationale de l'Union mais la Cour de justice a refusé d'interpréter ces dispositions car les États, au moment où ils l'ont ratifiée, ne l'ont pas fait dans l'intérêt de l'Union. Ceci n'empêche pas un examen de sa compatibilité au regard du droit de l'Union. Dans l'intérêt d'une application uniforme, il serait opportun d'étendre la compétence de la Cour de justice à ce type de convention.

- *Étendue du pouvoir de la Cour de justice*

Il est important de clarifier le rôle de la Cour lorsqu'elle interprète une convention de droit uniforme. Dans un sens, les relations « intra-européennes » peuvent apparaître comme présentant une dimension et des problèmes spécifiques dus à l'intégration poussée au sein de l'Union. Les dispositions conventionnelles concernant ces situations pourraient donc s'interpréter en tenant compte de ces spécificités, sans négliger leur origine conventionnelle. Dans un autre sens, la Cour se doit d'assurer que l'Union européenne respecte le droit international sans distinguer les besoins « internes » et les besoins « externes ». Pour certains, il serait dangereux de limiter l'interprétation d'un texte international aux besoins

internes. Il vaut donc mieux opter pour une interprétation prenant en compte la globalité du droit international. Pour autant, une interprétation qui corresponde aux besoins de l'ensemble des États dans le monde est impossible à trouver. Le droit international public doit s'appuyer sur le droit national et ne peut pas toujours être interprété de manière uniforme pour tous les États du monde. Il tient compte à certains moments des particularités nationales.

Les membres conviennent que le préambule devrait rappeler que la Cour de justice ne peut ignorer le droit international public. De même, il devrait préciser que les compétences d'interprétation de la Cour relèvent des conditions de l'article 216 TFUE et que l'Union doit viser à réaliser l'objectif d'uniformisation visé par les conventions en cause.

Le préambule devrait également faire référence à la Convention de Vienne sur l'interprétation des Traités.

2. Article 2

Article 2 — Interprétation autonome des règlements

Une disposition d'un règlement de l'Union européenne qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, doit trouver une interprétation autonome et uniforme, qui doit être recherchée en tenant compte du libellé et du contexte de la disposition ainsi que de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause.

Commentaire

L'article énonce le principe de l'interprétation autonome et uniforme du droit de l'Union européenne reconnu par la jurisprudence constante de la Cour de justice, voir par exemple CJUE 9 mars 2017, aff. C-484/15, *Zulfikarpašić c. Gajer*, ECLI:EU:C:2017:199, point 32, concernant le règlement n° 805/2004 (CE) concernant le titre exécutoire européen pour les créances incontestées; 9 mars 2017, aff. 551/15, *Pula Parking c. Tederahn*, ECLI:EU:C:2017:193, point 42, concernant le règlement Bruxelles I; 13 octobre 2016, aff. 294/15, *Mikolajczyk c. Czarnecka*, ECLI:EU:C:2016:772, point 44, concernant le règlement Bruxelles IIbis; 4 septembre 2014, aff. C-452/13, *Germanwings c. Henning*, ECLI:EU:C:2014:2141, point 16, concernant le règlement n° 261/04 (CE) relatif au droit d'indemnisation en cas de retard important d'un vol. Ce principe s'applique au droit de l'Union en général, y inclus les règlements portant sur le droit privé matériel.

Cette disposition a été ajoutée depuis la réunion de Milan et tend à codifier la jurisprudence européenne. La première partie de la phrase évoque le principe de l'interprétation autonome qui s'applique au droit de l'Union en général et donc également au droit privé. La seconde partie aborde les moyens d'interprétation. Cet article a été rédigé dans l'objectif d'élaborer un texte complet.

Les membres du Groupe sont divisés sur la question de savoir si l'article 2 doit figurer comme tel dans le texte, au motif que celui-ci porte précisément sur des questions d'interprétation, ou si, comme l'alinéa 1 de l'article 1^{er}, il doit faire l'objet d'un considérant dans le préambule puisqu'il ne fait que retranscrire une jurisprudence connue.

Sur la substance, il est relevé que la règle établie se concilie mal avec la jurisprudence *Tessili* relative à la Convention de Bruxelles, puis au règlement Bruxelles I. Les termes « en cas de doute » pourraient éventuellement être ajoutés. Par ailleurs, le terme « exprès » pourrait être ôté.

3. Article 3

Article 3 — Interprétation uniforme des conventions

Pour l'interprétation des conventions internationales de droit uniforme auxquelles l'Union européenne est partie contractante, il sera tenu compte de leur caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application dans les relations internationales avec les autres parties contractantes, soit les États Membres, soit les États tiers.

Commentaire

La disposition suit le libellé ainsi que le sens de l'article 7, al. 1^{er}, de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980 qui a servi de modèle à de nombreuses dispositions contenues dans des conventions internationales de droit uniforme. La précision ajoutée à la fin que le juge doit tenir compte de l'application de la Convention internationale dans les juridictions des autres parties contractantes y inclus celles des États tiers revêt une importance particulière pour l'interprétation des conventions internationales de droit uniforme. Lorsque la Cour de justice est appelée à interpréter une telle convention pour l'espace judiciaire de l'Union, elle doit viser à promouvoir l'uniformité de l'application de celle-ci aussi dans les relations avec les États tiers, ce qui implique la considération de son application dans ces États.

L'article 3 reprend l'article 2 de la version de Milan et applique le principe de l'interprétation uniforme aux conventions internationales de l'Union européenne. Le libellé suit l'article 7, §1, de la CVIM. Il est simplement adapté aux besoins de l'Union dans la mesure où il mentionne que le juge tient compte de ce que la convention internationale soumise à l'interprétation a également vocation à s'appliquer aux États tiers. C'est le cas notamment de la Convention de Montréal. Celle-ci a de nombreuses dispositions similaires avec la Convention de Varsovie qui avaient fait l'objet d'interprétation jurisprudentielle. Si la Cour de justice est appelée à interpréter la Convention de Montréal, elle devrait suivre sa jurisprudence antérieure concernant la Convention de Varsovie. Le but de l'interprétation uniforme ne se rapporte pas seulement aux pays de l'Union européenne mais vise une interprétation universelle.

Il ressort de la discussion que les termes « soit les États Membres, soit les États tiers » doivent être remplacés par « entre parties contractantes, y compris les États tiers ».

4. Article 4

Article 4 — Sens d'un renvoi au droit national

(1) Le renvoi au droit national effectué par la disposition d'une convention internationale de droit privé uniforme doit être interprété, en cas de doute, comme un renvoi à la loi interne du droit désigné.

(2) Le renvoi au droit national effectué par une disposition concernant le droit privé uniforme et contenue dans un règlement de l'Union doit être interprété, en cas de doute, comme incluant les règles de conflit de l'Union ou, à défaut, celles du for.

Commentaire

Les conventions internationales de droit privé uniforme ne renvoient à un droit national qu'exceptionnellement. Un exemple est fourni par l'article 29, al. 1^{er}, de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route de 1956 (CMR). Cette disposition exclut le droit du transporteur routier de se prévaloir de la limitation de responsabilité en cas de dol ou de faute lourde qui « d'après la loi de la juridiction saisie est considérée comme équivalente au dol ». La désignation de « la loi » (et non du « droit ») est généralement interprétée comme exclusion d'un renvoi éventuel par le droit international privé du for. En cas de doute la même solution découle de la nature des conventions

internationales de droit privé uniforme qui sont conclues pour remplacer les règles de conflit de lois et qui de ce fait ne doivent pas créer de nouveaux champs d'application pour celles-ci. Le deuxième alinéa prévoit une solution autre pour les règlements de l'Union qui contiennent des dispositions en matière de droit privé. Ces textes ont souvent un caractère différent. Il y en a beaucoup qui ne touchent au droit privé que par des dispositions marginales et brèves qui complètent une réglementation de droit public plus détaillée. C'est par exemple le cas dans le règlement 1060/2009 sur les agences de notation de crédit qui, dans sa version modifiée, contient une longue liste de sanctions de nature administrative et pénale, ainsi que le droit des émetteurs et investisseurs aux dommages-intérêts, dans l'article 35*bis*. La situation est analogue dans l'article 82 du règlement 2016/679 dit Règlement général sur la protection des données. Les règles matérielles contenues dans ces règlements doivent être complétées par un droit national en de nombreuses situations. Pour les agences de notation de crédit, l'article 35*bis*, al. 4, du règlement 1060/2009 renvoie expressément au « droit national applicable déterminé selon les règles applicables du droit international privé ». Dans l'article 82 du règlement général sur la protection des données manque toute indication quelconque qui pourrait servir de guide. Il y a aussi des règlements qui renvoient au droit national sans préciser celui-ci. Un exemple est fourni par le règlement 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur. L'article 13 prévoit la responsabilité des prestataires de services de confiance en réglant quelques aspects dans les deux premiers alinéas ; l'alinéa 3 dispose ensuite : « Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent conformément aux règles nationales en matière de responsabilité. » Le législateur de l'Union ne clarifie donc pas la nature contractuelle ou non contractuelle de la responsabilité et ne précise pas non plus quel droit national doit régir les relations en question ou comment ce droit doit être identifié. Les exemples montrent que la législation de l'Union est parfois imprégnée par les concepts du droit public : les instances appelées à mettre en œuvre le droit appliquent leur propre droit (*lex fori in foro proprio*). En ajoutant et réglementant des sanctions de droit privé le législateur de l'Union ne tient pas toujours compte du fait qu'en droit privé les juridictions de plusieurs États Membres peuvent être compétentes et que chacune d'elles n'applique pas nécessairement sa propre loi, c'est-à-dire la loi du for. Selon l'article 81, al. 2, lit. c), du Traité, la politique de l'Union poursuit plutôt le but que chaque juridiction compétente applique la même loi nationale. Pour ne pas porter atteinte à ce but le deuxième alinéa de la proposition prévoit donc qu'en cas de doute le renvoi au droit national doit être entendu comme un renvoi aux règles de conflit applicables.

Tant les règlements européens que les conventions internationales contiennent des dispositions renvoyant au droit national. Selon que ce renvoi est formulé dans un règlement ou dans une convention, une solution différente est proposée dans le projet.

Le premier alinéa vise le renvoi au droit national opéré dans une convention internationale. Il est rédigé en conformité avec la pratique de la Conférence de La Haye dans le sens où il exclut que ce renvoi vise le droit international privé.

Le second alinéa porte sur le renvoi au droit national opéré dans un règlement européen. Dans ce cas, ce renvoi vise les règles de droit international privé. Pour justifier cette interprétation, il faut partir du constat que de nombreux actes juridiques de l'Union européenne sont des réglementations de droit public mais qu'il est fréquent qu'ils contiennent l'une ou l'autre disposition de droit privé. Les auteurs de ce type de texte n'ont pas systématiquement conscience des problèmes de conflit de lois qui peuvent alors survenir. En effet, en droit public, les conflits de lois sont inexistantes puisqu'une autorité nationale n'applique au sens strict que son propre droit. Lorsqu'une réglementation européenne de droit public renvoie au droit national pour ce qui est des aspects touchant au droit privé, il faut nécessairement renvoyer aux règles de droit international privé de cet État car les auteurs du texte n'ont sans doute pas pris conscience de ce qu'un conflit de lois

existait. En droit privé, l'État n'applique pas systématiquement son propre droit, contrairement au droit public. Le commentaire de l'article reprend quelques exemples. Le règlement 1060/2009 sur les agences de notation contient un article 35*bis* relatif à la responsabilité civile de ces agences. L'article 35*bis*, alinéa 4, renvoie expressément au « *droit national applicable déterminé selon les règles applicables du droit international privé* ». Le règlement 2016/679 général sur la protection des données, tel que modifié par le règlement 462/2013, contient à l'article 82, §6, une disposition laconique selon laquelle « *Les actions judiciaires engagées pour exercer le droit à obtenir réparation sont intentées devant les juridictions compétentes en vertu du droit de l'État membre visé à l'article 79, paragraphe 2* ». Aux yeux du rapporteur, ce renvoi vise nécessairement les règles de conflit de l'État du for.

- *Remarque rédactionnelle*

Les termes « en cas de doute » sont inscrits pour permettre d'interpréter le renvoi différemment si la convention le précise. Les termes « sauf dispositions contraires » seraient plus adéquats.

- *Sur l'opportunité de cet article*

S'agissant de l'interprétation du droit conventionnel, plusieurs membres n'adhèrent pas au contenu de l'alinéa 1 car il n'existerait aucune présomption selon laquelle le renvoi s'analyse comme désignant le droit matériel du for plutôt que ses règles de conflit de lois. À cet égard, il conviendrait d'avoir égard aux spécificités d'objectifs, de contexte et de structure de chaque instrument conventionnel. Par ailleurs, il convient d'être attentif aux termes exacts utilisés par le texte conventionnel, selon que celui-ci renvoie au droit « de la juridiction », à la « loi interne », indices d'un renvoi vers le droit matériel du for, ou au droit « national », indice d'une simple règle de signalisation renvoyant aux règles de conflit du for.

Pour d'autres au contraire, il est opportun de préciser ce qu'un renvoi implique étant donné que les parties ne pensent pas toujours à renvoyer aux règles de droit international privé, largement méconnues. L'idée est de faciliter la tâche de ces parties et notamment des acteurs du commerce international qui ne saisissent pas toujours les enjeux du droit international privé. Il n'y aurait aucune contradiction entre l'article 3, qui énonce une règle générale, et l'article 4, qui vise une situation spécifique.

Une nouvelle formulation pourrait être examinée, selon laquelle « *lorsqu'une convention internationale inclut une référence au droit national, sans autres précisions, cette référence est présumée se référer [au droit interne][aux règles matérielles] du droit applicable* ». Un certain nombre de membres sont d'accord avec cette formulation mais émettent l'idée d'expliquer le texte grâce aux illustrations contenues dans le commentaire.

S'agissant de l'alinéa 2 relatif aux règlements, la règle de renvoi aux règles de conflit mérite aussi un examen complémentaire, car on ne sait s'il conforte la pratique ou s'il pose une règle nouvelle. À cet égard, les exemples relevés dans le commentaire peuvent aussi bien s'analyser comme l'expression d'une règle générale que comme une règle spéciale dérogeant à une telle règle. Ici aussi, il faut être particulièrement attentif aux critères d'objectifs, contexte et structure de l'instrument, ainsi qu'à la formulation précise de la disposition. Ainsi, pour prendre le cas d'une directive, l'article 13 de la directive 2014/60 sur les biens culturels s'analyse assurément comme une règle de conflit de lois.

5. Article 5

Article 5 — Mécanismes assurant l'interprétation uniforme

Les organisations internationales compétentes à élaborer des conventions internationales de droit privé uniforme sont appelées à établir des mécanismes dont la mission est d'assurer l'application uniforme de ces conventions.

Commentaire

En ce qui concerne le droit de l'Union appliqué par les juridictions des États Membres, la procédure du renvoi préjudiciel prévue par l'article 267 TFUE assure l'interprétation uniforme du droit de l'Union y compris des règlements et des conventions internationales qui sont en vigueur pour l'Union. De tels mécanismes procéduraux font défaut pour les instruments internationaux en dehors de l'Union. Par conséquent, les cours suprêmes des États contractants jugent en dernier ressort sur l'interprétation de ces instruments, ce qui a souvent conduit à des divergences d'interprétation, conséquence incompatible avec l'objectif d'unification du droit. Il serait souhaitable d'établir des juridictions internationales qui assurent l'uniformité de l'application du droit privé uniforme dans les relations avec les États tiers. De telles juridictions existent dans des matières spéciales : on pense par exemple à la Cour AELE pour les pays de l'Association européenne de libre-échange (EFTA) ou au Tribunal international du droit de la mer. Mais il est bien connu que certains États rejettent a priori la soumission à la juridiction d'un tribunal international. La solution doit donc être recherchée dans d'autres mécanismes d'harmonisation jurisprudentielle. Il s'agit là de mécanismes d'échange d'informations portant sur l'application d'une convention dans les États contractants. Ces États devraient en effet accepter l'obligation de fournir des informations concernant l'application d'une convention par leurs juridictions nationales dans une langue qui est officielle pour l'instrument en question. Ces informations peuvent être recueillies par le secrétariat de l'organisation internationale qui a préparé cet instrument ; elles sont rendues accessibles sur le site de cette organisation selon le modèle pratiqué par la CNUDCI en matière de vente internationale de marchandises. Une mesure ultérieure pourrait consister dans le mandat donné à un comité d'experts d'étudier et d'évaluer de temps en temps la jurisprudence ainsi recueillie.

Cet article est nouveau par rapport au projet initial. Il s'agit d'un appel aux organismes internationaux qui élaborent des conventions internationales, pour introduire certains mécanismes visant à assurer leur application uniforme, comme le fait le Benelux.

Il ressort de la discussion que l'article 5 n'est pas suffisamment précis. Son utilité n'est révélée qu'en lisant le commentaire. Le mécanisme administratif et l'échange d'informations sont efficaces en pratique.

Il est suggéré de s'inspirer des mécanismes mis en place dans la Convention Notification de La Haye ainsi que du mécanisme de Lugano.

6. Articles 6 et 7

Article 6 — Principes généraux

(1) Les questions concernant les matières régies par un règlement ou une convention internationale et qui ne sont pas expressément tranchées par le règlement ou par la convention seront réglées selon les principes généraux dont le texte s'inspire.

(2) En énonçant un tel principe la Cour de justice peut disposer qu'il ne s'applique qu'aux espèces futures.

Commentaire

L'article concerne les lacunes qui sont constatées lors l'interprétation d'une disposition. Elles sont définies par le fait qu'une matière est en principe régie par le règlement ou la convention internationale en question mais que l'instrument, bien qu'interprété selon les règles évoquées dans les articles précédents, ne donne pas de réponse à une question spécifique. Selon la disposition de l'article 6, le juge qui se trouve face à une telle « lacune interne » ne devrait pas avoir recours immédiat à un droit national mais rechercher plutôt un principe général dont s'inspire le texte en question. La disposition de l'article 6 suit le modèle de l'article 7, al. 2, de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale marchandises et d'autres conventions internationales, telles les Conventions Unidroit sur affacturage (art. 4) et sur le crédit-bail (art. 6), les deux Conventions conclues à Ottawa en 1988 ou la Convention du Cap de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobile (art. 5). Dans le contexte du droit de l'Union c'est à la Cour de justice d'identifier de tels principes généraux qui sont de nature non écrite. Ceci peut réduire la prévisibilité de la décision judiciaire et par-là mettre en péril la sécurité juridique en certaines matières. D'autres tribunaux supérieurs ont maîtrisé de telles situations en limitant l'effet de leurs décisions aux espèces futures. C'est par exemple le cas aux États-Unis (*Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971) ; *Franklin Mint Corp. v. Trans World Airlines, Inc.*, 693 F.2d 303, 311 (2nd Circ. 1982)), et aussi en Allemagne où la Cour constitutionnelle a imparti un délai au législateur pour mettre en œuvre l'égalité des enfants légitimes et illégitimes imposée par la loi fondamentale (Bundesverfassungsgericht 29 janvier 1969, *Neue Juristische Wochenschrift* 1969, 597). La Cour de justice, elle, a décidé à plusieurs reprises que les effets d'un acte annulé par la Cour peuvent être maintenus pour des motifs ayant trait à la sécurité juridique (CJUE 17 mars 2016, aff. C- 286/14, *Parlement c. Commission*, ECLI:EU:C:2016:183, point 67 ; 8 septembre 2006, aff. C-409/06, *Winner Wetten c. Bürgermeisterin Bergheim*, ECLI:EU:C:2010:503, point 66). S'il y a raison de craindre que la sécurité juridique soit sérieusement réduite par l'application, au comblement d'une lacune, d'un principe général, la Cour devrait limiter la portée de son arrêt aux espèces futures.

Article 7 — Loi applicable

À défaut de principes généraux pertinents les questions dont à l'article 6 sont régies par la loi applicable en vertu des règles de droit international privé de l'Union ou, à défaut, de l'État Membre du for.

Commentaire

En l'absence de droit uniforme les relations régies par le droit privé sont soumises au droit national désigné par les règles de conflit de lois. Cette règle évidente s'applique aussi aux matières qui tombent dans le domaine d'une convention de droit uniforme, mais en sont expressément exclues. Un exemple d'une telle « lacune externe » est la validité d'un contrat de vente internationale de marchandises ou son effet sur la propriété des marchandises vendues, v. l'article 4 de la Convention de Vienne de 1980. L'article 7 de la proposition prévoit que les « lacunes internes » dont question à l'article 6, doivent également être comblées par le droit national applicable, si un principe général de droit qui serait prioritaire selon l'article 6 ne peut pas être identifié. Le droit national applicable est désigné en premier lieu par les nombreuses règles de conflit du droit de l'Union, notamment par les règlements Rome I, II, etc. Leur caractère universel a pour effet qu'une lacune d'un règlement de droit privé uniforme de l'Union doit être comblée éventuellement par le droit d'un État tiers. En l'absence d'une règle de conflit de l'Union, ce sont les règles nationales de conflit de lois du for qui renvoient à la loi applicable.

Les articles 6 et 7 règlent le sort du comblement des lacunes. L'article 6 prévoit un renvoi aux principes généraux dont s'inspire le texte en cause pour combler les lacunes. Cet article

est similaire à l'article 3, §1, du projet présenté à Milan et il suit le modèle de l'article 7, §2, de la CVIM⁸. Les discussions entamées lors de la réunion de Milan ont abouti à la proposition de laisser la possibilité au juge d'énoncer un principe pour les espèces futures tout en l'excluant pour le cas d'espèce lorsqu'il craint que ce principe porte sérieusement atteinte à la sécurité juridique.

Lors de la discussion de l'article 6, il est observé que la formulation s'adresse à la Cour de justice. L'article précise en effet que la Cour peut décider que le dispositif de l'arrêt ne vaut que pour les espèces futures. Étant donné que les autres articles n'utilisent pas ce type de formule, il faudrait parvenir à exprimer cette idée différemment. Il n'y a par ailleurs pas uniquement lieu de viser la Cour de justice. Le juge national pourrait également devoir énoncer de tels principes. Dans ce cas, selon le rapporteur, il conviendrait d'examiner la question de la préservation du droit national de la procédure.

Par ailleurs, les deux paragraphes pourraient être fusionnés, en indiquant dans le paragraphe 1^{er} actuel, juste après le terme « s'inspire », les termes « au besoin uniquement applicables aux espèces futures ».

S'agissant de la distinction entre les espèces futures et le cas d'espèce, il serait utile d'ajouter certaines précisions. Dans le texte même, le terme « espèce future » pourrait être précisé, en indiquant par exemple qu'il s'agit des « cas antérieurs non encore pendants ». Dans le commentaire, la jurisprudence relative à la portée d'un arrêt d'interprétation de la Cour de justice pourrait être évoquée, selon laquelle l'interprétation est rétroactive, à moins que la Cour elle-même en décide autrement, de manière exceptionnelle.

7. Poursuite des travaux

Le Groupe estime avoir à poursuivre les travaux. Un sous-groupe est constitué (M. Fallon, F. Garcimartin et J. Basedow) afin de proposer un texte amendé lors de la prochaine réunion en 2018. Chaque membre peut envoyer ses suggestions d'ici fin novembre à J. Basedow.

III. ACTUALITÉ DU DROIT DE L'UNION — LA PRISE EN CONSIDÉRATION DES LOIS DE POLICE ÉTRANGÈRES – REMARQUES SUR L'ARRÊT *NIKIFORIDIS* DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

C. Kohler voit deux éléments nouveaux dans l'arrêt *Nikiforidis*⁹ à propos de la prise en considération de lois de police étrangères dans le contexte du règlement Rome I. D'une part, la Cour, non sans contradiction, pose en règle une interprétation stricte de l'article 9, §3, en raison de sa nature dérogatoire, et elle permet au juge national de prendre en compte en tant qu'élément de fait toute règle impérative étrangère comme élément d'appréciation exigé par la loi qui régit le contrat. D'autre part, elle se prononce sur la portée de l'obligation générale de coopération loyale de l'article 4, §3, TUE, en ne lui voyant qu'un effet négatif et non l'effet positif qu'aurait pu susciter la crise financière de la Grèce.

Depuis le siècle dernier, le rôle des lois de police étrangères fait l'objet de réflexions approfondies et de nombreuses études dans la doctrine, même si l'importance pratique de la question a pu paraître négligeable. Aussi la réponse de la Convention de Rome de 1980

⁸ L'article 7 de la CVIM précise que « 1) Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international. 2) Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ».

⁹ Arrêt du 18 octobre 2016, aff. C-135/15.

(CR) a-t-elle été saluée par la doctrine plutôt que par les praticiens. En 2003 encore, une étude du Max-Planck-Institut¹⁰ a souligné l'absence de jurisprudence faisant application de l'article 7, §1, de la CR.

Pour rappel le Groupe s'est prononcé, dans sa réaction au livre vert de la Commission sur la transformation de la CR en instrument communautaire, en faveur du maintien d'une disposition analogue à l'article 7, §1, de la CR (tout comme il avait suggéré l'insertion d'une telle disposition dans un acte Rome II). Dans sa réponse, adoptée à la réunion de Vienne de 2003, le Groupe soulignait que :

« Le maintien d'une disposition concernant les lois de police étrangères se justifie non seulement par la grande avancée théorique qu'elle a réalisée, mais aussi parce que l'article 7 a servi de modèle à d'autres instruments communautaires ou internationaux.¹¹ (...) [L]e Groupe n'a pas envisagé d'alternative à la formulation actuelle de l'article 7. Quant à l'alinéa premier (lois de police étrangères), la souplesse du texte actuel permet une adaptation à la variété des situations. En revanche, l'alinéa 2 (lois de police du for) pourrait comprendre certaines conditions qui font actuellement défaut. »¹².

Si la proposition de la Commission pour un règlement Rome I comprenait effectivement une disposition analogue à l'article 7, § 1, de la CR, on sait que l'opposition fondamentale du Royaume-Uni, alimentée notamment par une prise de position catastrophiste du *Financial Markets Law Committee*, a conduit à réduire considérablement l'importance des lois de police étrangères et à limiter la disposition correspondante « aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale », en stipulant qu'il pourra « être donné effet » à de telles lois de police et que, pour décider si effet doit être donné, « il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application » (art. 9, §3, du règlement Rome I).

Dans l'affaire *Nikiforidis*, le renvoi préjudiciel émanant d'une juridiction allemande a posé pour la première fois la problématique des lois de police étrangères visée par l'article 9, par. 3, du règlement Rome I. Rendu dans un contexte caractérisé par les répercussions de la crise liée au financement de la dette publique grecque, l'arrêt de la Cour, tout en mettant l'accent sur le libellé étroit de l'article 9, §3, ouvre une voie parallèle pour prendre en considération les lois de police étrangères en cause. Ce faisant, la Cour refuse d'admettre une incidence quelconque du contexte politique : la crise financière grecque ne justifie pas qu'un autre État membre fasse application, en vertu du principe de coopération loyale consacré à l'article 4, §3, TUE, des lois de police grecques adoptées pour maîtriser la crise mais non couvertes par le libellé de l'article 9, §3. Or tant l'interprétation donnée par la Cour au règlement Rome I que sa position sur l'incidence du principe de coopération loyale soulèvent des interrogations.

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

M. Nikiforidis était employé depuis 1996, en qualité de professeur, au sein d'une école élémentaire située à Nuremberg et gérée par la République hellénique. Sa rémunération était calculée conformément au droit allemand des contrats de travail. À partir du mois d'octobre 2010 et jusqu'au mois de décembre 2012, la République hellénique a réduit la rémunération de M. Nikiforidis suite à l'adoption, par le législateur grec, des lois

¹⁰ *RabelsZ.*, 2004, p. 1 à 118.

¹¹ La réponse se réfère à une disposition similaire pour les contrats d'assurance, puis à la directive sur le détachement des travailleurs et à la protection offerte par la directive sur les agents commerciaux « dont l'arrêt *Ingmar* a souligné l'impérativité »

¹² *Le droit international privé européen en construction. Vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge-Antwerp-Portland 2011, p. 464.

n^{os} 3833/2010 et 3845/2010, lesquelles prévoyaient une réduction de la rémunération des employés des services publics de 15%. Ces lois visaient à mettre en œuvre, d'une part les accords que la République hellénique avait conclus avec la « Troïka », à savoir la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international, d'autre part la décision 2010/320 du Conseil mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures afin de réduire le déficit excessif.

En 2012, M. Nikiforidis introduisit, devant les juridictions du travail allemandes, une action en justice en vue de réclamer la partie de la rémunération qui avait été retenue en vertu des lois grecques précitées. Saisi d'un pourvoi contre la décision de la juridiction d'appel qui avait fait droit à la demande, le Bundesarbeitsgericht (BAG) estimait que, la relation de travail de M. Nikiforidis étant régie par le droit allemand, il était déterminant pour la solution du litige de savoir si les dispositions grecques pouvaient s'appliquer en tant que lois de police. Le BAG faisait remarquer en outre que, au cas où le règlement Rome I ne s'appliquait pas en l'espèce *ratione temporis*, l'article 34 EGBGB¹³ l'autoriserait à prendre en compte les lois de police d'un autre État. S'agissant de l'interprétation du règlement Rome I, le BAG saisit la Cour de plusieurs questions¹⁴ afin de savoir si :

1° l'article 9, §3, du règlement exclut uniquement « l'application directe » des lois de police autres que celles de l'État du for ou de l'État dans lequel le contrat a été ou doit être exécuté, ou s'il exclut aussi « une prise en considération indirecte » en vertu du droit national applicable au contrat, et si

2° le principe de coopération loyale consacré à l'article 4, §3, TUE a une incidence sur la décision des juridictions nationales d'appliquer directement ou indirectement les lois de police d'un autre État membre.

2. Quant à l'interprétation de l'article 9, §3, du règlement Rome I

Selon la Cour, l'énumération de l'article 9 est exhaustive. Il est donc exclu que le juge saisi puisse appliquer, *en tant que règles juridiques*, des lois de police autres que celles visées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 9. En revanche, poursuit la Cour, l'article 9 ne s'oppose pas à ce que de telles lois de police puissent être prises en compte, *en tant qu'élément de fait*, dans la mesure où une règle matérielle du droit applicable au contrat le prévoit : « 52. *En effet, le règlement Rome I harmonise les règles de conflit de lois en ce qui concerne les obligations contractuelles et non les règles matérielles de droit des contrats. Dans la mesure où ces dernières prévoient que le juge du for prenne en compte, comme un élément de fait, une loi de police appartenant à l'ordre juridique d'un État autre que l'État du for ou que l'État d'exécution des prestations contractuelles, l'article 9 dudit règlement ne peut faire obstacle à ce que la juridiction saisie tienne compte de cet élément de fait.*

53. Dans ces conditions, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si les lois n^{os} 3833/2010 et 3845/2010 sont susceptibles d'être prises en compte dans le cadre de l'appréciation des faits de l'espèce pertinents au regard du droit matériel applicable au contrat de travail en cause au principal. »

¹³ Cette disposition reprenait l'article 7, par. 2, de la CR.

¹⁴ Le contrat de travail en question ayant été conclu en 1996, la juridiction de renvoi interrogeait encore la Cour sur le champ d'application temporel du règlement Rome I. La Cour répondit que l'article 28 du règlement doit être interprété en ce sens qu'une relation contractuelle de travail née avant le 17 décembre 2009 ne relève du champ d'application de ce règlement que dans la mesure où cette relation a subi, par l'effet d'un consentement mutuel des parties contractantes qui s'est manifesté à compter de cette date, une modification d'une ampleur telle qu'il doit être considéré qu'un nouveau contrat de travail a été conclu à compter de ladite date, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.

Cette réponse soulève deux interrogations concernant, respectivement, l'interprétation étroite de l'article 9, §3, et la distinction entre l'application des lois de police en tant que règles juridiques et la prise en compte de telles lois en tant qu'élément de fait.

2.1. Sur l'argument d'une interprétation stricte de l'article 9

Pour l'interprétation de l'article 9, §3, la Cour semble utiliser une méthodologie largement acceptée.

D'une part, la Cour qualifie l'article 9 de « mesure dérogatoire » au principe du libre choix par les parties de la loi applicable à leur contrat, ce qui lui permet d'affirmer que cette disposition est « d'interprétation stricte ». À cet égard, la Cour se réfère à l'arrêt *Unamar* de 2013, lequel se prononçait effectivement pour une interprétation stricte de l'article 7, §2, de la CR, mais pour affaiblir aussitôt cette rigueur en laissant au juge saisi l'appréciation du caractère de « loi de police » de la loi nationale qu'il entend substituer à celle choisie par les parties et qui pouvait comprendre également des dispositions qui étendent la protection prévue par une directive européenne. L'arrêt *Nikiforidis* (pt. 42) justifie sa conclusion sur le caractère dérogatoire de l'article 9 par un renvoi aux articles 3 et 8 du règlement pour souligner que « l'autonomie de la volonté des parties au contrat quant au choix de la loi applicable constitue le principe général consacré par le règlement Rome I ».

Or, cette lecture du règlement est incomplète. Cet instrument, à l'instar de la CR, est fondé sur trois principes directeurs dont aucun ne peut prétendre à occuper une priorité au détriment des autres. En effet, outre l'autonomie de la volonté, il faut mentionner le principe de proximité selon lequel, à défaut de choix des parties, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, ainsi que le principe qui accorde aux dispositions impératives de l'État dont la loi est applicable à défaut de choix, d'une part, et aux lois de police de l'État du for et d'autres États, d'autre part, un rôle bien défini qui limite le principe de la loi d'autonomie et même, dans le cas des lois de police, le principe de proximité. En fait, il est permis de dire que la CR et le règlement Rome I ont établi un système dans lequel l'autonomie de la volonté est soumise à un régime de freins et contrepoids (*checks and balances*) constitué par les dispositions impératives de lois présentant un lien particulier avec le contrat en question.

D'autre part, la Cour table sur les travaux préparatoires du règlement Rome I pour montrer que le législateur européen n'a pas voulu reprendre une disposition analogue à celle de l'article 7, §1, de la CR. L'arrêt se réfère à cet égard à un « projet (*sic*) de rapport » du PE qui propose en effet de biffer la disposition correspondante dans la proposition de la Commission en faisant remarquer que plusieurs États contractants de la CR avaient introduit la réserve de ne pas appliquer l'article 7, §1, de la CR, et en faisant état d'une *opinion* selon laquelle la disposition était trop incertaine et ouvrait une marge d'appréciation trop importante, favorisant ainsi les tentatives des parties de se soustraire aux obligations qu'elles avaient souscrites. Or, cette motivation n'a pas été reprise par le rapport définitif de la commission compétente du Parlement qui a été adopté par la plénière. Et ce à juste titre puisque le motif déterminant pour ne pas reprendre l'article 7, §1, de la CR était, on le sait, l'opposition catégorique du Royaume-Uni – alimentée notamment par une prise de position catastrophiste du *Financial Markets Law Committee*. Cet État membre avait pratiquement fait dépendre sa participation au règlement Rome I du fait de renoncer à la disposition proposée et de la remplacer par une disposition codifiant la jurisprudence anglaise sur l'incidence des règles impératives destructives de l'État dans lequel le contrat devait être exécuté. En occultant cet élément crucial de la genèse de l'article 9, §3, du règlement Rome I, le recours de l'arrêt aux travaux préparatoires du règlement perd — pour une part essentielle — sa légitimité.

Il apparaît donc que l'argument tiré des travaux préparatoires n'est pas plus fort que celui tiré du principe de l'interprétation stricte de l'article 9, qui voudrait que cette disposition doit être considérée comme élément perturbateur dont le champ d'application devrait être aussi limité que possible. L'un et l'autre arguments négligent la question de savoir *pourquoi* les lois de police visées aux articles 7 de la CR et 9 du règlement Rome I doivent (ou peuvent) avoir une incidence sur le régime du contrat nonobstant la loi choisie par les parties ou – ce qui est oublié dans l'arrêt *Unamar* tout comme dans l'arrêt *Nikiforidis* – applicable à défaut de choix. Ce « pourquoi », c'est-à-dire la justification de réserver un rôle concret à certaines dispositions impératives d'un État qui n'est pas l'État de la *lex causae* consiste dans le *lien étroit* que le contrat (ou la situation) présente avec l'État d'origine de ces dispositions. Cet élément de proximité était précisé à l'article 7, §1, de la CR (lequel exigeait un « lien étroit de la situation » avec l'État d'origine de la loi de police), et on se souviendra que la Cour, dans son arrêt *Ingmar*, soulignait que la fonction des lois de police en cause, à savoir les dispositions impératives de la directive sur les agents commerciaux, « exige (...) qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un État membre »¹⁵.

S'il est vrai que l'article 9 du règlement Rome I ne répète pas l'exigence d'un lien étroit, cet élément est sous-entendu et, par ailleurs, souligné d'une manière générale au considérant 16 du règlement :

« (16) Afin de contribuer à l'objectif général du présent règlement qu'est la sécurité juridique dans l'espace de justice européen, les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité. Le juge devrait toutefois disposer d'une marge d'appréciation afin de déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation. »

Devant cette toile de fond, il n'est pas convaincant d'accorder un caractère exhaustif à l'énumération, par l'article 9 du règlement, des lois de police auxquelles le juge du for peut donner effet. Il aurait été plus persuasif, et plus conforme à la logique conflictuelle du règlement, de dire que l'article 9 n'exclut pas qu'il puisse « être donné effet » à des lois de police autres que celles désignées notamment au paragraphe 3, lorsque la situation présente un lien étroit avec l'État d'origine des dispositions impératives en question et que la nature et le contenu de ces dispositions le justifie.

2.2. Sur l'emprunt à la notion de prise en considération d'un élément de fait

En estimant que des lois de police exclues du champ d'application de l'article 9, §3, peuvent être prises en compte « en tant qu'élément de fait » dans la mesure où une règle matérielle du droit applicable au contrat le prévoit, la Cour revient précisément à admettre la pertinence d'une appréciation basée sur l'existence d'un lien étroit avec l'État d'origine des dispositions impératives en question. En effet, la prise en compte d'une norme, comme un élément de fait, dans le cadre de la *lex causae* – par exemple lors de l'application de notions générales telles que « les bonnes mœurs » ou « l'ordre public » – n'est qu'une variante de « donner effet » à cette norme. En utilisant ce concept générique, large et indéfini, tant l'article 9, §3, du règlement Rome I que, déjà, l'article 7, §1, de la CR englobent tout procédé par lequel le contenu normatif d'une règle de droit est intégré ou autrement pris en considération dans l'application du droit par le juge du for. Il est indifférent que ce procédé relève du conflit de lois (par le biais d'un « rattachement spécial ») ou du droit matériel (en prenant la norme « en compte » dans le cadre d'une disposition de la *lex causae*), ces deux variantes étant fonctionnellement équivalentes.

¹⁵ Arrêt du 9 novembre 2000, aff. C-381/98, *Ingmar*, n° 34 s.

La distinction, opérée par la Cour, entre l'application des lois de police en tant que règles juridiques et la prise en compte de telles lois en tant qu'élément de fait est donc artificielle et ne trouve pas de fondement dans l'article 9, §3. Aussi l'argument de la Cour selon lequel l'article 9 n'harmonise que les règles de conflit de lois en matière contractuelle et non les règles matérielles de droit des contrats ne résiste pas à l'analyse. Assurément, toute règle de conflit a un impact sur l'application du droit matériel. Le paragraphe 3 de l'article 9 est le meilleur exemple de l'effet harmonisateur indirect qu'une règle de conflit peut exercer par le biais d'une extension du champ d'application des dispositions matérielles : les dispositions en vigueur dans l'État dans lequel le contrat doit être exécuté et qui rendent l'exécution du contrat illégale, l'emportent sur les dispositions de la *lex causae*, c'est-à-dire de n'importe quelle autre loi désignée comme régissant le contrat et considérant l'exécution de celui-ci comme légale.

Le constat que la prise en compte d'une loi de police en tant qu'élément de fait est une manière de « donner effet » à cette norme et est donc directement visée par le paragraphe 3 de l'article 9, conduit à s'interroger davantage sur l'interprétation de la Cour qui confère à cette disposition un effet d'exclusion. Peut-on raisonnablement supposer que le législateur de l'Union a voulu conférer une *exclusivité* à l'effet harmonisateur négatif d'une règle de conflit qui ne vise que des dispositions matérielles d'après lesquelles l'exécution du contrat est illégale, au détriment de la loi normalement applicable selon laquelle l'exécution est légale ? Si l'on répond par l'affirmative à cette question, on n'échappe pas à la conclusion que la « prise en compte » *comme élément de fait* d'une loi de police étrangère n'est qu'un équivalent fonctionnel de l'application de cette loi *comme règle juridique* et doit également tomber sous l'effet d'exclusion en question. Or il est évident que cela ne correspond pas à la vision de la Cour.

De l'avis de certains membres, l'arrêt montre à tout le moins que le compromis politique conclu lors des négociations relatives au règlement sur l'article 9 ne constituait pas un bon point de départ. De nombreux cas attestent d'un lien étroit entre les faits et une règle impérative portant sur un point de droit spécifique. La distinction entre application stricte et prise en considération d'une norme comme élément de fait n'est pas nouvelle, comme en atteste plus généralement la doctrine en dehors du contexte précis de l'article 9.

3. Sur la portée de l'obligation de coopération loyale de l'article 4 TUE

Après avoir expliqué son interprétation de l'article 9, §3, la Cour précise que le principe de coopération loyale consacré à l'article 4, §3, TUE ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion.

« En effet, ce principe n'autorise pas un État membre à contourner les obligations qui lui sont imposées par le droit de l'Union et n'est dès lors pas de nature à permettre à la juridiction de renvoi de faire abstraction du caractère exhaustif de l'énumération des lois de police [à l'article 9] afin de donner effet, en tant que règles juridiques, aux lois de police grecques en cause au principal » (pt. 54).

Ce refus catégorique de reconnaître une quelconque incidence du principe de coopération loyale dans le contexte de l'affaire ne peut que décevoir. Le Bundesarbeitsgericht ne voulait pas « contourner » les obligations imposées par le droit de l'Union mais s'interrogeait au contraire sur la mise en œuvre d'un principe de droit primaire lors de l'application d'un acte de droit dérivé. Il est de jurisprudence constante que le principe de coopération loyale ne s'applique pas seulement dans les rapports « verticaux » entre l'Union et ses États membres mais également dans les rapports « horizontaux » entre États membres. Dans ces derniers rapports, le principe peut se concrétiser dans une obligation de soutien et d'assistance

mutuels (cf. par exemple l'art. 351, §2, TFUE : les EM « se prêtent une assistance mutuelle »¹⁶) lorsqu'il s'agit de faciliter ou de promouvoir l'application et le respect du droit de l'Union par un État membre. Dans la présente affaire, le BAG était prêt à soutenir la Grèce, par la prise en compte des lois de police de 2010, dans l'accomplissement des obligations que lui imposait la décision 2010/320 du Conseil. Rappelons que cette décision obligeait la Grèce – dans le contexte des mesures à prendre pour remédier à la situation de déficit excessif – d'adopter une réforme de sa législation salariale dans le secteur public, et c'est en exécution de cette obligation que les lois de police en question avaient été adoptées. Dans ses conclusions, l'Avocat général souligne que le principe de coopération loyale lie les autorités des États membres dans la seule mesure où elles appliquent le droit de l'Union. Or cette condition est remplie lorsqu'on estime que la prise en compte des lois de police grecques passe par l'application de l'article 9 du règlement Rome I. Si l'on estime en revanche que ces lois ne peuvent être prises en compte que dans le cadre de la *lex causae*, la condition est également remplie : en effet, l'assistance prêtée à un autre État membre sous la forme de l'application ou de la prise en compte d'une loi nationale adoptée *bona fide* par l'État membre concerné afin de s'acquitter d'une obligation imposée par le droit de l'Union, tombe dans le champ d'application du principe de coopération loyale. En fait, le principe de coopération loyale serait vidé de son sens si l'Union qui impose à la Grèce d'adopter des mesures d'austérité, refuse ensuite à un autre État membre de soutenir la Grèce lors de la mise en œuvre des mesures ainsi adoptées. À vrai dire, on s'explique mal l'hésitation, voire la timidité, de la Grande chambre à recourir à ce que l'avocat général Szpunar a qualifié de « un principe organique fondamental du droit de l'Union ».

Il apparaît dès lors que la Cour aurait pu et dû ouvrir le chemin de la coopération loyale. Le soutien fourni au titre de la coopération loyale peut prendre différentes formes. Certes, elle a fermé la voie qui passe par l'application de l'article 9, §3, et qui aurait pu se concrétiser par un rattachement spécial des lois de police grecques. Or, même lorsqu'on souscrit à la construction de la prise en compte de ces lois comme éléments de fait, il aurait été possible pour la Cour de répondre au BAG que cette prise en compte se justifie, voire est requise, en vertu du principe de coopération loyale. En effet, si l'Union n'a pas la compétence de modifier le droit national, les États membres sont tenus d'appliquer ce droit en tenant compte des obligations découlant du droit de l'Union. Somme toute, il est regrettable que la Cour n'ait pas saisi cette occasion pour affiner, soit l'interprétation de l'article 9 du règlement Rome I, soit l'incidence du principe de coopération loyale sur l'application du droit national dans une situation internationale.

Pour certains membres, il est inéquitable que l'Union européenne impose à la Grèce de prendre des mesures et interdise en même temps à un État membre de soutenir la Grèce dans la mise en œuvre de ces mesures. Or, cette affaire offrait une bonne opportunité pour renforcer la base de la coopération loyale, soulignée par l'Avocat général, pour qui l'article 9 ne peut certes obliger les juridictions allemandes à appliquer la législation grecque mais la coopération loyale doit être prise en compte dans l'exercice de la mise en balance des intérêts dans l'application de cet article. L'arrêt innove en mentionnant la coopération loyale de manière négative (pt. 54) : « ce principe n'autorise pas un État membre à contourner les obligations qui lui sont imposées par le droit de l'Union et n'est dès lors pas de nature à permettre à la juridiction de renvoi de faire abstraction du caractère exhaustif de l'énumération des lois de police auxquelles il peut être donné effet, telle qu'elle figure à l'article 9 du règlement Rome I, afin de donner effet, en tant que règles juridiques, aux lois de police grecques en cause au principal (voir, par analogie, arrêt du 23 janvier 2014, Manzi et

¹⁶ Voy. aussi, dans le contexte du règlement 1346/2000 sur l'insolvabilité, l'interprétation de l'article 27, basée sur le principe de coopération loyale exigeant une coordination des procédures (au profit de la procédure principale), par l'arrêt *Bank Handlowy* du 22 novembre 2012, aff. C-116/11.

Compagnia Naviera Orchestra, C-537/11, EU:C:2014:19, point 40) »¹⁷. On notera que la Cour, dans l'arrêt de la Grande chambre du 21 décembre 2016 dans l'affaire AGET *Iraklis* (C-201/15), a admis une réglementation grecque d'encadrement du licenciement collectif de travailleurs, au nom de l'objectif d'économie sociale de marché, et reconnaît la marge d'appréciation de l'État en vue de renforcer la politique de plein emploi, pourvu que la mesure ne confère pas à l'administration un pouvoir discrétionnaire empêchant tout contrôle juridictionnel, comme c'était le cas en l'espèce. La Cour sanctionne ainsi la mesure nationale pour violation du principe de proportionnalité, sans que la situation propre à la Grèce, caractérisée par une crise économique aiguë et un taux de chômage particulièrement élevé, n'ait été de nature à affecter l'interprétation de ce principe.

IV. ACTUALITÉ DU DROIT DE L'UNION — LES RÈGLEMENTS SUR LES RÉGIMES MATRIMONIAUX ET LES EFFETS PATRIMONIAUX DES PARTENARIATS ENREGISTRÉS

M. Bogdan présente les règles de conflit de lois adoptées par les deux règlements adoptés respectivement en matière de régimes matrimoniaux¹⁸ et en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés¹⁹. Ces règlements ne sont pas encore applicables et, basés sur la procédure de coopération renforcée, comptent 18 États participants. Le Royaume-Uni n'y participe pas, de sorte qu'il n'y a pas à s'interroger sur l'effet du Brexit. Ces règlements contiennent des règles très similaires. S'ils ont été scindés, c'est essentiellement pour des raisons politiques, afin de permettre aux personnes liées par un partenariat enregistré d'avoir leur propre règlement.

Le domaine temporel des instruments a été singulièrement retardé, au 29 janvier 2019. Ce retard interpelle puisque les problèmes touchant aux régimes matrimoniaux ou aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés surviennent généralement plusieurs années après la conclusion du mariage ou l'enregistrement du partenariat. Une jurisprudence d'interprétation tardera donc aussi à se développer, ce qui pourrait gêner les praticiens, surtout les notaires, qui y seront confrontés plus rapidement dans le cadre des planifications patrimoniales.

Quant au domaine matériel des instruments, ceux-ci ne couvrent pas la question de la validité du mariage ou du partenariat. Par ailleurs, la qualification des faits au regard de l'une ou de l'autre institution pourra s'avérer malaisée en raison des insuffisances des textes. Or, cette question est importante puisque les deux règlements s'excluent mutuellement.

Le règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés contient une définition du partenariat enregistré. L'article 3, §1, a), le définit comme « *le régime régissant la vie commune de deux personnes prévu par la loi, dont l'enregistrement est obligatoire en vertu de ladite loi et qui répond aux exigences juridiques prévues par ladite loi pour sa création* ». Cette définition surprend dès lors qu'elle est apte en soi à inclure également le mariage, celui-ci étant bien un « régime régissant la vie commune de deux personnes ». En quelque sorte, le mariage apparaît comme une sous-catégorie de partenariat enregistré. Il est donc regrettable que le mariage ne soit pas défini. Tout au plus, le règlement sur les régimes matrimoniaux renvoie, par le biais du considérant 17, au « droit national des États

¹⁷ Pt. 54 de l'arrêt.

¹⁸ Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *J.O.*, L 183, 8 juillet 2016, pp. 1 à 29.

¹⁹ Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *J.O.*, L 183, 8 juillet 2016, pp. 30 à 56.

membres ». Autrement dit, le mariage ne recevra pas une interprétation autonome, au risque de produire des qualifications divergentes. Si deux hommes italiens se marient en Suède, le droit national suédois les considère comme mariés puisque ce droit ne distingue pas les effets d'un mariage hétérosexuel des effets produits par un mariage homosexuel. Par contre, en Italie les règles applicables varient selon que l'union est conclue entre des personnes de même sexe ou de sexe différent. Ce couple est donc soumis au règlement sur les partenariats enregistrés pour le juge italien mais au règlement sur les régimes matrimoniaux pour le juge suédois. Selon un membre, le renvoi vers les règles de conflit plutôt que vers le droit matériel de l'État du for permettrait d'éviter qu'un État lié par le règlement sur le partenariat dont le droit matériel ne connaît pas le mariage homosexuel refuse d'accorder des effets patrimoniaux à ce mariage.

Une autre imprécision concerne la notion de « régime matrimonial ». L'article 3, §1, a), couvre « *l'ensemble des règles relatives aux rapports patrimoniaux entre époux et dans leurs relations avec des tiers, qui résultent du mariage ou de sa dissolution* ». La Cour de justice sera amenée à en préciser le sens à l'occasion d'un renvoi préjudiciel, probablement à la lumière de sa jurisprudence antérieure concernant la Convention de Bruxelles.

L'autonomie de la volonté est consacrée dans les deux textes en des termes restrictifs similaires. Il est probable que les parties n'en fassent pas souvent usage. Pour l'essentiel, l'article 22 de chacun des instruments établit les conditions d'une option de législation en faveur de la résidence habituelle ou de la nationalité d'une des parties au moment de la convention. Certaines divergences méritent toutefois l'attention. En particulier, le règlement sur le partenariat réserve le cas où la loi choisie n'attache pas d'effets patrimoniaux à l'institution, une limitation que ne prévoit pas le règlement sur le régime matrimonial à propos du mariage. Ensuite, ce dernier ne prévoit pas, parmi les éléments du choix, la loi du lieu de célébration du mariage alors que les partenaires peuvent choisir la loi du pays d'enregistrement²⁰. Enfin, aucune disposition ne vise le risque d'une pétrification de la loi choisie dans l'hypothèse où les parties perdent tout lien avec cette loi ultérieurement, mais celles-ci peuvent modifier le choix de loi à tout moment.

La plus grande différence entre les deux règlements réside dans le droit applicable à défaut de choix.

Selon l'article 26 du règlement sur les régimes matrimoniaux²¹, le premier critère de rattachement désigne le droit de la première résidence habituelle commune des époux après

²⁰ Il est vrai que le règlement sur le partenariat retient le critère d'enregistrement comme facteur subsidiaire dans l'échelle du rattachement objectif, alors que le règlement sur le régime matrimonial retient à ce niveau le critère des liens les plus étroits.

²¹ 1. *À défaut de convention sur le choix de la loi applicable conformément à l'article 22, la loi applicable au régime matrimonial est la loi de l'État:*

- a) *de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage; ou, à défaut,*
- b) *de la nationalité commune des époux au moment de la célébration du mariage; ou, à défaut,*
- c) *avec lequel les époux ont ensemble les liens les plus étroits au moment de la célébration du mariage, compte tenu de toutes les circonstances.*

2. *Lorsque les époux ont plus d'une nationalité commune au moment de la célébration du mariage, seuls les points a) et c) du paragraphe 1 s'appliquent.*

3. *À titre exceptionnel et à la demande de l'un des époux, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives au régime matrimonial peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1, point a), régit le régime matrimonial si l'époux qui a fait la demande démontre que:*

- a) *les époux avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période significativement plus longue que dans l'État désigné en vertu du paragraphe 1, point a); et*
- b) *les deux époux s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux.*

La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de la célébration du mariage, à moins que l'un des époux ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de la dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

L'application de la loi de l'autre État ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu du paragraphe 1, point a).

Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque les époux ont conclu une convention matrimoniale avant la date d'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

la célébration du mariage. La disposition instaure ensuite des rattachements en cascade. La définition de la première résidence habituelle commune des époux peut soulever des difficultés pratiques, notamment si les époux n'ont pas résidé ensemble directement après le mariage, pour des raisons professionnelles par exemple. Le considérant 49 précise que le règlement vise la résidence habituelle commune existant « *peu après le mariage* ». Une autre difficulté d'appréciation peut surgir lorsque la première résidence commune a une durée réduite, par exemple une année.

De son côté, l'article 26 du règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés désigne la loi du lieu d'enregistrement²². Plus précisément, il s'agit de la loi selon laquelle le partenariat enregistré « *a été créé* », ce qui désigne la loi du premier enregistrement dans le cas d'enregistrements successifs dans des pays distincts. Cette solution soulève la question de la pertinence de ce critère en cas d'« enregistrement touristique », opéré à l'occasion d'un voyage de courte durée.

V. ACTUALITÉ DU DROIT DE L'UNION — BREXIT ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1. Présentation

F. Pocar présente les travaux du sous-groupe (voy. Annexe 1) concernant l'incidence du Brexit sur le droit international privé de l'Union. Au moment de son élaboration, le sous-groupe ne disposait pas encore d'éléments sur les positions des parties sur lesquels travailler. Il a donc discuté de manière ouverte sur tous les scénarios possibles, tout en privilégiant comme hypothèse de départ une forme de continuité dans les relations entre l'Union européenne et le Royaume-Uni.

Le sous-groupe a mis en avant trois techniques possibles, sans s'attarder sur les conditions du régime transitoire.

La première technique porte sur la transposition de la législation européenne dans le droit national anglais. Cela ne résout pas tous les problèmes. En ce qui concerne les règlements portant sur la loi applicable, la question du sort des interprétations données par la Cour de justice pose problème. Si le Royaume-Uni transpose ces règlements dans son droit national, il peut s'engager par un engagement unilatéral à respecter les interprétations données par la Cour de justice jusqu'à la date de la loi de transposition. Les arrêts interprétatifs rendus par la Cour après cette date peuvent être pris en compte par les juridictions anglaises au titre de « *soft duty* ». Les règlements sur la compétence soulèvent un autre type de difficultés. En matière de reconnaissance des décisions, le Royaume-Uni continuera à reconnaître automatiquement les décisions provenant d'un État membre puisque son droit national

²² 1. À défaut de convention sur le choix de la loi applicable conformément à l'article 22, la loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat enregistré est la loi de l'État selon la loi duquel le partenariat enregistré a été créé.

2. À titre exceptionnel et à la demande de l'un des partenaires, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur des questions relatives aux effets patrimoniaux d'un partenariat enregistré peut décider que la loi d'un État autre que l'État dont la loi est applicable en vertu du paragraphe 1 régit les effets patrimoniaux du partenariat enregistré si la loi de cet autre État attache des effets patrimoniaux à l'institution du partenariat enregistré et si le partenaire qui a fait la demande démontre que:

a) les partenaires avaient leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État pendant une période d'une durée significative; et

b) les deux partenaires s'étaient fondés sur la loi de cet autre État pour organiser ou planifier leurs rapports patrimoniaux.

La loi de cet autre État s'applique à partir de la date de création du partenariat enregistré, à moins que l'un des partenaires ne s'y oppose. Dans ce dernier cas, la loi de cet autre État produit ses effets à partir de la date de l'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

L'application de la loi de l'autre État ne porte pas atteinte aux droits des tiers résultant de la loi applicable en vertu du paragraphe 1.

Le présent paragraphe ne s'applique pas lorsque les partenaires ont passé une convention partenariale avant la date de l'établissement de leur dernière résidence habituelle commune dans cet autre État.

contiendra de telles règles, alors que ce ne sera plus vrai en sens inverse, dans le chef des États membres à propos de décisions rendues au Royaume-Uni : les juridictions des États membres n'appliqueront plus le règlement Bruxelles Ibis pour reconnaître de telles décisions. Un accord de réciprocité devrait donc être établi.

La deuxième technique consiste à adopter un traité bilatéral entre l'Union européenne et le Royaume-Uni garantissant l'application du droit international privé européen, selon la « solution danoise », en ce sens cette technique prend pour modèle l'accord conclu entre l'Union européenne et le Danemark (*J.O.*, 2005, L 299/62).

La troisième technique est l'adoption d'un accord engageant le Royaume-Uni à ratifier des conventions internationale avec l'Union européenne, telle la Convention de Lugano en matière de compétence internationale (« solution Lugano »). La difficulté de cette technique est de déterminer la manière dont seront régis les litiges de droit international privé entre le moment où le Brexit est effectif et le moment où le Royaume-Uni ratifie ces conventions. Tant qu'il est un État membre, il ne peut pas le faire. Une fois qu'il est sorti de l'Union, la procédure de ratification peut prendre un certain temps. Il faut déterminer la manière dont seront régis les litiges internationaux durant cette période intermédiaire. Dans un document récent, le Royaume-Uni a évoqué le modèle Lugano : c'est donc une option envisageable.

2. Discussion

Plusieurs comités d'experts ont été mis en place au Royaume-Uni mais le contenu de leurs rencontres n'est pas connu. Une tendance pourrait viser à maintenir le règlement des litiges en droit international privé tel qu'il existe actuellement, à l'exception de la compétence de la Cour de justice. Il ne serait de toute façon juridiquement pas tenable d'imposer le respect de la jurisprudence de la Cour aux tribunaux anglais. La Cour ne peut qu'interpréter le droit européen auquel ne sera plus soumis le Royaume-Uni. Il semblerait également que les solutions dégagées par ces groupes tendent à une transposition des instruments universels dans le droit anglais en tant que loi nationale. Par contre, en ce qui concerne les règlements sur la compétence, le Royaume-Uni semble plutôt se diriger vers la solution danoise ou vers la solution Lugano.

La discussion fait apparaître la difficulté à établir des scénarios tant que fait défaut la diffusion de conclusions de comité d'experts permettant de connaître l'orientation que suivrait le Royaume-Uni. Sous cette réserve, il semble que l'objectif de ce pays soit de maintenir le mode de solution actuel des litiges de droit international privé, mais la question de la compétence de la Cour de justice reste entière. Il semble difficile d'assurer un respect de la jurisprudence de la Cour par les juridictions du Royaume-Uni en tant qu'État tiers, du moins dans le contexte de la technique de transposition des règlements de conflit de lois en droit national. En revanche, pour les conflits de juridictions, les solutions danoise ou Lugano paraissent envisageables.

La solution danoise soulève également le problème de l'interprétation par la Cour de justice. La volonté du Royaume-Uni de ne plus être soumis à sa compétence est normale. Tout comme le Canada n'accepterait pas qu'un traité conclu avec l'Union européenne soit soumis à l'interprétation de la Cour de justice de l'Union, il est normal que le Royaume-Uni rejette cette possibilité. L'idéal serait d'avoir une juridiction spécifique. Une possibilité serait d'étendre les compétences de la Cour de justice de l'Association européenne du libre échange (EFTA Court) et de permettre ainsi une uniformité d'interprétation entre l'Union européenne et le Royaume-Uni lorsqu'ils appliquent le même texte.

Quant à la solution Lugano, la difficulté est que pour pouvoir ratifier la Convention, l'ensemble des États contractants doivent marquer leur accord, ce qui n'est pas garanti et

peut prendre du temps. Une autre difficulté est que la Convention de Lugano, datée de 2007, n'est que le reflet du règlement Bruxelles I et non de Bruxelles *Ibis*. Par ailleurs, il est incertain si le Royaume-Uni souhaitera reprendre comme tel le contenu de l'instrument européen et renoncer de ce fait, par exemple, à l'utilisation du concept de *forum non conveniens*.

Le Royaume-Uni a également évoqué la possibilité de ratifier la Convention de La Haye de 2005 mais, tout comme pour la Convention de Lugano, il ne peut le faire tant qu'il est considéré comme État membre. D'autres questions concernant d'autres conventions se poseront encore, notamment celle d'une réactivation des anciennes conventions bilatérales du Royaume-Uni avec divers États membres.

La gestion de la période transitoire est importante pour les sociétés qui sont implantées au Royaume-Uni et qui s'interrogent sur le sort qui sera le leur dans quelques années. Elles se demandent si elles doivent quitter le Royaume-Uni et si elles risquent d'être requalifiées en sociétés de droit anglais après le Brexit.

Plusieurs membres du Groupe soulignent l'importance de respecter les attentes des parties en garantissant notamment que toutes les procédures entamées avant le Brexit restent soumises au règlement Bruxelles *Ibis*, reconnaissance et exécution comprises. Le Royaume-Uni semble vouloir limiter l'application des règles de reconnaissance et d'exécution du règlement Bruxelles *Ibis* aux décisions rendues avant le Brexit.

VI. ACTUALITÉ DU DROIT DE L'UNION — STATUT PERSONNEL DES MIGRANTS

1. Statut de la personne sous protection subsidiaire

K. Kreuzer fait rapport sur la situation telle qu'elle prévaut en Allemagne seulement (voy. Annexe 2). Ce pays contient deux catégories de réfugiés : les réfugiés qui bénéficient de la protection subsidiaire et les réfugiés qui sont soumis au statut de la Convention de Genève. A priori, ces deux groupes sont similaires en termes de nombre. De janvier à août, un peu plus de 235.000 personnes ont introduit une demande pour obtenir le statut de réfugié en Allemagne.

La question qui intéresse le droit international privé est de savoir quelle loi appliquer au statut personnel de ces personnes. La Convention de Genève désigne la loi de la nationalité ou, à défaut, la *lex domicilii*, et le règlement européen sur la protection subsidiaire ne contient pas de règles de conflit de lois. Le droit allemand, tout comme d'autres droits nationaux, désigne la loi du pays d'origine de la personne sous protection subsidiaire. D'autres États proposent d'autres critères. La question qui se pose est de savoir s'il serait opportun d'adopter une règle de conflit uniforme. Au niveau universel, l'adoption d'une telle règle est peut-être trop optimiste mais il devrait être possible d'en adopter au niveau européen.

2. Statut du migrant et de l'enfant

F. Jault-Seseke présente deux études menées avec des collègues académiques d'autres États membres sur les interactions entre les règles de droit international privé et les règles du droit des migrations. Ces études ont été menées à la demande du Parlement européen²³. Les études ont été présentées en juin 2017. La première est générale alors que la seconde est spécifiquement dédiée aux enfants (voy. Annexes 3 et 4).

²³ « Study on Private international Law in a Context of Increasing International Mobility : Challenges and Potential » et « Children on the Move : A Private International Law Perspective ».

L'étude générale a d'abord permis de mettre en exergue les problèmes de reconnaissance du statut personnel des migrants ainsi que les attitudes variées des États membres face à l'absence de documents d'état civil fiables. Il faudrait sans doute uniformiser les pratiques entre les États membres. Ce qui pose notamment problème lorsque les documents d'état civil ne sont pas fiables est de parvenir à déterminer l'âge de la personne. La question est importante puisque les règles varient selon que l'on considère la personne comme un enfant ou non. Les mêmes questions se posent pour les mariages privés ainsi que pour les apatrides qui n'ont pas de documents de l'État d'origine. Le second point évoqué dans l'étude générale est celui de l'application de la loi étrangère par les administrations. La question s'est posée de savoir si l'application de la loi étrangère était vraiment réaliste et s'il ne faudrait pas, pour ce motif, privilégier un critère territorial. Une troisième question soulevée par l'étude concerne l'utilité d'adopter des règles européennes sur la reconnaissance du mariage des enfants. Il serait également important de reconnaître l'application de la loi du domicile ou de la résidence habituelle à la personne bénéficiant de la protection subsidiaire pour la détermination des aspects liées à son statut personnel. Cette possibilité implique d'abord de mettre tout le monde d'accord sur une définition du statut personnel et de déterminer si l'application de la loi de la résidence habituelle ou du domicile est impérative ou si le texte devrait ouvrir aux parties une option de législation.

L'étude portant sur les enfants observe que les règles existantes pour assurer l'intérêt général des enfants sont très nombreuses mais qu'elles fonctionnent sans coordination. Une meilleure articulation des règles de droit international privé et de droit des étrangers devrait être envisagée. Une idée émise serait de faire du règlement Bruxelles IIbis le règlement général assurant la protection des enfants et des règles de droit des étrangers, des règles spéciales. Ces règles spéciales prévaudraient sur les règles contenues dans le règlement Bruxelles IIbis en matière d'enfants. Soit un enfant pakistanais vivant en Arabie Saoudite avec ses parents mais sa mère l'enlève et se rend au Royaume-Uni. La mère et l'enfant reçoivent la qualité de réfugiés au Royaume-Uni. Cette qualité de réfugié doit, selon les juridictions anglaises, prévaloir sur la procédure Enlèvement d'enfants.

L'étude insiste également sur la nécessité d'établir une coopération entre les juges et les administrations dans un même État membre et entre les États membres. De plus, la Convention de La Haye sur la protection des enfants de 1996 devrait être utilisée davantage, notamment par une augmentation des ratifications.

Au cours de la discussion, plusieurs membres sont en faveur de règles souples, tant pour le droit applicable que pour la reconnaissance. Dans certains cas, l'application du droit du domicile ou de la résidence habituelle du réfugié se justifie alors que dans d'autres cas, l'application du droit de la nationalité est plus adéquate. Il serait par exemple aberrant d'appliquer le droit du domicile à la reconnaissance de la validité d'un mariage célébré dans l'État d'origine mais dans d'autres domaines, certains réfugiés ne voudront plus être associés à la loi de l'État dont ils ont la nationalité et qu'ils ont fui. L'idée d'avoir une règle de conflit flexible se justifie également dans le cadre de la protection subsidiaire puisqu'il n'est pas impossible que les réfugiés bénéficiant de ce statut retournent dans leur pays d'origine.

Quant à la distinction entre réfugiés et bénéficiaires de la protection subsidiaire, certains membres estiment que l'existence de règles de droit international privé différentes entre ces deux groupes de migrants ne se justifie pas dès lors qu'au niveau du droit substantiel ils sont traités de la même manière. D'autres membres sont moins favorables à l'établissement d'une règle commune dans la mesure où elle risquerait de discriminer un troisième groupe, composé des personnes qui ne sont pas réfugiés sous la Convention de Genève et qui ne bénéficient pas de la protection subsidiaire.

VII. ACTUALITÉ DU DROIT DE L'UNION — ACTIVITÉS DE LA COMMISSION

K. Vandekerckhove présente l'état des travaux de la Commission dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile.

1. Travaux au cours de l'année écoulée

1. Respect de l'État de droit : la Commission a adressé à la Pologne une recommandation concernant l'état de droit le 27 juillet 2016²⁴. La procédure comprend différentes étapes. La troisième étape est actuellement en cours. Il y a notamment des problèmes en Pologne relatifs à l'indépendance des juges. La procédure démontre le peu d'outils dont dispose l'Union européenne pour régler ce type de problème. La Commission a également entamé un dialogue informel avec la Hongrie suite à sa campagne « Stop Brussels ».
2. La nouvelle procédure de règlement des petits litiges est entrée en vigueur l'été dernier et inclut les litiges allant jusqu'à 5000 euros.
3. L'adhésion d'États tiers à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants a donné lieu à plusieurs autorisations adressées à des États membres d'accepter cette adhésion conformément aux dispositions de la Convention.
4. Refonte du règlement Bruxelles IIbis : les négociations sont toujours en cours. Une proposition a été adoptée par la Commission en juin 2016²⁵. Actuellement, le texte est en deuxième lecture.
 - a. Les premiers débats tenus en juin au Conseil ont porté essentiellement sur l'audition de l'enfant. La plupart des États membres acceptent la nécessité d'une règle de droit matériel obligeant le juge à organiser l'audition de l'enfant ; ceci ne revient pas à dire pour autant qu'ils seraient prêts à supprimer ce motif de refus de reconnaissance.
 - b. En ce qui concerne la coopération entre les autorités centrales, il y a un accord sur le fait que ces relations devraient être clarifiées. La Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants sert de source d'inspiration. La question est de savoir si on incorpore les dispositions de cette Convention dans le règlement ou si le règlement renvoie simplement à la Convention.
 - c. Enlèvement d'enfants : peu d'avancées dans ce domaine à ce jour. La mise en place de juridictions spécialisées et la concentration des compétences semblent des points contentieux. Il est convenu de laisser un délai de six semaines entre les instances.
 - d. Divorce : la tendance est à exclure une concentration des compétences.
 - e. Abolition de l'exequatur dans le règlement Bruxelles IIbis : un accord se dégage en vue d'une suppression, dans un système similaire au règlement Bruxelles Ibis.
 - f. Placement de l'enfant : l'idée d'adopter une procédure uniforme sur le type de placement semble acceptée.

²⁴ Commission Recommendation of 27.7.2016 regarding the rule of law in Poland, C(2016) 5703 final.

²⁵ COM(2016) 411 final.

5. Droit matériel de l'insolvabilité : la proposition de directive relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE²⁶ a été présentée en novembre 2016 et la procédure avance bien. Elle établit des standards minima pour les procédures de restructuration préventive ainsi que des mesures favorisant l'effectivité de la procédure d'insolvabilité. Une harmonisation matérielle en ce domaine constitue une innovation et nécessite du temps en raison de la grande disparité des législations nationales. Plusieurs États veulent mettre en place un test de viabilité pour augmenter les chances qu'une procédure réussisse. L'idée d'établir un cadre de restructuration est reçue positivement par les États membres, même par les États dont la législation ne connaît pas ce type de cadre.
6. Droit matériel des contrats relatif au contenu digital : deux propositions ont été introduites par la Commission. Une première proposition concerne certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique²⁷. L'autre proposition porte sur certains aspects des contrats de vente en ligne et de toute autre vente à distance de biens et porte sur les dispositions impératives de l'article 6 du Règlement Rome I²⁸. L'idée actuelle est que la proposition de directive sur la vente en ligne soit étendue aux ventes qui ne sont pas conclues en ligne, considérant qu'il n'est pas nécessaire de disposer de règles distinctes.

2. Travaux futurs

1. Cession de créance : un rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur la question de l'opposabilité d'une cession ou subrogation aux tiers, ainsi que du rang de la créance faisant l'objet de ladite cession ou subrogation par rapport aux droits détenus par d'autres personnes a été adopté en septembre 2016²⁹. La Commission a établi une étude d'impact et une consultation publique. Un groupe d'experts s'est réuni en mars 2017. Trois options ont été envisagées. La première porte sur le droit applicable au contrat de cession lui-même mais cette option a rapidement été écartée. La deuxième consiste à désigner la loi de la résidence habituelle du cédant et la troisième, la loi régissant la créance. L'étude montre une préférence en faveur de l'application du droit de la résidence habituelle du cédant.
2. Administration et obtention de preuves : il est difficile de mobiliser les décideurs sur ce type de sujet. Une consultation publique est envisagée en octobre 2017 ainsi que la mise en place d'un groupe d'experts. Par ailleurs, la Commission négocie encore avec la Suisse, l'Islande, le Danemark et la Norvège afin d'adopter une convention parallèle.
3. Recours collectifs : la Commission avait adopté en 2013 une recommandation³⁰. En juillet 2017, cette recommandation a été évaluée mais la Commission est en attente d'un retour au niveau politique. S'il y a une suite, elle pourrait se limiter au domaine de la consommation.

²⁶ COM(2016) 723 final.

²⁷ COM (2015) 634 final.

²⁸ COM (2015) 635 final.

²⁹ COM(2016) 626 final.

³⁰ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, JO, L 201, 26 juillet 2013, pp. 60 à 65.

4. Vente en ligne : le champ d'application matériel de la directive sur la vente en ligne est encore incertain. Il pourrait s'étendre aux PME.
5. Convention de Lugano : la Suisse ne manifeste pas le souhait d'entamer une refonte de la Convention de 2007.

VIII. ACTUALITÉ DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE — ÉTAT D'AVANCEMENT DU PROJET JUGEMENTS

A. Bonomi présente l'état des travaux concernant le projet Jugements (voy. Annexe 5). Une commission spéciale de la Conférence de La Haye s'est réunie en février 2017 pour avancer dans le projet sur les jugements. Aucune modification substantielle n'a été apportée au projet lors de cette réunion. Deux principes de base méritent l'attention.

D'abord, il ne s'agit pas d'un instrument mixte. Ayant à l'esprit l'échec du projet de 1999, les auteurs du projet de 2017 cherchent à augmenter les chances d'aboutissement des travaux. Pour autant, l'idée d'adopter ultérieurement une convention sur la compétence directe ou sur des matières spéciales ne paraît pas abandonnée.

Ensuite, le projet établit une forme d'harmonisation minimale. La Convention ne fait pas obstacle à la reconnaissance et l'exécution des décisions en application du droit national (art. 17). En effet, les règles fondant la reconnaissance inscrites à l'article 5 sont relativement restrictives, de sorte que les règles nationales seront appelées à s'appliquer dans de nombreux cas.

L'effet d'une telle Convention sur les droits nationaux est mitigé. D'une part, l'adoption d'un instrument global pourrait faire perdre leur utilité aux règles nationales de reconnaissance et d'exécution : certains législateurs pourraient abandonner leurs règles nationales estimant que les règles de la Convention suffisent. D'autre part, d'un point de vue européen, l'adoption de règles uniformes de reconnaissance et d'exécution est utile mais les règles établies par le projet ne facilitent probablement pas suffisamment la reconnaissance et l'exécution des décisions : l'Union pourrait être tentée de conclure des accords bilatéraux avec certains pays tiers, tels l'Australie, le Canada ou le Japon.

Sans bouleverser le projet initial, la présente version apporte certaines nouveautés.

D'abord, une nouvelle base a été adoptée pour permettre la reconnaissance d'un jugement rendu par un tribunal désigné par un accord conclu entre les parties, à l'exception d'un accord exclusif. Selon l'article 5, §1, p), un jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté si « *le jugement a été rendu par un tribunal désigné dans un accord conclu ou documenté par écrit ou par tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement, autre qu'un accord exclusif d'élection de for* ».

Ensuite, l'exclusion de l'article 2, §1, k), portant sur la diffamation a été étendue et exclut également le droit à la vie privée du domaine matériel de la Convention.

Enfin, de nouvelles clauses finales sont introduites, similaires à celles de la Convention de 2005 sur les accords d'élection de for. Elles ouvrent la possibilité de déclarations concernant les systèmes juridiques non unifiés et règlent le champ d'application temporel de la Convention.

La Commission spéciale se rencontrera à nouveau en novembre 2017. Elle s'attachera à la rédaction des clauses générales et finales, et traitera de la propriété intellectuelle. En cas de

finalisation du projet, la conférence diplomatique pourrait être convoquée pour fin 2018 ou début 2019.

Le domaine de la propriété intellectuelle pose encore des difficultés. Certains États veulent exclure ce domaine ou, à tout le moins exclure les questions portant sur la validité et les litiges relatifs aux atteintes à la propriété intellectuelle. La position opposée veut inclure tous les aspects de ce domaine. L'alternative serait d'admettre l'application de la Convention pour les jugements portant sur la validité et relatifs à certaines atteintes tels que les droits d'auteur, à l'exclusion des brevets.

A. Bonomi adhère à l'orientation générale du projet mais celui-ci déçoit à plusieurs niveaux.

Le champ d'application est très limité et les domaines controversés, comme la diffamation, en ont été exclus. Ce sort sera probablement réservé aussi au domaine de la propriété intellectuelle.

Ensuite, la Convention ne traite pas de la compétence directe, ce qui est certes acceptable, mais elle ne contient étonnement aucune règle sur la litispendance.

Enfin, la liste de l'article 5 est trop restrictive, trahissant l'influence du droit des États-Unis. En matière non contractuelle, l'article 5, §1, j), ne tient compte que des jugements rendus dans l'État du lieu du fait générateur, sans considération du lieu où le dommage est survenu³¹. Dans le domaine des contrats, l'article 5, §1, g), tente de combiner l'approche européenne (« *le jugement porte sur une obligation contractuelle et a été rendu dans l'État dans lequel l'obligation a été ou aurait dû être exécutée, conformément : (i) à l'accord des parties ou, (ii) à la loi applicable au contrat, à défaut d'un accord sur le lieu d'exécution* ») et l'approche américaine (« *sauf si les activités du défendeur en relation avec la transaction ne présentaient manifestement pas de lien intentionnel et substantiel avec cet État* »). Cette disposition cumule les problèmes de ces deux approches et elle sera difficile à mettre en œuvre. Par ailleurs, l'article 5, §2, restreint les cas d'application des règles de compétence indirecte à l'égard de décisions opposées à une partie faible.

La discussion fait apparaître la volonté de concilier les approches américaine et européenne. Les États-Unis ont par ailleurs joué un rôle important et restrictif dans l'établissement des règles mais il n'y a aucune garantie qu'ils ratifieront la Convention.

Pour certains membres, les règles de la Convention sont davantage en faveur de l'approche américaine en ce qu'elles ne prévoient aucune règle de compétence directe. Les règles portant sur la responsabilité extracontractuelle traduisent également l'approche américaine.

Pour certains aussi, le projet de 2017 est pire que celui de 1999 car il est plus complexe et plus restrictif dans la liste des chefs de compétence indirecte de l'article 5. L'absence de règle relative à la litispendance est également regrettable car la présence d'une telle disposition dans les anciennes Conventions bilatérales des États de l'Union ont permis à celles-ci de fonctionner. Enfin, la liste d'exclusions du champ d'application matériel est plus longue que celle du projet de 1999.

³¹ Un jugement est susceptible d'être reconnu ou exécuté si l'une des exigences suivantes est satisfaite : « *le jugement porte sur une obligation non contractuelle résultant d'un décès, d'un dommage corporel, d'un dommage subi par un bien corporel ou de la perte d'un bien corporel et l'acte ou l'omission directement à l'origine du dommage a été commis dans l'Etat d'origine, quel que soit le lieu où le dommage est survenu* ».

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

P. Kinsch présente trois arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme rendus pendant la période sous examen mais dépourvus d'avancée majeure pour le droit international privé.

1. Non-reconnaissance de situations constituées à l'étranger : arrêt de la Grande chambre dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017, n° 25358/12

Cette affaire avait déjà été présentée lors de la réunion de Luxembourg en 2015. Au niveau des faits, un couple marié d'Italiens s'était adressé à une agence russe d'organisation de gestations pour autrui pour faire concevoir un enfant avec les gamètes du père d'intention et un ovule donné par une donatrice russe anonyme. Après la naissance de l'enfant, ils ont ramené celui-ci avec eux en Italie et voulu faire transcrire le certificat de naissance russe, selon lequel les requérants sont les parents de l'enfant. Les autorités italiennes réagissent de manière énergique : le tribunal italien fait procéder à un test ADN pour voir si le père d'intention est vraiment le père biologique de l'enfant ; le ministre de l'Intérieur ordonne à l'officier de l'état civil de refuser l'enregistrement de l'acte de naissance ; le test ADN démontre que le requérant a été victime d'une escroquerie de l'agence russe, puisqu'il n'existe aucun lien génétique entre le père d'intention et l'enfant ; en conséquence, le tribunal italien retire l'enfant à ses parents d'intention et le fait placer auprès d'une famille d'accueil. Finalement, l'enfant a été donné en adoption à un autre couple.

Les requérants (les parents d'intention et l'enfant, représenté par les parents d'intention) introduisent un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de leur droit au respect de la vie familiale. La Cour juge que la requête, en tant qu'elle a été introduite au nom de l'enfant, est irrecevable : l'enfant ayant été retiré aux parents d'intention par le tribunal italien, qui a placé l'enfant sous tutelle, « *les requérants ne possèdent pas, d'un point de vue juridique, la qualité nécessaire pour représenter les intérêts du mineur dans le cadre d'une procédure judiciaire* » (§ 49). Néanmoins, la chambre fait droit à la requête introduite en leur propre nom par les requérants (arrêt du 27 janvier 2015) au motif que certes (§ 77) « *En faisant une application stricte du droit national pour déterminer la filiation et en passant outre le statut juridique créé à l'étranger, les juges nationaux n'ont pas pris une décision déraisonnable* », mais que, s'agissant de la procédure administrative, (§ 86) « *la Cour n'est pas convaincue du caractère adéquat des éléments sur lesquels les autorités se sont appuyées pour conclure que l'enfant devait être pris en charge par les services sociaux. Il en découle que les autorités italiennes n'ont pas préservé le juste équilibre devant régner entre les intérêts en jeu* ».

La Grande chambre décide le contraire. Elle confirme que la situation en cause se distingue de la situation dans l'arrêt *Menesson*. Dans le cas d'espèce, les requérants se sont vus nier le droit de représenter l'enfant puisqu'ils ne sont pas les parents biologiques ou adoptifs. Quant à la réaction administrative, elle estime qu'elle était proportionnée aux intérêts en cause. Le droit italien interdit la gestation pour autrui et les requérants ont transgressé cette interdiction. La Cour estime par ailleurs que l'effet sur l'enfant de la décision de retirer celui-ci n'est pas irréparable. Le tribunal des mineurs avait procédé à une appréciation d'ordre psychanalytique des parents en retenant qu'il y avait lieu de craindre que « *l'enfant ne fût un instrument pour réaliser un désir narcissique du couple ou exorciser un problème individuel ou de couple* ». De plus, il a estimé que la conduite des requérants jetait « *une ombre importante sur l'existence de réelles capacités affectives et éducatives et d'un instinct de*

solidarité humaine, qui doivent être présents chez ceux qui désirent intégrer les enfants d'autres personnes dans leur vie comme s'il s'agissait de leurs propres enfants » (§ 207).

Il s'agit donc, de l'avis du rapporteur, d'un arrêt intéressant au niveau humain mais non sur le plan du droit international privé car la question même de la reconnaissance n'a pas été abordée.

La discussion fait apparaître un élément de l'arrêt *Paradiso* intéressant le droit international privé. Selon le § 215 de l'arrêt, « *Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien* ». Il semble donc que l'arrêt donne des clés permettant de s'opposer à une reconnaissance dans une hypothèse relevant de la fraude à la loi, ce qui peut aussi être déduit d'un passage de l'arrêt *Menesson*.

S'agissant d'un revirement possible par rapport à la solution de l'arrêt *Menesson* relevé par une partie de la doctrine, il faut garder à l'esprit que, contrairement à la Cour de justice qui tranche des questions préjudicielles de manière abstraite, la Cour européenne des droits de l'homme tranche des questions de fait et peut traiter des affaires similaires dans des sens divergents.

2. Adoption internationale, mesures de rétorsion d'ordre politique et droit à la non-discrimination en raison de la nationalité : l'arrêt *A.H. et autres c. Russie* du 17 janvier 2017, n° 6033/13 et autres.

Cet arrêt concerne plutôt la condition des étrangers. Ce qui était en cause était le droit à la non-discrimination en raison de la nationalité. Cet arrêt est intéressant car il met en avant les divergences de réactions entre les États par rapport aux problèmes individuels. Dans les faits, plusieurs demandes d'adoption avaient été introduites par des parents américains d'enfants russes. Les autorités russes ont longtemps encouragé l'adoption de ces enfants par des ressortissants d'autres États car il s'agissait d'enfants inadoptables en Russie. Les requérants avaient déjà entamé les premières étapes du processus d'adoption. Ce processus fut interrompu en raison de l'adoption de mesures restrictives, l'équivalent d'un embargo contre l'adoption d'enfants russes par des Américains, parmi les différentes mesures anti-américaines de la loi fédérale n° 272-FZ concernant les « *mesures à l'égard des personnes impliquées dans la violation des droits et libertés fondamentales de l'homme, ainsi que des droits et des libertés de nationaux de la Fédération russe* ». L'arrière-plan de cette mesure était qu'il s'agissait d'une mesure de rétorsion à l'égard des sanctions antérieurement imposées par les États-Unis d'Amérique à l'encontre de hauts fonctionnaires russes soupçonnés d'être responsables du décès en prison de Sergueï Magnitsky, un avocat qui avait rendu publics des faits d'évasion fiscale dans la haute fonction publique russe.

La Cour souligne l'importance du droit en cause et retient que s'il y a un droit à l'adoption dans un État, ce droit doit être consenti à tous de manière non discriminatoire, sous peine de violer l'article 14 de la Convention en combinaison avec l'article 8 dans son volet « *vie privée* ». La Cour estime que la Russie a violé le principe de non-discrimination car les motifs avancés devant elle par l'État défendeur n'étaient pas valables. Un des arguments était la volonté d'encourager l'adoption d'enfants russes par des nationaux. Or, non seulement la raison pour laquelle ces adoptions étaient ouvertes tenait au fait que les enfants concernés étaient inadoptables en Russie, mais surtout, cet argument ne justifie pas que seuls les

Américains soient affectés par cette mesure. Un autre argument avancé par la Russie était de protéger les enfants contre le risque de mauvais traitement par leurs adoptants américains. La Russie fondait cet argument sur le fait qu'un enfant adopté par des Américains était décédé.

La Russie a formulé ces deux arguments mais n'a jamais mentionné de raison politique. L'avis concordant du juge russe est plus éloquent : « *Obviously, the impugned Law was a reaction to the political pressure constantly exercised by the US authorities in relation to Russia since 2002, when the Russian authorities started taking steps to reinforce the independence and sovereignty of the country. Finally, in 2015 Russia was officially declared to be one of the most serious threats (together with ISIS and Ebola) to the USA. The US strategy was implemented through political and economic sanctions, cultural isolation, intensive political propaganda demonising the so-called "political regime" in Russia and establishment of military bases surrounding Russian territory. There is widespread opinion that a political conflict between the USA and Russia existed for a long time. I intentionally use the term "conflict" because I think it is more politically correct for a judicial analysis, although political experts usually talk about "the Cold War" to characterise the nature of these relations. Any political conflict divides people and nations, rather than unites them. Any political conflict is destructive for the rule of law, human rights and democracy, even if the declared purposes of the political pressure are related to the promotion of those values. The truth is that these values can be promoted only in a context of peace and cooperation between governments or non-government organisations. A strategy led by force, however, driven by the idea of the exceptional nature of one nation, or by the idea of "leadership" over all other nations through the application of military power, aimed at securing control over any sovereign decision-making process, inevitably leads to fierce political conflicts which usually arise in the course of a fight for independence and self-determination. Unfortunately, in such an atmosphere, every politically sensitive case against Russia is inevitably considered a part of this political conflict. Law no. 272-FZ is no exception. Even if the ban on adoption were not included in the Law, it would in any event be considered to be the result of political tensions between the USA and Russia. Unfortunately, the applicants and the children fell victim to this political conflict.* »

La Cour n'avait pas à statuer sur le bien-fondé de cette motivation réelle.

Sous l'angle du droit international privé, l'arrêt comporte un enseignement analogue à celui de l'arrêt *Wagner* relatif à la confiance légitime de l'administré, en indiquant qu'en l'espèce, ayant déjà entamé la procédure d'adoption, les requérants ont « raisonnablement pu croire » qu'elle aboutirait.

3. Liberté d'opinion et droit de la nationalité : la décision *Chérif Boudelal c. France*, du 13 juin 2017, n° 14894/14

Le requérant est un ressortissant algérien né en 1945 et résidant à Avignon ; il réside en France depuis 1967. En 2009, il dépose une demande en vue d'obtenir sa réintégration dans la nationalité française. Le ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire rejette cette demande, en considérant que C. Boudelal a des liens étroits avec un mouvement ayant favorisé des actions violentes (collectif « Paix pour la Palestine »). Il est militant pour la Palestine et anti-israélien. Il saisit la Cour car il considère que le rejet de cette demande constitue une violation de sa liberté d'opinion.

La Cour aurait pu examiner la question au fond et dire si ce refus était justifié. Elle a plutôt pris une voie plus contestable et moins transparente, en considérant qu'aucun droit de l'homme n'était impliqué. Il existe un précédent auquel la Cour se réfère, à savoir l'arrêt *Petropavloskis c. Lettonie* du 13 janvier 2015, n°44230/06.

La Cour considère que le droit revendiqué par C. Boudelal est un droit à l'obtention de la nationalité française. Or, il n'y a pas de droit à obtenir une nationalité déterminée et, cette obtention relevant d'un pouvoir discrétionnaire de l'État, la Convention est inapplicable.

Cette affaire rappelle la position similaire prise par la Cour, du temps du Radikalerlass allemand, dans l'arrêt *Glaserapp c. Allemagne* du 28 août 1982, n°9228/80, jugé à un moment où le parti communiste était considéré en Allemagne comme constituant un danger réel à l'ordre constitutionnel allemand. Saisie d'une affaire de refus d'admission d'une sympathisante de ce parti à la fonction publique (en tant que professeur d'éducation artistique), la Cour s'était tirée d'affaire en jugeant que, puisque l'admission à la fonction publique ne faisait pas partie des droits garantis par la Convention, les griefs de Mme. Glaserapp tirés d'une atteinte à sa liberté d'opinion n'étaient pas fondés, faute de toute ingérence dans l'exercice d'un droit garanti par l'article 10 de la Convention. Critiqué à l'époque par un seul des juges dans une opinion dissidente, l'arrêt *Glaserapp* n'en fut pas moins discrètement désavoué dans un arrêt subséquent, intervenu le 26 septembre 1995 (affaire *Vogt c. Allemagne*, n° 17851/91).

Dans la présente affaire, la France a considéré que le fait d'être un militant palestinien radical n'est pas compatible avec la nationalité française, et la Cour a préféré ne pas trancher la question de la compatibilité de cette décision avec le droit à la liberté d'opinion, d'expression et d'association en retenant, de manière similaire à l'arrêt *Glaserapp*, que la Convention ne donne pas le droit d'obtenir une nationalité définie.

Au cours de la discussion, il est relevé que si la France avait ratifié le Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, la Cour aurait pu dire qu'il y avait une discrimination. Par ailleurs, certains voient moins ici la mise en cause de la liberté d'opinion que celle de la loyauté de la personne à l'égard de l'État. L'arrêt permet encore de mettre en avant la relativité des situations car dans d'autres États européens, le fait que le requérant soit un militant pour la Palestine aurait pu être perçu positivement.

Certains saluent le fait que la Cour ait respecté la compétence exclusive des États de choisir à qui ils octroient la nationalité. D'autres ne suivent pas cet argument car ils considèrent que le rôle de la Cour est de protéger les droits de l'homme et non la souveraineté des États. Le fait que le sujet soit politiquement sensible ne libère pas la Cour de son devoir de protection des droits de l'homme.

X. ACTUALITÉ NATIONALE — LA LÉGISLATION ITALIENNE RELATIVE À L'UNION CIVILE

S. Bariatti fait état de la réglementation d'exécution de la loi de 2016, présentée lors de la réunion de Milan, sur les unions civiles et les cohabitations (loi n° 75/2016), insérant dans la loi n° 218/95 (loi de réforme du système italien de droit international privé) une disposition sur la loi applicable aux contrats de cohabitation (art. 30*bis*-1). Cette nouvelle loi imposait au Gouvernement d'adopter, dans les six mois de la date d'entrée en vigueur de la loi, « *un ou plusieurs décrets législatifs en matière d'union civile entre personnes de même sexe en respectant les principes et critères suivants : ... b) modification et réorganisation des règles*

en matière de droit international privé, en prévoyant l'application des dispositions relatives à l'union civile entre personnes de même sexe de la loi italienne aux couples de personnes du même sexe qui ont contracté à l'étranger un mariage, une union civile ou toute autre institution analogue ». Le décret (voy. Annexe 6) a été adopté le 19 janvier 2017 (décret législatif n° 7/2017, portant modifications et réorganisation des dispositions de droit international privé pour régler les unions civiles) et est entré en vigueur le 11 février 2017. Il ajoute quatre nouveaux articles sur plusieurs aspects des unions civiles dans la loi n° 218/95 (arts. 32*bis*, 32*ter*, 32*quater*, 32*quinquies*). Il modifie également la règle concernant les obligations alimentaires (art. 45).

- **Sur la reconnaissance des mariages et des unions civiles étrangères entre personnes de même sexe**

La capacité des parties et les autres conditions pour constituer une union civile sont régies par la loi nationale de chacune des parties au moment de l'acte. Le droit à l'union civile étant un droit fondamental, l'article 32*ter* prévoit que si la loi étrangère applicable n'admet pas l'union civile entre majeurs de même sexe, la loi italienne s'applique.

Le décret établit que les dispositions de l'article 1^{er}, al. 4, de la loi n° 76/2016 sont d'application immédiate (art. 32*ter*.1, dernière phrase). Il s'agit de situations qui empêchent l'union civile selon la loi italienne, à savoir (i) un mariage ou une union civile antérieur, (ii) l'interdiction, (iii) l'existence de rapports de famille et (iv) la condamnation pour homicide ou tentative d'homicide de l'époux ou d'une partie par l'autre. Par conséquent, ces obstacles à la constitution d'une union civile en Italie s'imposent aussi quand la capacité est régie par une loi étrangère.

Deux précisions sont encore utiles. En premier lieu, comme pour le mariage, le futur partenaire d'une union civile originaire d'un autre État doit produire l'autorisation (*nulla osta, certificat de non-empêchement*) prévue à l'article 116, al. 1, du Code civil, qui certifie sa liberté d'état. Si l'autorisation ne peut pas être produite en raison du fait que l'État dont l'étranger est ressortissant ne reconnaît pas l'union civile entre personnes de même sexe ou une institution analogue, l'article 32*ter*.2, 2^e phrase, permet de remplacer l'autorisation par un certificat ou autre document qui atteste la liberté d'état, ou une déclaration de l'intéressé dans en sens (auto-attestation/certificat, selon le décret n° 445/2000 sur la documentation administrative). En second lieu, l'art. 32*ter*.2, dernière phrase, confirme que la liberté d'état peut résulter d'un jugement italien ou d'un jugement étranger reconnu en Italie et passé en force de chose jugée.

En ce qui concerne les conditions de forme de l'union civile, les critères de rattachement sont identiques à ceux qui s'appliquent au mariage, à savoir le lieu de la constitution, la nationalité d'une des parties ou leur résidence commune au moment de la constitution de l'union civile.

En bref, la faveur à la constitution de l'union civile s'exprime par la soumission de fait de l'admissibilité et de l'empêchement à la loi italienne, et des conditions de forme à un rattachement alternatif.

Certains membres observent que la disposition permettant d'écarter l'application du droit de la nationalité lorsque celui-ci ne permet pas l'union entre personne de même sexe est similaire aux dispositions adoptées en droit belge et en droit français.

- **Sur la constitution de l'union civile**

La capacité des parties et les autres conditions pour constituer une union civile sont régies par la loi nationale de chacune des parties au moment de l'acte. Le droit à l'union civile étant un droit fondamental, l'article 32^{ter} prévoit que si la loi étrangère applicable n'admet pas l'union civile entre majeurs de même sexe, la loi italienne s'applique.

Le décret établit que les dispositions de l'article 1^{er}, al. 4, de la loi n° 76/2016 sont d'application immédiate (art. 32^{ter}.1, dernière phrase). Il s'agit de situations qui empêchent l'union civile selon la loi italienne, à savoir (i) un mariage ou une union civile antérieure, (ii) l'interdiction, (iii) l'existence de rapports de famille et (iv) la condamnation pour homicide ou tentative d'homicide de l'époux ou d'une partie par l'autre. Par conséquent, ces obstacles à la constitution d'une union civile en Italie s'imposent aussi quand la capacité est régie par une loi étrangère.

Deux précisions sont encore utiles. En premier lieu, comme pour le mariage, le futur partenaire d'une union civile originaire d'un autre État doit produire l'autorisation (*nulla osta, certificat de non-empêchement*) prévue à l'article 116, al. 1, du Code civil, qui certifie sa liberté d'état. Si l'autorisation ne peut pas être produite en raison du fait que l'État dont l'étranger est ressortissant ne reconnaît pas l'union civile entre personnes de même sexe ou une institution analogue, l'article 32^{ter}.2, 2^e phrase, permet de remplacer l'autorisation par un certificat ou autre document qui atteste la liberté d'état, ou une déclaration de l'intéressé dans ce sens (auto-attestation/certificat, selon le décret n° 445/2000 sur la documentation administrative). En second lieu, l'art. 32^{ter}.2, dernière phrase, confirme que la liberté d'état peut résulter d'un jugement italien ou d'un jugement étranger reconnu en Italie et passé en force de chose jugée.

En ce qui concerne les conditions de forme de l'union civile, les critères de rattachement sont identiques à ceux qui s'appliquent au mariage, à savoir le lieu de la constitution, la nationalité d'une des parties ou leur résidence commune au moment de la constitution de l'union civile.

En bref, la faveur à la constitution de l'union civile s'exprime par la soumission de fait de l'admissibilité et de l'empêchement à la loi italienne, et des conditions de forme à un rattachement alternatif.

Certains membres observent que la disposition permettant d'écarter l'application du droit de la nationalité lorsque celui-ci ne permet pas l'union entre personnes de même sexe est similaire aux dispositions adoptées en droit belge et en droit français.

- **Sur les effets personnels et les effets patrimoniaux**

En ce qui concerne les rapports personnels et les effets patrimoniaux de l'union civile, la solution adoptée diffère partiellement de celle du mariage et est en ligne avec la tendance européenne à privilégier le rattachement territorial. La volonté des parties peut jouer un rôle, bien que limité.

En l'absence de choix des parties, la loi applicable est celle du pays devant les autorités duquel l'union a été constituée.

S'agissant de la volonté des parties, deux points méritent l'attention. D'abord, la loi réserve la possibilité à une des parties de demander au juge l'application de la loi de l'État dans lequel est localisée la vie commune — ce qui, pour certains, apparaît comme une forme de clause

d'exception. Il est étonnant que la volonté d'une seule partie seulement soit requise. D'autre part, les parties peuvent choisir la loi de l'État dont l'une a la nationalité ou dans lequel l'une au moins réside. Il est étonnant que la loi du lieu de la constitution de l'union civile ne soit pas reprise dans la liste des choix.

Le fait qu'une seule partie puisse demander au juge l'application du droit de la résidence habituelle peut surprendre. Certains membres voient la raison d'être de cette possibilité dans le fait que l'union a pu être enregistrée à l'étranger avant l'entrée en vigueur de la loi italienne, ce qui revient à appliquer la loi du pays de la célébration. Au demeurant, l'invocation de la loi de la résidence permet d'appliquer une loi de proximité.

La validité du choix, la possibilité de modifier le choix et l'opposabilité de ce choix aux tiers sont régis par analogie par l'article 30 de la loi n° 218/95.

- **Sur les obligations alimentaires**

Le décret renvoie au règlement 4/2009, qui lui-même renvoie au Protocole de la Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. Cette modification est une bonne chose car elle remplace un renvoi à la Convention de La Haye de 1973.

- **Sur la dissolution et l'annulation**

En ce qui concerne la dissolution, la nullité ou l'annulation de l'union civile, les solutions retenues sont les mêmes qu'en matière de séparation, de dissolution ou d'annulation du mariage, avec quelques précisions.

Pour la compétence judiciaire, l'art. 32^{quater} renvoie aux articles 3 et 9 de la loi n° 218/95 et ajoute deux critères de compétence directe. Selon l'art. 3 de la loi n° 218/95, le juge italien est compétent lorsque le défendeur est domicilié ou réside en Italie ou a, en Italie, un représentant autorisé aux termes de l'article 77 du Code de procédure civile (al. 1), ou lorsque les règles de compétence interne permettent de fonder la compétence du juge (al. 2). Aux termes de l'article 9 de la loi n° 218/95, qui détermine la juridiction non contentieuse, le juge italien est compétent lorsque la demande concerne un citoyen italien ou une personne résidant en Italie ou encore si elle concerne une situation ou un rapport soumis à la loi italienne. Outre ces critères généraux, le décret étend la compétence des juridictions italiennes aux unions civiles dont l'une des parties est citoyen italien ou lorsque l'union a été constituée en Italie.

La loi applicable est déterminée conformément au règlement 1259/2010 (Rome III).

Ce régime confirme le byzantinisme du législateur italien : d'un côté l'union civile reçoit une qualification distincte du mariage, de l'autre côté elle est soumise - au moins partiellement - aux mêmes dispositions que le mariage.

XI. ACTUALITÉ NATIONALE — LÉGISLATION ALLEMANDE SUR LE MARIAGE DE PERSONNES DE MÊME SEXE ET SUR LA LUTTE CONTRE LES MARIAGES D'ENFANTS

C. Kohler présente deux nouvelles lois adoptées en Allemagne dans les derniers mois de la période législative, respectivement la loi du 20 juillet 2017 ouvrant le mariage aux personnes

de même sexe et la loi du 17 juillet 2017 luttant contre le mariage des enfants³². Ces lois ont été adoptées sans débat substantiel au Parlement et sans que les procédures normales de préparation dans les ministères aient été respectées. Les règles matérielles contenues dans ces deux lois ont été complétées par des règles de conflit. Cela soulève paradoxes et interrogations.

- **Mariage de personnes de même sexe**

La loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe est caractérisée par son libéralisme. Selon le Code civil, le mariage est désormais conclu à vie par des personnes de sexe différent ou de même sexe. Cela signifie que toute règle qui se réfère au mariage ou au conjoint ou aux époux, s'applique de manière indifférente à ces deux types de mariage. Cette avancée importante dans le domaine du droit matériel a été précédée par des années de discussion qui n'ont jamais atteint la plénière du Parlement. Cette loi est accompagnée d'une règle de conflit de lois (art. 17b, par. 4, de la loi introductive au Code civil (EGBGB)) selon laquelle les règles applicables au partenariat enregistré s'appliquent par analogie au mariage entre époux de même sexe.

Le législateur allemand qualifie donc le mariage entre personnes de même sexe de mariage au niveau du droit matériel et de partenariat enregistré au niveau du droit applicable ! Cette règle de conflit implique concrètement que les conditions pour conclure un mariage entre personnes de même sexe sont différentes en termes de conflit de celles applicables au mariage entre personnes de sexe différent. Cela revient à privilégier la conclusion du mariage entre personnes de même sexe puisque le mariage entre personnes de sexe différent suppose l'application cumulative des lois nationales alors que la conclusion d'un mariage entre personnes de même sexe exige uniquement le respect de la loi du lieu de célébration du mariage.

La dissolution du mariage entre personnes de même sexe est soumise à la loi du lieu de l'enregistrement du mariage (art. 17b, par. 4 juncto par. 1, EGBGB). Cette extension de l'analogie à la dissolution montre que, dans l'esprit du législateur allemand, le règlement Rome III ne s'applique pas au mariage de personnes de même sexe.

Désormais, les personnes de même sexe n'ont plus accès au partenariat enregistré. Pour les partenariats existants, les parties peuvent choisir de rester en partenariat ou de demander la transformation du partenariat en mariage.

- **Mariage d'enfants**

Quant au mariage d'enfants, la nouvelle règle adoptée au niveau du droit matériel est simple. Un mariage ne peut être conclu avant l'âge de la majorité et un mariage ne peut être valablement conclu avec une personne n'ayant pas atteint l'âge de 16 ans. La faculté de dispense en raison de l'âge a disparu. Cette modification s'explique dans le contexte de l'afflux de migrants au cours des dernières années.

Cette nouvelle règle de droit matériel est complétée par un nouveau paragraphe 3 de l'article 13 EGBGB, qui érige cette règle en loi de police. Indépendamment de la loi qui régit les conditions de validité d'un mariage, lorsqu'il s'agit de la nubilité, les nouvelles règles de droit matériel allemandes s'appliquent. Le mariage, même s'il est valable d'après le droit normalement applicable, est soit inexistant, soit annulable d'après la nouvelle loi.

³² La loi allemande du 20.7.2017 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe (Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, BGBl I, p. 2782) et la loi allemande du 17.7.2017 portant lutte contre les mariages d'enfants (Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, BGBl I, p. 2429).

Il est à noter que cette règle s'applique uniquement au mariage entre personnes de sexe différent alors que le mariage entre personnes de même sexe n'y est pas soumis. Par ailleurs, la sanction de l'inexistence du mariage risque d'avoir pour effet d'ôter au mineur migrant un statut de personne protégée en Allemagne.

XII. EXAMEN D'OPPORTUNITÉ D'UN INSTRUMENT EUROPÉEN SUR LES DROITS RÉELS

F. Garcimartin présente un exposé visant à entamer une discussion au sein du Groupe sur l'opportunité d'adopter un instrument de droit européen en matière de droits réels. Le droit international privé européen ne contient aucune règle de conflit de lois portant sur les conditions de création d'un titre constitutif d'un droit réel, alors que le législateur a déjà posé des règles de localisation de certains actifs immatériels, essentiellement en matière d'insolvabilité, désormais dans l'article 2, §9, du règlement 2015/848³³.

• État de la question

Le règlement sur l'insolvabilité établit une liste de localisation de biens pour les besoins de l'application d'une procédure d'insolvabilité, dans la disposition concernant les définitions (art. 2, §9), dans les termes suivants :

Aux fins du présent règlement, on entend par:

[...]

9) «État membre dans lequel les actifs sont situés»:
i) <i>pour les actions nominatives de sociétés autres que celles visées au point ii), l'État membre sur le territoire duquel la société qui a émis les actions a son siège statutaire;</i>
ii) <i>pour les instruments financiers dont la propriété est prouvée par une inscription dans un registre ou sur un compte tenu par un intermédiaire ou au nom d'un intermédiaire («titres en compte courant»), l'État membre dans lequel est tenu le registre ou le compte où figure l'inscription;</i>
iii) <i>pour les espèces détenues sur des comptes ouverts auprès d'un établissement de crédit, l'État membre mentionné dans le code IBAN du compte ou, pour les espèces détenues sur des comptes ouverts auprès d'un établissement de crédit ne possédant pas de code IBAN, l'État membre dans lequel l'établissement de crédit détenant le compte a son administration centrale ou, si le compte est ouvert auprès d'une succursale, d'une agence ou d'un autre établissement, l'État membre dans lequel se situe la succursale, l'agence ou l'autre établissement;</i>
iv) <i>pour les biens et les droits que le propriétaire ou le titulaire du droit inscrit dans un registre public autre que ceux visés au point i), l'État membre sous l'autorité duquel ce registre est tenu;</i>
v) <i>pour les brevets européens, l'État membre pour lequel le brevet européen est délivré;</i>
vi) <i>pour les droits d'auteur et les droits voisins, l'État membre sur le territoire duquel le titulaire de ces droits a sa résidence habituelle ou son siège statutaire;</i>

³³ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO, L 141, 5 juin 2015, pp. 19 à 72.

vii) pour les biens corporels autres que ceux visés aux points i) à iv), l'État membre sur le territoire duquel le bien est situé;

viii) pour les créances sur des tiers autres que celles portant sur les actifs visés au point iii), l'État membre sur le territoire duquel se situe le centre des intérêts principaux du tiers débiteur, tel qu'il est déterminé conformément à l'article 3, paragraphe 1 ; [...] »

Par ailleurs, certaines institutions européennes se prononcent en faveur de l'adoption d'un instrument dans le domaine des droits réels. Le Parlement européen estimait en 2012 que « *A number of gaps can be identified that concern generally accepted problems of private international law which are currently not regulated by community instruments. [...] these gaps are: [...] Property law [...]* ». Le programme de Stockholm a permis au Conseil européen d'épingler les mêmes lacunes en droit international privé en mentionnant que « *the EU Council requested the Commission to continue the process of harmonising conflict-of-law rules at Union level, including [...] the area of [...] security interests* ».

La pratique aurait également besoin d'un tel instrument. Par exemple, une société espagnole conclut un contrat de vente d'actifs avec une société allemande. Le contrat contient un titre de réserve de propriété. En cas d'insolvabilité de la société espagnole, quel droit faut-il appliquer à la reconnaissance de ce titre de réserve de propriété sachant que le droit espagnol refuse de le reconnaître alors que le droit allemand l'autorise ?

Dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, le règlement veille à répartir la localisation d'actifs entre la procédure principale et les procédures secondaires, par une concrétisation de la localisation de biens par nature immatériels (considérant 39³⁴).

L'article 8, §1, établit une règle matérielle visant à préserver les droits du titulaire d'un droit réel en disposant que « *L'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, à la fois des biens déterminés et des ensembles de biens indéterminés dont la composition est sujette à modification, appartenant au débiteur et qui sont situés, au moment de l'ouverture de la procédure, sur le territoire d'un autre État membre* ». Par exemple, lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte au Royaume-Uni mais que des actifs se trouvent en Espagne, cette procédure n'affectera pas les actifs localisés en Espagne. Cette disposition met en évidence un paradoxe : des règles existent pour localiser et protéger les actifs dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité mais non pour tous les événements pouvant survenir avant cette procédure. Pour être consistant, le droit européen doit disposer d'une règle permettant de déterminer si, dès le départ, les droits ont été valablement constitués.

L'article 2, §9, nouveau élargit la liste des localisations. La version du règlement 1346/2000 reprenait uniquement trois règles de localisation des actifs, à savoir :

- ✓ pour les biens corporels, l'État membre sur le territoire duquel le bien est situé ;
- ✓ pour les biens et les droits que le propriétaire ou le titulaire doit faire inscrire dans un registre public, l'État membre sous l'autorité duquel ce registre est tenu ;

³⁴ « *Le présent règlement devrait prévoir des règles visant à déterminer la localisation des actifs du débiteur, lesquelles devraient s'appliquer lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les actifs qui relèvent de la procédure d'insolvabilité principale et ceux qui relèvent de la procédure d'insolvabilité secondaire, ainsi que dans les cas faisant intervenir les droits réels de tiers. En particulier, le présent règlement devrait prévoir que les brevets européens à effet unitaire, une marque communautaire ou tout autre droit analogue, comme le régime de protection communautaire des obtentions végétales ou les dessins ou modèles communautaires, devraient uniquement relever de la procédure d'insolvabilité principale* ».

- ✓ pour les créances, l'État membre sur le territoire duquel se trouve le centre des intérêts principaux du tiers débiteur, tel qu'il est déterminé à l'article C, §1.

Le texte actuel ajoute la localisation d'autres biens immatériels, à savoir :

- ✓ Les actions nominatives ;
- ✓ Les instruments financiers faisant l'objet d'une inscription dans un registre ou un compte tenu par ou au non d'un intermédiaire ;
- ✓ Les espèces détenues sur un compte bancaire,
- ✓ Le brevet européen ;
- ✓ Le droit d'auteur et les droits voisins.

- **Actions et instruments financiers**

Le règlement distingue selon que les titres sont ou non intermédiés.

Les titres intermédiés sont enregistrés sur un compte. L'article 2, §9, ii), localise ces instruments dans « l'État membre dans lequel est tenu le registre ou le compte où figure l'inscription » (*conto sitae* ou règle PRIMA).

Exemple : une société espagnole a un compte de titres dans une banque anglaise. Ceux-ci font l'objet d'une garantie financière. Cette promesse est couverte par le droit anglais car ces biens sont localisés au Royaume-Uni. L'article 9, §2, de la directive concernant les contrats de garantie financière³⁵ et l'article 8 du règlement s'appliquent. Ce cas ne soulève pas de difficulté. L'article 2, §9, a un caractère universel : il s'appliquera donc après le Brexit dans l'Union, mais non l'article 8.

Parmi les titres non intermédiés, on distingue les actions nominatives et les titres au porteur. Les titres au porteur sont localisés là où se trouvent les documents. Pour localiser les actions nominatives, on recourt à l'article 2, §9, i), qui couvre deux cas, à savoir les actions nominatives certifiées et les actions nominatives non certifiées. Elles sont localisées dans l'État membre sur le territoire duquel la société qui a émis les actions a son siège statutaire.

Exemple : Une société espagnole a des actions nominatives d'une filiale luxembourgeoise et obtient une garantie financière. Quelle est l'effectivité de cette garantie ? Rien n'est dit en droit européen mais l'article 8 du règlement s'applique. Les biens seront localisés au Luxembourg.

Les titres au porteur sont régis par l'article 2, §9, vii), et se localisent sur le territoire duquel le bien est situé (*chartae sitae*).

- **Créances et comptes-courant**

Les créances sont localisées dans « l'État membre sur le territoire duquel se situe le centre des intérêts principaux du tiers débiteur » (*debitor debitoris COMI*) (art. 2, §9, viii).

Exemple : Une société espagnole détient une créance sur une société anglaise. Elle demande à constituer une garantie financière. Il n'y a rien en droit européen sur l'effectivité de cette garantie mais on peut appliquer l'article 8 du règlement.

³⁵ Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, J.O., L 168, 27 juin 2002, pp. 43 à 50.

En ce qui concerne les comptes en banque, l'article 2, §9, iii), les localise dans l'État membre mentionné dans le code IBAN du compte ou, pour les espèces détenues sur des comptes ouverts auprès d'un établissement de crédit ne possédant pas de code IBAN, l'État membre dans lequel l'établissement de crédit détenant le compte a son administration centrale ou, si le compte est ouvert auprès d'une succursale, d'une agence ou d'un autre établissement, l'État membre dans lequel se situe la succursale, l'agence ou l'autre établissement.

Exemple : Une société espagnole a un compte dans une succursale anglaise d'une banque espagnole. La société espagnole obtient une garantie financière. Il n'y a rien en droit européen sur l'effectivité de cette garantie mais on peut appliquer l'article 8 du règlement.

- **Conclusion**

L'inventaire des dispositions existantes suggère que le législateur européen devrait compléter celles-ci en ajoutant à la liste de localisation de biens des règles de rattachement portant sur la constitution préalable de droits réels. De plus, il y aurait lieu d'apporter une solution précise au conflit mobile.

L'existence d'actes portant sur les instruments financiers et sur l'insolvabilité pourrait inciter à l'adoption d'un acte général sur le droit des biens.

La discussion montre l'intérêt de l'adoption de règles uniformes sur les droits réels. La disparité actuelle des législations, par exemple en matière de réserve de propriété, génère de l'insécurité juridique tant que l'État d'accueil est autorisé à justifier un obstacle à la reconnaissance du titre acquis à l'étranger sur la base d'une justification d'intérêt général. Au minimum, le problème peut être réglé par le droit primaire du fait que la non-reconnaissance peut constituer une entrave à la liberté de circulation.

Autre est la question de la nature des règles à adopter, à savoir règles de conflit de lois ou plutôt règles matérielles uniformes, et ce dans quelle enceinte internationale précise, Union européenne, Conférence de La Haye ou autre négociation diplomatique. L'exemple du « *registered security rights* » applicable aux États-Unis est évoqué. Les limites inhérentes à un instrument de droit matériel uniforme sont cependant évoquées, comme la difficulté de son élaboration et la nécessité de prévoir, de toute manière, un dispositif réglant les conditions d'applicabilité dans l'espace de l'instrument. Au demeurant, un instrument européen de droit matériel ne lierait que les États membres alors qu'un instrument de conflits de lois peut être universel. Plusieurs membres soulignent pourtant qu'en cette matière en particulier, l'établissement de règles de rattachement se révélerait insuffisant, car l'ordre public du for pourra toujours contrecarrer l'application du droit désigné par la règle de conflit, en particulier à propos des règles de publicité, à défaut de constituer un registre unique.

Une volonté générale se dégage d'entamer des travaux sur ce sujet. Un sous-groupe pourrait établir un premier inventaire des orientations possibles lors de la prochaine réunion du Groupe.

ANNEXE 1

GEDIP, Subgroup Meeting on Brexit, 20-21 January 2017 - Minutes

I. Preliminary remarks and outline

The subgroup approached its mandate primarily with a view to ensure, as far as possible, continuity of the current European Union private international law legislation to the future relationships of the Union with the United Kingdom. The adoption of this approach did not intend to reflect in any way a political position of the GEDIP, but rather to identify ways and means to ensure continuity if this were the desire of the UK (as expressed by its Prime Minister on 16 January 2017) and of the EU (which has not made its position clear so far). Should the Parties to the negotiations concerning Brexit take a different approach, it is the view of the subgroup that it should decide at a later stage how to help in finding appropriate and viable solutions.

The subgroup identified three main approaches to guarantee continuity in private international law (PIL) after Brexit:

1. A unilateral transposition of existing EU legislation in the field of PIL. This solution might be part of the “repeal law” after Brexit.
2. A bilateral treaty between the UK and the EU that ensures the continuous application of EU legislation in the field of PIL (hereinafter: the “Danish solution” espoused by the Agreement between the EU and Denmark, OJ 2005 L 299/62).
3. A multilateral treaty-based solution requiring the UK to enter into international Conventions with the EU, such as the Lugano Convention in the field of jurisdiction (hereinafter: the “Lugano solution”).

The unilateral transposition of EU Regulations such as the Rome I and Rome II Regulations into national British law could be put into effect by the “repeal law” announced; it would, however, raise the question of interpretation. Preliminary references to the CJEU do not seem to be politically viable after Brexit. However, the UK courts could be bound by CJEU judgments: Denmark has accepted a similar solution in the agreement between the EU and Denmark on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments. The UK could lodge a unilateral declaration to this effect in its domestic law either for pre-Brexit case law. For post-Brexit case law the UK could impose a “soft duty” on its courts to take it into account. The unilateral solution does not help with regards to *Brussels Ibis*, *Brussels IIbis* etc.

With regard to a treaty-based solution, the subgroup briefly considered the possibility of revitalising pre-existing Conventions, in particular the Brussels Convention which was excluded since that Convention is clearly confined to Member States. Returning to the pre-Brussels state of the law would amount to a re-bilateralisation of PIL which is highly undesirable and would petrify the law, since the remaining EU Member States do not have treaty-making powers in the field of PIL anymore. The subgroup also mentioned the possible future role of the Hague Conference.

The subgroup underlined the importance of a transitional regime in the event that no continuity regarding the PIL rules is achievable. In jurisdictional conflicts, for example, the following issues should be considered:

- o The question of *lis pendens*, for example, would arise if proceedings were commenced in the UK before Brexit and the same case was later brought before the courts of a Member State after Brexit.
- o Different rules might govern recognition and enforcement: What happens if a judgment is recognised *ipso iure* under the old regime but enforcement takes place under the post-Brexit rules?

As a starting point, the subgroup discussed the degree to which the various existing EU PIL-regimes are linked to the Single Market and the four “market freedoms”. Against this backdrop, the subgroup asked whether the “Lugano solution” and/or the “Danish solution” would be best with regard to choice of law (II) and jurisdiction (III).

II. Choice of law

1. Rome I and Rome II Regulations

The subgroup agreed that the Rome I and Rome II Regulations should be transposed into UK law and that it is, moreover, highly recommendable that a solution be found with regard to the interpretation of these instruments. The subgroup stressed that judgments rendered by the CJEU before Brexit should remain binding. CJEU judgments after Brexit should at least be paid due regard by UK courts; given the small number of judgments on the Rome Regulations this obligation is of paramount importance for their uniform application. Moreover, a reciprocal solution was considered that requires the CJEU and the courts of the Member States to also pay due regard to UK judgments.

The subgroup identified several provisions of the Rome I and Rome II Regulations in need of modification:

- o Provided that the UK will transpose the Rome I and Rome II Regulations into British law, the precedence of EU law as enunciated in art. 3(4) Rome I and art. 14(3) Rome II may give rise to problems for UK courts.
- o As regards insurance contracts, art. 7 Rome I Regulation and in particular art. 7(1) and (3) require particular attention since they refer to risks located in the Member States.

2. Company law

Under the assumption that freedom of establishment will cease to exist, the following issues will arise:

- o Given the diverging rules (e.g. “real seat-theory” in Germany for third-state companies and generally in Belgium), UK companies will no longer be recognised in certain continental jurisdictions. The subgroup pointed to a previous GEDIP-proposal on PIL and company law which, if signed into law by the EU, might help. It was, moreover, called into question whether UK companies having their central administration in the remaining EU countries would really cease to exist on the Continent. French courts, for example, drew upon the ECHR to justify the continued existence of legal persons. The subgroup underscored the importance of protecting the “droits acquis”.

- o The SE Regulation should continue to apply as national UK law and might therefore offer a viable solution for some companies. After Brexit, however, new SEs cannot be established with a seat in the UK.

3. Unitary intellectual property rights (IP rights)

The subgroup underlined the economic importance of unitary IP rights such as the Community Trademark. The subgroup concluded that such IP rights registered before Brexit should continue to be recognised in the UK and discussed ways of protecting IP rights after Brexit.

The subgroup identified problematic issues and in particular jurisdictional questions after Brexit: Under the present system, for example, procedures for contesting a Community Trademark involve the Office for Harmonisation in the Single Market as well as the CJEU.

The subgroup proposed that the solution presently envisaged for the EU Patent should be extended to other unitary IP rights.

4. Posting of Workers Directive

The subgroup underlined that the rules of the Directive 96/71 on the posting of workers are closely linked to free movement. As regards PIL, two issues may arise:

- o The Directive contains special provisions on jurisdiction, art. 6. This raises the question whether this regime would apply after Brexit.
- o Since the UK would be a third country after Brexit, courts in the EU Member States apply UK labour law neither on the basis of the Directive nor arguably by drawing from art. 9(3) Rome I Regulation: UK provisions protecting workers (e.g. minimum wages) are unlikely to render a contract “unlawful”. The subgroup discussed whether the Member States’ courts could take UK provisions into account when interpreting national substantive law (cf. CJEU Case 135/15 – *Nikiforidis*).

III. Jurisdiction

1. Brussels I bis Regulation

The subgroup favoured a “Danish solution” requiring an “opt-in” by the UK. References to “Member States” in the Regulation should be interpreted, by an appropriate provision, as referring to a “Member State or the UK”. The subgroup agreed that the UK should, in addition, accede to the Lugano Convention, possibly after acceding to the European Free Trade Association first.

With regards to individual provisions the subgroup identified several problematic issues: some provisions such as art. 63(2) Brussels *I bis* Regulation would have to be modified.

2. Brussels II bis Regulation

The subgroup also favoured a “Danish solution” with regard to the Brussels *II bis* Regulation. However, several problematic issues were identified:

- o The Regulation will be subject to a recast.
- o The “procédure préjudicielle d’urgence” (PPU) would no longer be available after Brexit. It would be desirable and might be acceptable for the UK that the CJEU continues to act as defender of the “best interests of the child” (cf. art. 12 II b Brussels *II bis* Regulation).

- o Certain articles must be modified, e.g. art. 3(1)(b) and (2) art. 6 (b); art. 7 (2) Brussels *Ibis* Regulation.

3. Service of Documents Regulation and Taking of Evidence Regulation

The subgroup preferred a “Danish solution” given that the service of documents is important for, inter alia, Brussels *Ibis*. However, the Taking of Evidence Regulation is less closely connected to Brussels *Ibis* Regulation.

The subgroup also pointed to the Hague Conventions regarding the service of documents and the taking of evidence.

4. Insolvency Regulation

The subgroup made the following preliminary observations:

- o The Insolvency Regulation is closely linked to the Single Market. Its fate is therefore tied to the question whether there will be freedom of establishment in the future.
- o Although there is a connection between the “Danish” Brussels *Ibis* solution and the Insolvency Regulation, only the latter really depends on the former. By contrast, the “Danish” Brussels *Ibis* solution can exist without a similar solution for cross-border insolvencies.
- o UK insolvency law is based on the UNCITRAL model law whereas the Member States’ laws usually are not (three exceptions: Greece, Romania, and Poland). Thus, the solutions concerning in particular the recognition of foreign proceedings might differ on both sides of the Channel.

The subgroup discussed a “Danish solution” for insolvency and identified several issues:

- o Important choice-of-law provisions are, inter alia, art. 8 (rights in rem), art. 10 (set-off), and art. 13 (employment contracts)
- o Problematic provisions on jurisdiction and recognition and enforcement are, inter alia, art. 6(2), art. 32 and Recital (7)

5. “Minor” Regulations on jurisdiction

The subgroup agreed that once a decision is taken on the Brussels *Ibis* Regulation, it is also going to affect “minor” Regulations on jurisdiction such as the

- o EU Small Claims Procedure Regulation
- o EU Enforcement Order for Uncontested Claims Regulation
- o EU Payment Order Regulation

6. Fate of Conventions signed and ratified by the EU

As regards Conventions relating to PIL that have been signed and ratified by the EU, such as the Choice of Court Convention, the UK might become a party to these instruments in its own right.

If the “Danish solution” for the Brussels *Ibis* Regulation cannot be implemented, the subgroup identified possible transitional problems in view of the Hague Choice of Court Convention: There might be a three-month gap unless the EU authorises the UK to join the Choice of Court Convention before Brexit.

ANNEXE 2

DO WE NEED A EUROPEAN CONFLICT-OF-LAWS RULE REGARDING SUBSIDIARY PROTECTION?

A GERMAN VIEWPOINT

Karl Kreuzer

I. The Problem

1. The legal situation in Germany
2. Legal facts (*Rechtstatsachen*) in Germany
3. A glimpse at the legal situation in EU Member States other than Germany

II. Conceivable Solutions

1. Universal solution on the international level?
2. Solution on the EU level?
 - a) Integration as an objective of the EU refugee legislation
 - b) Conflict-of-laws rules as a means of integration
3. Fall-back solution on the national (Member States') level?

III. Summary

I. The Problem

1. The legal situation in Germany

The German *Asylum Act (Asylgesetz)* lays down the substantive rules governing the legal protection of foreigners (including stateless persons). The *Asylum Act* differentiates between three protection categories: 1) the (political) *asylum status*, based on German national law, 2) the *refugee status*, based on International law and European law, and 3) the *status of subsidiary protection*, introduced by European Law.³⁶ The German *Residence Act (Aufenthaltsgesetz)* grants autonomous protection in exceptional cases³⁷ and permits temporary residence to foreigners with refugee or subsidiary protection status (§ 25 (2) Residence Act).

The entitlement to asylum is based on Article 16a (1) Basic Law (*Grundgesetz*) which grants third-State nationals (and stateless persons) an individual constitutional right to political asylum. The qualification for asylum, i.e. the entitlement to asylum, comes into existence *ex lege* (by operation of law). The constitutional right doesn't depend on any constitutive formal recognition act. Such a formal administrative or judicial recognition has only (declaratory) effect regarding the alien-law status of a beneficiary of asylum. There is no rule under German law compelling a civil court to abide by such a recognition in determining the law applicable to a person entitled to asylum. The same legal situation applies to refugees. Pursuant to Article 12 [Geneva] *Convention Relating to the Status of Refugees* of 1951 (Geneva Refugee Convention - GRC), in force in Germany and almost all other EU Member States,³⁸ the personal status of a refugee shall be governed by the law of the country of his domicile or, if he has no domicile, by the law of the country of his residence. Article 1 A

³⁶ In Germany, prior to the transposition of Directive 2011/95/EU no special protection status existed for persons not covered by the national rules on political asylum (Article 16a *Basic Law*) or by the Geneva Refugee Convention. In some cases, removal was prohibited based on § 60 *Residence Act*.

³⁷ Under autonomous German law, a person who is seeking protection may not be returned if return to the destination country would constitute a breach of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (§ 60 (5) Residence Act) or a considerable concrete danger to life, limb or liberty exists in that country (§ 60 (7) Residence Act).

³⁸ Sweden has made a reservation to article 12, paragraph 1, to the effect that the Convention shall not modify the rule of Swedish private international law, as now in force, under which the personal status of a refugee is governed by the law of his country of nationality.

GRC³⁹ defines 'refugee' as any person who fulfils the conditions prescribed (i.a.) in subsection (2). Thus, the status of 'refugee' comes into existence by operation of law (*ex lege*) when the conditions of the definition are fulfilled. Neither the Geneva Refugee Convention nor German law contain a rule compelling civil courts to mandatorily respect, in determining the law applicable to a protection-seeking person, a pertinent (positive or negative) administrative or judicial decision on the protection status of that person.

Neither German law nor the relevant European Directives contain any conflict-of-laws rule regarding persons qualifying for international protection. In contrast, the Geneva Refugee Convention⁴⁰ does contain in Article 12 (1) an (auxiliary) conflict rule, which replaces for personal matters of refugees in the meaning of Article 1 A (2) GRC (herein after: 'Convention Refugees') the connecting factor 'nationality' (*lex patriae*) with 'domicile' or – in the absence thereof – with 'residence' (*lex domicilii*). The Geneva Convention does neither institute an international authority to decide whether the conditions of Article 1 A (2) GRC for the status of refugee are fulfilled nor determine national procedures for this purpose. As § 2 of the German Asylum Act⁴¹ declares the Geneva Convention generally applicable to persons eligible for (political) asylum status under Article 16a of the German Basic Law ('*Asylberechtigte*'), Article 12 GRC applies to these persons.⁴² In contrast, the Geneva Convention does not cover persons eligible for the status of subsidiary protection (herein after: 'Directive refugees') as these persons neither directly fulfil the conditions for the application of the said Convention nor do they benefit from a pertinent referral to the Geneva Convention. This difference matters for Germany because it traditionally uses 'nationality' as connecting factor regarding the matters covered by the Geneva Convention, even though there is a strong legislative tendency to substitute the *lex patriae* with the *lex domicilii*. Consequently, the *lex domicilii* replaces (*ex lege*) the *lex patriae* only regarding persons qualifying for the status of asylum or Convention refugee. In Germany, there is no comparable national conflict rule with respect to persons qualifying for subsidiary protection. Hence, the law applicable to numerous personal status matters is in Germany actually permanently determined, for these persons, by reference to their nationality,⁴³ namely legal capacity and capacity to contract (Article 7 (1) Introductory Act to the German Civil Code - EGBGB), declaration of death (Article 9 EGBGB), name (Article 10 EGBGB), marriage (Article 13 (1) EGBGB), general effects of marriage (Article 14 (1) 1 EGBGB), matrimonial property regime (Article 15 (1) EGBGB), descent (Article 19 EGBGB), adoption and consent (Articles 23 and 22 (1) EGBGB), and guardianship, protective care and curatorship (Article 24 EGBGB). Thus, Directive Refugees would – in contrast to Convention Refugees to whom Article 12 GRC applies – remain subject, in respect of all the listed matters, to the personal status law of the country from which they fled. And this *lex patriae* governs the personal status of the Directive refugees permanently – even when they have been granted subsidiary protection. In Germany, hundreds of thousands of people are affected by this legal situation. The following statistical data illustrate the high practical relevance.

³⁹ Article 1 A GRC: "For the purposes of the present Convention the term 'refugee' shall apply to any person who (1) ... (2) [As a result of events occurring before 1 January 1951 and] owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is out-side the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence [as a result of such events], is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it."

⁴⁰ in conjunction with Article I of the Protocol of 31/1/1967.

⁴¹ § 2 Asylgesetz: Rechtsstellung Asylberechtigter. (1) Asylberechtigte genießen [ex lege] im Bundesgebiet die Rechtsstellung nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge. (2) ... (3) ...; misleading English version published by the German Federal administration: Section 2 Asylum Act: "Legal status of persons granted asylum status. (1) In the federal territory, persons granted asylum status shall enjoy the legal status pursuant to the Convention relating to the status of refugees. (2) ... (3)..."

⁴² § 1 of the now repealed Act Concerning Humanitarian Aid for Refugees of 11/7/1980 (*Gesetz über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommener Flüchtlinge*, BGBl. 1980 I 1057) referred, regarding the refugees covered by this Act, to Articles 2 to 34 of the Geneva Convention, so that these refugees were enjoying the legal status of Convention Refugees.

⁴³ Cf. *Thorn*, in: Palandt, BGB, 76th ed. (2017), Anhang EGBGB Art. 5, no. 5.

2. Legal facts (Rechtstatsachen) in Germany⁴⁴

	<u>Positive Decisions</u>	<u>Subsidiary Protection</u>	<u>Negative decisions</u>
<u>Refugee Protection</u> (Art. 2(d) Dir 2011/95/EU + Art. 16a GG)		(Art. 2(f) Dir 2011/95/EU)	
2015:	137.136 = 48, 5 %	1. 707 = 0,6 %!	91.514 = 32,4 %
2016:	256.136 = 36, 8 %	153. 700 = 22,1 %	173.846 = 25,0 %
4/2017	61.373 = 21,5 %	51.978 = 18,2 %	106.232 = 37,2 %
(100 % = <u>all</u> decisions)			

The data show a sudden substantial shift from decisions granting refugee status protection to those granting subsidiary status protection. The initially extremely high proportion of persons granted refugee status protection is probably due to the excessive number of applicants which did not allow the authorities to work with the necessary accuracy regarding the situation of the individual applicant. One may easily get the impression that, under the pressure of the enormous number of people arriving within a very brief period, numerous decisions were made hastily and hence not seldom rather fortuitously.⁴⁵ In our context, it is important to state that the number of persons granted subsidiary protection has considerably increased and now nearly equals the number of persons granted refugee status. As time goes on, the proportion of persons granted subsidiary protection status will probably grow further. As a result, the personal law of persons granted international protection in Germany will be largely split and several hundred thousand immigrants will be permanently governed by the law of the State they fled while German law will be applied to the rest. Such a splitting may even happen in one and the same family, for instance regarding family members who arrived partly before and partly after the obvious shift of the administrative practice of the *Federal Office for Migration and Refugees* from regularly granting refugee status to a more differentiated granting practice.

Is the identified different determination of the law governing the personal status for Convention refugees (*lex domicilii*) on the one hand and Directive Refugees (*lex patriae*) on the other hand justified? I don't think so because both groups of persons seeking international protection fled their home country for substantially the same reasons, i.e., the violation of human rights. Both Convention refugees and Directive refugees have broken with their home country and, therefore, most probably don't want to be governed by the law of the country they fled any longer.

3. A glimpse at the legal situation in EU Member States other than Germany

In some other EU Member States, the legal situation resembles that of Germany, meaning that 1) the law applicable to personal status matters is traditionally determined by the connecting factor 'nationality', and 2) there exists no special conflict-of-laws rule regarding protection-seeking third-State nationals, but 3) the Geneva Convention applies. This is the situation, e.g., in Croatia⁴⁶, Portugal⁴⁷, Slovakia⁴⁸, and Spain⁴⁹. The situation doesn't change for those other EU Member States which have transposed into their national law Article 12

⁴⁴ Cf. *Federal Office for Migration and Refugees*, <http://www.bamf.de/DE/Infothek/Statistiken/Asylzahlen/asylzahlen-node.html>.

⁴⁵ For instance, between 5 September and 10 September 2015, about 37.000 refugees arrived in Munich by train, cf. *Münchner Merkur* 10/9/2015.

⁴⁶ Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with the Provisions of Other Countries in Certain Matters (1991).

⁴⁷ Articles 31, 25 *Código civil*.

⁴⁸ Article 3 Act on Private International Law and Rules of International Procedure (1993).

⁴⁹ Article 9 *Código civil* (1889).

GRC, covering refugees but not persons qualifying for (only) subsidiary protection. This is the case for, e.g., Belgium⁵⁰, Estonia⁵¹, and Italy⁵².

By contrast, several other Member States have enacted special conflict-of-laws rules covering not only Convention refugees but also persons eligible for subsidiary protection, a term introduced by European law. The first State to introduce such a provision was Austria⁵³ which enacted as early as 1978, i.e. 17 years before becoming an EU Member State (1995), a PIL rule which determines the personal status for a Convention refugee or for a person whose relations with the home state are broken off for similarly severe reasons by referral to the law of domicile or, in the absence thereof, to the law of habitual residence. Obviously, this wording covers persons qualifying for subsidiary protection. In the aftermath of the adoption of the *Qualification Directive* 2011/95/EU⁵⁴ (QDir) in 2004, the number of Member States that passed similar special PIL rules has increased. However, the pertinent provisions differ regarding the moment in which the application of the *lex domicilii* (instead of the *lex patriae*) is triggered. Pursuant to Article 3 of the Polish Act on Private International Law of 4 February 2011⁵⁵, capacity and personal status of a person who was granted protection in a country other than the country of his nationality (home country) because the links with this country were broken due to violations of fundamental human rights committed in that country, are governed by the law of the country of his place of domicile and in the absence thereof by the law of the place of his habitual residence. According to § 28 of the Czech Act on Private International Law of 25 January 2012⁵⁶ the personal status of a refugee or beneficiary of subsidiary protection or of an applicant for international protection is determined as if the applicant were a Convention refugee, i.e., the application triggers the replacement of the *lex patriae* with the *lex domicilii*. Pursuant to section 17 (1) Book 10 of the Dutch Civil Code (2012)⁵⁷ the personal status of an alien who has been granted a residence permit under sections 28 or 33 of the Aliens Act 2000,⁵⁸ or of an alien who has been accorded equivalent residence status in another State, shall be governed by the law of his domicile, or, if he has no domicile, by the law of his residence. Hence, under Dutch law, the granting of a residence permit triggers the application of the *lex domicilii* to the personal status of a person beneficiary of an international protection status. Finally, there are EU

⁵⁰ Code de droit international privé (2004): Article 3 § 3 “Toute référence faite par la présente loi à la nationalité d’une personne physique qui a la qualité d’apatride ou de réfugié en vertu de la loi ou de traités internationaux liant la Belgique, est remplacée par une référence à la résidence habituelle.”

⁵¹ Private International Law Act (2002) § 11 (3) “If this Act is to be applied to a stateless person, a person whose citizenship cannot be ascertained or to a refugee, the residence of the person shall be taken into consideration instead of their citizenship.”

⁵² Private International Law Act (1995, as amended in 2014), Article 19 “(Apolidi, rifugiati e persone con più cittadinanze) 1. Nei casi in cui le disposizioni della presente legge richiamano la legge nazionale di una persona, se questa è apolide o rifugiata si applica la legge dello Stato del domicilio o, in mancanza, la legge dello Stato di residenza. 2. ...”

⁵³ Private International Law Act (1978) § 9 (3) “The personal status of a person who is a refugee in the sense of international conventions in force in Austria or whose relations with his home state are broken off for similarly severe reasons, is the law of the state, where she or he has his domicile, in the absence thereof, her or his habitual residence; a referral of that law to the law of the home state is irrelevant.”

⁵⁴ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), OJ L 337/9 of 20/12/2011; in force in all EU member states except Denmark, Ireland, UK.

⁵⁵ Article 3 – “Capacity and personal status of stateless persons and refugees - (1) If the statutory law provides that the law of a person’s nationality shall apply, and the nationality of this person cannot be determined, or this person is not a national of any country, or the content of his national law cannot be ascertained, then the law of the country of his place of domicile shall apply; in the absence of the place of domicile, the law of the place of his habitual residence shall apply. (2) Paragraph (1) shall accordingly apply to a person who was granted the protection in a country other than the country of his nationality due to the fact that his links with the country of nationality were broken because of violations of fundamental human rights in that latter country.”

⁵⁶ § 28 (4): “If someone is an applicant [has applied] for international protection, refugee or beneficiary of subsidiary protection or is homeless under other legislation or international agreement shall be governed by his personal status under the provisions of international agreements governing the legal status of the legal status of refugees and stateless persons.”

⁵⁷ Since 1st January 2012 Dutch Private International Law has been incorporated into the Dutch Civil Code as Book 10. Article 10:17: “Civil status of aliens - 1. The civil status of an alien (foreigner) to whom a residence permit as meant in Article 28 or 33 of the Aliens Act 2000 is granted and of an alien (foreigner) who has obtained an according resident status in a foreign country, is governed by the law of the State where his domicile is located or, when he has no domicile, by the law of the State where his habitual residence is located. - 2. The rights acquired by such alien (foreigner) in the past and which result from his civil status, in particular the rights resulting from marriage, shall be respected.”

⁵⁸ Under Dutch law, a residence permit is issued for beneficiaries of international protection (Convention refugees, persons granted subsidiary protection status).

Member States which ordinarily apply to personal matters either the *lex domicilii* or the law of the habitual residence. Accordingly, in these EU Member States the *lex domicilii* governs also all beneficiaries of national or international protection statuses (persons qualified for statuses of asylum, refugees or subsidiary protection).⁵⁹ Thus, the fact that the Geneva Convention confines itself to refugees is irrelevant for these Member States. They do not need a special conflict-of-laws rule in respect of persons qualifying for subsidiary international protection.

One must conclude that there is no common approach among the EU Member States regarding the determination of the law governing the personal status of persons qualifying for international subsidiary protection. Whether one of the reported national solutions in force can serve as a persuasive legislative model for a pertinent uniform European conflict rule will be discussed below (sub II. 2. b)).

II. Conceivable Solutions

1. Universal solution on the international level?

Theoretically, the Geneva Refugee Convention of 1951 could be applied *per analogiam* to persons qualifying for subsidiary protection. However, this approach does in no way guarantee a common solution because an analogy would not be possible in those Member States with explicit (diverging) special conflict-of-laws rules and in the Member States without such a special conflict-of-laws rule any judge would be free to accept this solution or not.

In contrast, a common solution could be easily reached by extending Article 12 GRC to persons granted subsidiary protection. To that end, it would suffice to add, in Article 1 A GRC, which defines, for the purposes of the Convention, the term 'refugee', a new subparagraph (3) which could copy *mutatis mutandis* the definition in Article 2 (f) QDir⁶⁰. However, such a technically small amendment of the actual wording in Article 1 A GRC would constitute a fundamental redesign of the Convention regarding its personal scope and necessitate the adoption by a Diplomatic Conference, and the agreement of non-EU States whose law does not necessarily provide for subsidiary protection. In view of the uncertainty whether States Parties would be willing to accept such an important regime change and considering the lengthy period generally needed to prepare, adopt and implement international conventions such a universal approach seems rather unrealistic.

2. Solution on the EU level?

a) *Integration as an objective of the EU refugee policy*

The Proposal for the recast of the original Qualification Directive of 2004 clearly states that "the amendments aim to remove all differences in the treatment of the two categories [of protection] which cannot be considered as objectively justified, thus progressing towards uniformity of protection [emphasis added] while maintaining the distinction between the two statuses."⁶¹ In the same direction goes Recital 13⁶² of the eventually adopted version of the Qualification Directive 2011/95/EU which implements articles 78 TFEU and 18 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and emphasizes "the approximation of rules on the recognition and content of refugee and subsidiary protection status" as an objective of the Directive. And recital 33 QDir reads: „Subsidiary protection should be complementary and additional to the refugee protection enshrined in the Geneva Convention." Finally, recital 39 QDir clearly states: „... with the exception of derogations which are necessary and

⁵⁹ E.g. the newly established Baltic States: Lithuania (Civil Code 2001), Latvia (Civil Code 1997), partly Scandinavian countries.

⁶⁰ Article 2 (f) QDir: " 'person eligible for subsidiary protection' means a third-country national or a stateless person who does not qualify as a refugee but in respect of whom substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if returned to his or her country of origin, or in the case of a stateless person, to his or her country of former habitual residence, would face a real risk of suffering serious harm as defined in Article 15, and to whom Article 17(1) and (2) does not apply, and is unable, or, owing to such risk, unwilling to avail himself or herself of the protection of that country;"

⁶¹ COM (2009) 551 final, p. 5.

⁶² Cf. also recital 14.

objectively justified, beneficiaries of subsidiary protection status should be granted the same rights and benefits as those enjoyed by refugees [emphasis added] under this Directive, and should be subject to the same conditions of eligibility.“ Consequently, Article 2 (a) QDir defines ‘international protection’ as a term englobing both refugee and subsidiary protection statuses and, accordingly, the expression ‘beneficiary of international protection’ includes beneficiaries of refugee status as well as of subsidiary protection status (Article 2 (b) QDir). Consistently, the term ‘application for international protection’ means a request which can be understood to seek refugee status or subsidiary protection status (Article 2 (h) QDir). In accordance with these recitals and definitions, Article 20 (2) QDir provides that the chapter on the content of international protection (Articles 20-35 QDir) “shall apply both to refugees and persons eligible for subsidiary protection unless otherwise indicated.“ Thus normally the same regime applies to refugees and beneficiaries of subsidiary protection. In this context, the personal scope of the integration-Article 34 QDir is of major importance. The provision applies to all beneficiaries of international protection and reads: „Access to integration facilities. In order to facilitate the integration of beneficiaries of international protection into society, [emphasis added] Member States shall ensure access to integration programmes which they consider to be appropriate so as to take into account the specific needs of beneficiaries of refugee status or of subsidiary protection status, or create pre-conditions which guarantee access to such programmes.“ Thus, the final objective of the Qualification Directive is the integration into society of all beneficiaries of international protection. Conclusion: The 2011 recast version of the Qualification Directive, in force, is clearly intending a single international protection status. Only in few areas refugees and persons qualifying for subsidiary protection status may be treated differently.⁶³

Following the same policy, the *Proposal for a Qualification Regulation* (July 2016)⁶⁴ confirms, in principle, the equal treatment of refugees and other nationals of third-countries in need of international protection (beneficiaries of subsidiary protection) as regards the content of the protection. The Proposal expressly intends to “ensure an equality of treatment of beneficiaries of international protection” (recital 1) [emphasis added] and defines in recital 7 as main objective of the Regulation “to ensure that a common set of rights is available for those persons [in need of international protection] in all Member States.” And recital 8 proclaims the “further approximation of rules on the recognition and content of refugee and subsidiary protection status ...” [emphasis added]. Furthermore recital 53 reads: “To facilitate the integration of beneficiaries of international protection [emphasis added] into society, beneficiaries of international protection shall have access to integration measures, modalities to be set by the Member States.” Accordingly, Article 22 of the Proposal provides that the Chapter on the content of international protection “shall apply both to refugees and persons eligible for subsidiary protection unless otherwise indicated.” And, with respect to access to integration measures, Article 38 of the Proposal doesn’t differentiate between refugees and beneficiaries of subsidiary protection.

Thus, the substantive rules of the Qualification Directive and of the Proposal for a Qualification Regulation clearly reflect the objective of the EU refugee policy to integrate all third-State nationals in need of protection.

It seems reasonable and even compelling to complement these integration-friendly European substantive rules by corresponding European conflict-of-laws rules.

b) *Conflict-of-laws rules as a means of integration*

The divergent solutions on the level of the Member States (*lex patriae; lex domicilii*; special conflict rules regarding protection-seeking persons differing in respect of personal and temporal scope) argue in favour of a uniform EU conflict-of-laws rule.

⁶³ The Member states may deviate from the general uniform regime only in a few cases, e.g. regarding Social assistance (Article 29) and Residence permits (Article 24).

⁶⁴ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents, submitted by the European Commission on 13 July 2016, COM (2016) 466 final.

From the very beginning, all genuine immigration countries, like Australia or the USA, have applied the *lex domicilii* not only to domestic people but also – as a means of facilitating integration – to all immigrants. By contrast, genuine emigration countries, especially in Europe, have applied in the past and partly still apply today the *lex patriae* regarding personal affairs. However, in recent times, most European countries have increasingly become immigration countries. This is particularly true for Germany.⁶⁵ Therefore, it seems a logical and even a compelling consequence to adjust the conflict-of-laws rules to the changed factual situation.

The easiest technical way to end the actual splitting of PIL rules for third-State nationals seeking protection in the EU would be to replace on the EU level the connecting factor 'nationality', regarding personal matters, with the connecting factor 'habitual residence' in respect of everyone. Such a change would take into account the transformation of European States from emigration States to immigration ones. Under such a regime Article 12 GRC would be a prevailing *lex specialis*. However, it is rather unlikely that Member States with a strong tradition in favour of the *lex patriae* in personal matters would accept this radical solution. But those EU Member States should at least adjust the pertinent conflict rules by replacing, as far as necessary for integration, the connecting principle of nationality with that of habitual residence for all protection-seeking nationals of third-States. Theoretically, it would even be possible to autonomously define, for determining the applicable law, the personal scope of such a special conflict-of-laws rule, i.e. to specify which persons are encompassed by the special (auxiliary) conflict rule. But such a definition would not be autonomous because it would be legally predetermined by the definition of refugees in Article 1 A (2) GRC and, in respect of third-State nationals qualifying for subsidiary protection, the personal scope could hardly deviate from the definition in Article 2 (f) QDir. Thus, the pertinent conflict-of-laws rule and the substantive law provisions should correspond with respect to their personal scope.

Such a correspondence of substantive and PIL provisions could be reached on the EU level by a special conflict-of-laws rule restricted to third-State nationals eligible for international protection in the meaning of the Qualification Directive. Could one of the above-mentioned Member States' special conflict-of-laws rules serve as a model for a European conflict-of-laws provision? Sure, they provide legal certainty regarding the temporal applicability of the *lex domicilii*, but they present at the same time grave disadvantages. According to § 28 of the Czech Act on Private International Law (2012) the sole lodging of an application for being granted international protection triggers the applicability of the law of habitual residence, i.e., normally of the law of the host country. However, such an application shows evidence only of the willingness to stay in the host country but doesn't give any indication about the justification of the application. For instance, in Germany, the number of rejected applications is considerable (e.g. 37,2 % = 106.232 from January to April 2017). Hence, according to the special Czech conflict-of-laws rule, unsuccessful applicants would be governed, regarding personal matters, by the law of the host country, despite the fact that they are not entitled to permanently stay in the host country and that they will eventually be sent back to their country of origin. Additionally, the Czech approach implies a change in the applicable law (*Statutenwechsel*) during the applicant's stay in the host country. I don't think that such a provision should serve as a model for a European conflict rule. The Polish and Dutch approaches avoid the problem of applying the *lex domicilii* (= *lex fori*) to unsuccessful applicants by mandatorily requiring either the grant of a protection status (Poland)⁶⁶ or of a residence permit (Netherlands)⁶⁷ for triggering the application of the *lex domicilii*. However, prior to the granting of such a triggering decision – and the procedure may take a long time

⁶⁵ In Germany, emigration and immigration have a long history beginning with the Reformation, 500 years ago. Since World War II million of refugees and other immigrants came to Germany because of the war or triggered by political repressions in communist and fascist States but also by economic crises. In the 1950s and 1960s foreign 'guest workers' were actively recruited by Germany but expected to go back to their home countries after some years. In fact, many of them did not return but remained permanently. That means, that post-war Germany became an immigration country at least since 1950, that is, since more than 2 generations.

⁶⁶ See supra Fn. 19.

⁶⁷ See supra Fn. 21.

which cannot be shortened by protection-seeking persons – civil courts must apply to all these persons, regarding personal matters, the law of the country they fled. Thus, an internal *Statutenwechsel* is unavoidable for both the Polish and Dutch approaches so far as they adhere to ‘nationality’ as ordinary connecting factor in personal matters and make the applicability of the *lex domicilii* dependent on a granting decision. And all three special approaches deprive the civil judge of its competence to autonomously assess whether the conditions for the applicability of the *lex domicilii* are fulfilled or not. By contrast, the special Austrian PIL rule abstains from making this assessment of the civil judge dependent on a private or official act. The Austrian approach seems to be preferable also for other reasons: It respects the different objectives of asylum and aliens laws, on the one hand, and of private international law, on the other hand. The first laws are, more or less, oriented towards public common good and individual physical wealth, while Private International Law looks at the legal status and the personal legal relations of private individuals. And the personal scope of the Austrian rule rightly encompasses any person seeking international protection. As experience shows, most immigrants, whether Convention or Directive refugees, will permanently or at least for a longer period remain in the host country. Consequently, it doesn’t make sense to differentiate between third-State nationals qualifying for the refugee status and those eligible for the status of subsidiary protection. And those people who eventually go back to their countries of origin will not be harmed by a temporary application of the *lex domicilii*, a regime which constitutes the ordinary personal statute in a considerable number of States, especially but not exclusively in the Common-Law area.

A European conflict-of-laws rule, which follows the Austrian approach, could read as follows:

“The personal status of a third-State national who is eligible [qualifying] for [asylum or] international protection in the meaning of Article 2 (a) of the Directive 2011/95/EU shall be governed by the law of her/his habitual residence in the EU, or, if she/he has no habitual residence in the EU, by the law of her/his residence in the EU.”

An alternative version could refer to Article 12 GRC:

“Article 12 of the [1951 Geneva] Convention Relating to the Status of Refugees applies to third-State nationals who are eligible [qualifying] for [asylum or] international protection in the meaning of Article 2 (a) of the Directive 2011/95/EU.

Rationale:

Both versions are conceived as complementary to the substantive provisions on international protection established by the Qualification Directive 2011/95/EU. Therefore, the conflict-of-laws rule should be inserted into the Qualification Directive 2011/95/EU or the proposed Qualification Regulation designed to replace the Directive.

Such a rule would be a declaratory one for those Member States which are generally using domicile or habitual residence as connecting factor regarding personal affairs. By contrast, for Germany and the other Member States in which the connecting factor ‘nationality’ determines personal matters, such a European PIL rule would change the law applicable to persons eligible for subsidiary international protection in the meaning of the Qualification Directive 2011/95/EU.

According to this proposal, the law governing the personal status of protection-seeking third-State nationals is determined by her/his (habitual) residence from the moment in which the conditions for a protection status (asylum, refugee, subsidiary protection) are met. Also, one could imagine situations where it would be justified – in order to avoid a *Statutenwechsel* – to apply that law retroactively, i.e. from the moment when the person(s) concerned left their home country.

Whether a third-State national is a refugee in the meaning of Articles 1 A (2) and 12 GRC or is eligible for international protection in the meaning of Article 2 (a) of the Directive 2011/95/EU is assessed not in a centralized (administrative) procedure but by the civil court

seized. In this assessment, the court is not bound by any (positive or negative) decision taken by a domestic or foreign administrative authority⁶⁸ or by any other formal act – unless a competent legislator has compelled civil courts to comply with such decisions, acts or assessments. Neither the Geneva Refugee Convention nor the Qualification Directive contain any rule compelling civil courts, when determining the law applicable to protection-seeking third-State nationals in respect of personal matters, to abide by pertinent administrative (declaratory) decisions⁶⁹ or assessments. Only some Member States (Czech Republic, Netherlands, Poland) have enacted rules which make dependent the application of the *lex domicilii* to protection-seeking persons on an administrative decision/act. Thus, unless otherwise indicated by a competent legislator, the determination of the applicable civil law in personal matters is independent of any administrative decision regarding the alien law (public law) status of the person concerned. Pertinent administrative decisions/acts have at best indicative effect for the determination of the applicable law by the civil court seized. Such decisions may render superfluous a further examination, by the hearing civil court, of the qualification for an international protection status as a prerequisite for applying the *lex domicilii*. And the lodging of an application for asylum or for any other form of international protection may give evidence for the intention of a person to stay in the host country. In sum, the civil court seized is competent to independently assess whether a third-State national fulfils the conditions for being eligible for a protection status as prerequisite for applying the *lex domicilii* (*lex fori*).⁷⁰ That means that the personal scope of the special (auxiliary) conflict-of-laws rule proposed here covers all third-State nationals seeking any form of protection in the EU: national asylum or international protection (refugee or subsidiary protection). According to the proposed EU auxiliary conflict-of-laws rule, the *lex domicilii* (habitual residence) applies if a person is eligible for any status of international protection; if not, the ordinary PIL rule determines the applicable law. This approach which focuses on the eligibility (qualification) of third-State nationals for international protection avoids any potential internal change of the law applicable (*Statutenwechsel*) to the personal status of protection-seeking third-State nationals in a host country.

3. Fall-back solution on the national (Member States') level?

If a solution on the EU level fails, Member States lacking a specific conflict-of-laws rule regarding third-State nationals eligible for subsidiary protection should introduce such a rule on the national level to redress the disparate treatment of Convention refugees and persons qualifying for subsidiary protection. This should be done in a spirit of harmonization within the EU. However, a voluntary parallel enactment of a common uniform conflict rule in all EU Member States concerned seems to be rather illusory, especially in view of the diversity of the pertinent special PIL rules already in force in some Member States. Therefore, in practice, a spontaneous harmonization in the EU seems unrealistic.

For Germany, one could integrate the proposed special conflict-of-laws rule into the pertinent provision of the EGBGB. Hence, Article 5 (2) EGBGB could read:

“If a person is stateless or if his nationality cannot be identified or if he is eligible for an international protection status as referred to in section 3 or 4 of the Asylum Act

⁶⁸ Dominant opinion in German legal literature and practice regarding Article 12 GRC: Cf., e.g., Lorenz, in: BeckOK [Online commentary] BGB, EGBGB Article 5 Recital (*Randnummer*) 28 with references *ibid.*; Thorn, (supra fn. 7) Anhang EGBGB Art. 5, no. 22.

⁶⁹ Cf. recital 21 QDir (verbatim corresponding to recital 14 Council Directive 2004/83/EC) and recital 18 of the Proposal for a Qualification Regulation, which qualify the recognition of the refugee status as declaratory.

⁷⁰ Cf. German Bundesgerichtshof 11.10. 2006 XII ZR 79/04 BGHZ 169, 240 Rn. 9 (for asylum seekers): „§ 2 Abs. 1 AsylVerfG bestimmt lediglich, dass Asylberechtigte im Bundesgebiet die Rechtsstellung der Flüchtlinge nach dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (BGBl. 1953 II S. 559) haben, so dass die Anerkennung als Asylberechtigter für die Anwendbarkeit des Article 12 der Flüchtlingskonvention eine erneute Überprüfung der Flüchtlingseigenschaft im Sinne dieser Konvention überflüssig macht (... reference). Daraus kann aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, die rechtskräftige Ablehnung eines Asylantrages oder gar die noch ausstehende Entscheidung darüber schließe den Status eines Konventionsflüchtlings aus. In diesen Fällen ist die Flüchtlingseigenschaft vielmehr vom Zivilgericht eigenständig zu prüfen (... reference)....”

applies the law of the country in which the person has his habitual residence or, in the absence thereof, his residence.”

III. Summary

1. The conflict-of-laws rule in Article 12 of the Geneva Refugee Convention designating the *lex domicilii* for personal matters, in force in all EU Member States, covers refugees only, not third-State nationals granted subsidiary protection or eligible/applying for subsidiary protection.
2. Pertinent conflict-of-laws rules on the EU level do not exist.
3. Pertinent conflict-of-laws rules on the level of the Member States differ as follows:
 - 3.1 Personal matters are generally governed by the *lex domicilii* (habitual residence/residence) [+ Art. 12 GRC]; in these countries, special conflict-of-laws rules regarding third State nationals eligible [qualifying] for subsidiary international protection are not needed.
 - 3.2 Personal status matters are generally governed by the *lex patriae* [+ Art. 12 GRC].
 - 3.3 Special conflict-of-laws rules regarding personal status matters designate the *lex domicilii* for third-State nationals who
 - 3.3.1 are granted protection status (PL)
 - 3.3.2 are granted residence permit (NL)
 - 3.3.3 have applied for international protection (CZ)
 - 3.3.4 are eligible for international protection (AT)
4. A European special conflict-of-laws rule regarding personal status matters of third-State nationals seeking international protection in the EU seems necessary especially to unify the legal situation for all these persons and to avoid internal *Statutenwechsel*. The rule should adopt Art. 12 GRC (in substance) or refer to Art. 12 GRC (governance of the *lex domicilii*).
5. Such a rule should encompass all persons in need of international protection and could read:

“The personal status of a third-State national who is eligible [qualifying] for [asylum or] international protection in the meaning of Article 2 (a) of the Directive 2011/95/EU shall be governed by the law of her/his habitual residence, or, if she/he has no habitual residence in the EU, by the law of his residence.”

Or, alternatively
“Article 12 of the [1951 Geneva] *Convention Relating to the Status of Refugees* applies to a third-State national who is eligible [qualifying] for [asylum or] international protection status in the meaning of Article 2 (a) of the Directive 2011/95/EU”.
6. Whether the conditions of application of such a common European conflict rule are fulfilled must be assessed by the civil court seized independently of any other private or official act in an administrative procedure.
7. Such a conflict-of-laws rule could be codified in an amended Qualification Directive or the proposed Qualification Regulation.

08/06/2017

ANNEXE 3

[PIL & Increasing Mobility \(European Parliament\)](#)

ANNEXE 4

[Children & PIL \(European Parliament\)](#)

ANNEXE 5

Projet de convention sur les jugements, février 2017 ([FR](#)) ([ENG](#))

ANNEXE 6

[Unions civiles et droit italien - version 2 \(S. Bariatti\)](#)