

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Cette page ne doit pas être insérée dans la reliure

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

par
Jean-Sylvestre BERGÉ
Professeur à l'Université de Lyon, membre de l'Institut universitaire de France

Delphine PORCHERON
Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

et
Gustavo VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA
Maître de conférences à l'Université de Reims

TABLE DES MATIÈRES

Généralités, 1-2.

TIT. 1. – Droit international privé et système juridique de l'Union européenne, 3-61.

CHAP. 1. – Approche historique, 3-18.

SECT. 1. – Droit européen de première génération et droit international privé, 4-9.

ART. 1. – PREMIÈRES CONVENTIONS ENTRE ÉTATS MEMBRES, 5-6.

ART. 2. – PREMIERS TEXTES DE DROIT DÉRIVÉ, 7-8.

ART. 3. – PREMIÈRES DÉCISIONS DE LA COUR DE JUSTICE, 9.

SECT. 2. – Droit européen de deuxième génération et droit international privé, 10-13.

ART. 1. – COMMUNAUTARISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ PAR VOIE DE RÈGLEMENTS, 11-12.

ART. 2. – DÉVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE INTERPRÉTATIVE DE LA COUR DE JUSTICE, 13.

SECT. 3. – Droit européen de troisième génération et droit international privé, 14-18.

ART. 1. – ACTIONS DE REFONTE ET DE SYSTÉMATISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN, 15.

ART. 2. – DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN À GÉOGRAPHIE VARIABLE, 16-17.

ART. 3. – UNION EUROPÉENNE ET CODIFICATION INTERNATIONALE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 18.

CHAP. 2. – Compétences, 19-29.

SECT. 1. – Compétences internes, 20-24.

ART. 1. – DONNÉES INSTITUTIONNELLES : LES ÉLÉMENTS EN DÉBAT, 21-22.

ART. 2. – DONNÉES MATÉRIELLES : ENTRE FAUX ET VRAIS PROGNOSTICS, 23-24.

SECT. 2. – Compétences externes, 25-29.

ART. 1. – RETOUR SUR LES COMPÉTENCES INTERNES ET LEURS LIENS AVEC LES COMPÉTENCES EXTERNES, 26.

ART. 2. – PRÉEMPTION DES COMPÉTENCES NATIONALES EXTERNES PAR L'UNION EUROPÉENNE, 27-29.

CHAP. 3. – Méthodes, 30-61.

SECT. 1. – Altérité du droit européen et du droit international privé, 31-38.

ART. 1. – IRRÉDUCTIBILITÉ DU DROIT EUROPÉEN AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 32-34.

ART. 2. – IRRÉDUCTIBILITÉ DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AU DROIT EUROPÉEN, 35-36.

ART. 3. – MÉTHODE PRÉCONISÉE : LA DOUBLE APPROCHE, 37-38.

SECT. 2. – Méthodes du droit européen appliquées au droit international privé, 39-49.

ART. 1. – UNIFORMISATION EUROPÉENNE, UNILATÉRALISME ET ÉQUIVALENCE, 40-44.

ART. 2. – OBJETS JURIDIQUES DE DIMENSION EUROPÉENNE ET RELATIONS TRIANGULAIRES, 45-48.

ART. 3. – ESPACES COMMUNS EUROPÉENS ET RECONNAISSANCE MUTUELLE, 49.

SECT. 3. – Méthodes du droit international privé appliquées au droit européen, 50-61.

ART. 1. – DISTINCTION DES DIMENSIONS INTERNES ET EXTERNES ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 51-55.

ART. 2. – DISTINCTION ACTIVITÉS/ACTES ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 56-57.

ART. 3. – LOIS DE POLICE ET ORDRE PUBLIC EUROPÉENS ET NATIONAUX, 58-61.

TIT. 2. – Droit international privé européen, 62-184.

CHAP. 1. – Le juge du droit international privé européen, 63-111.

SECT. 1. – Coopération préjudicielle entre la Cour de justice et le juge national, 64-85.

ART. 1. – COUR DE JUSTICE : INTERPRÈTE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE L'UNION EUROPÉENNE, 65-80.

§ 1. – *Contraintes d'interprétation*, 66-69.

§ 2. – *Techniques interprétatives*, 70-80.

ART. 2. – JUGE NATIONAL : JUGE DE DROIT COMMUN DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN, 81-85.

SECT. 2. – Cour de justice : architecte de droit international privé européen, 86-111.

ART. 1. – ADAPTATION, 87-98.

§ 1. – *Qualification européenne*, 88-91.

§ 2. – *Approche fonctionnelle des rattachements*, 92-94.

§ 3. – *Cantonement des lois de police étatiques*, 95-98.

ART. 2. – CRÉATION, 99-111.

§ 1. – *Création sur le fondement de la reconnaissance mutuelle*, 100-106.

§ 2. – *Création sur le fondement de la citoyenneté européenne*, 107-108.

§ 3. – *Création sur le fondement d'objectifs substantiels*, 109-111.

CHAP. 2. – La codification du droit international privé européen, 112-184.

SECT. 1. – Fondements et principes d'une codification du droit international privé européen, 113-131.

ART. 1. – FONDEMENTS DE LA CODIFICATION, 114-126.

§ 1. – *Bases juridiques*, 115-120.

§ 2. – *Motivations*, 121-126.

ART. 2. – PRINCIPES DE LA CODIFICATION, 127-131.

SECT. 2. – Orientations d'une codification du droit international privé européen, 132-184.

ART. 1. – FONDAMENTAUX D'UN CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN, 133-151.

§ 1. – *Domaine spatial du code*, 134-136.

§ 2. – *Domaine matériel du code*, 137-140.

§ 3. – *Modèle du code*, 141-151.

ART. 2. – PRISE EN COMPTE DU PLURALISME DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 152-162.

§ 1. – *Codification articulée*, 153-159.

§ 2. – *Codification dynamique*, 160-162.

ART. 3. – ÉTAT DES PROPOSITIONS, 163-180.

§ 1. – *Propositions tenant à la structure du code*, 164-170.

§ 2. – *Propositions tenant aux solutions de fond*, 171-180.

ART. 4. – PERSPECTIVES, 181-184.

§ 1. – *Amélioration du cadre institutionnel de l'Union*, 182.

§ 2. – *Contribution à une théorie générale du droit international privé européen*, 183-184.

BIBLIOGRAPHIE

Les premiers travaux :

J. BASEDOW, *Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offerentis*, 1995, *RabelsZ*, p. 1. – J.-S. BERGÉ, La protection internationale et communautaire du droit d'auteur – Essai d'une analyse conflictuelle, 1996, *LGDJ*, spéc., p. 337-414. – M. FALLON, Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré : l'expérience de la Communauté européenne, *RCADI*, 1995 (vol. 253), p. 9-281. – E. JAYME et C. KOHLER, L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des Conventions de Bruxelles et de Rome, *Rev. crit. DIP* 1995. 1. – P. LAGARDE et B. VON HOFFMANN (ed.), *The Europeanisation of international private law, Academy of European Law (ERA)*, Trier, Köln, 1996, *Bundesanzeiger*. – S. POILLOT-PERUZETTO, Les concepts en droit communautaire, *in* Vers une culture juridique européenne, 1998, *Montchrestien*, p. 121 s. – G. RADICATI DI BROZOLO, L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation, *Rev. crit. DIP* 1993. 401. – F. RIGAUX, Droit international privé et droit communautaire, L'internationalisation du droit, *Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn*, 1994, *Dalloz*, p. 341.

Le thème n'a cessé de susciter l'intérêt et parfois la controverse :

M. AUDIT, Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois, *JDI* 2006. 1333. – M. AUDIT, H. MUIR WATT et E. PATAUT (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, 2008, *LGDJ* ; *Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, 2008, *Dalloz*. – J.-S. BERGÉ, Le droit du marché intérieur et le droit international privé communautaire : de l'incomplétude à la cohérence, *in* V. MICHEL (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'UE face à l'impératif de cohérence*, 2009, *PUS*, p. 339. – S. FRANCO, L'applicabilité spatiale du droit dérivé communautaire au regard des méthodes du droit international privé, 2005, *Bruylant*. – A. FUCHS, H. MUIR WATT et E. PATAUT, Les conflits de lois et le système juridique communautaire, 2004, *Dalloz* ; *Mélanges Paul Lagarde*, 2005, *Dalloz*. – M. FALLON, Les projets européens en matière de conflits de lois : une mise en contexte, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2006/4, p. 503. – M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZETTO (dir.), La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?, 2009, *Dalloz*. – M. FALLON et J. MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, 2002, *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, p. 37. – H. GAUDEMET-TALLON, La cohérence des sources communautaires et internationales, *in* A.-M. LEROYER et E. JEULAND, *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen*, 2004, *Dalloz*, p. 83. – H. GAUDEMET-TALLON, Le

pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses, RCADI, 2005, t. 312. – F. JAULT-SESEKE, J. LELIEUR et Ch. PIGACHE (dir.), L'espace judiciaire européen civil et pénal – Regards croisés, 2009, Dalloz. – N. JOUBERT et S. CORNELOUP (dir.), Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, 2008, Litec. – A.-M. LEROYER et E. JEULAND (dir.), Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?, 2004, Dalloz. – Comp. sur ce sujet en anglais : U. MAGNUS et P. MANKOWSKI (ed.), *European Commentaries on Private International Law – Bussels I Regulation*, 2012, Sellier. – H. MUIR WATT, L'entrave à la prestation transfrontière de services : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres, in *Mélanges J. Beguin*, 2005, Litec, p. 551. – M.-L. NIBOYET et J.-S. BERGÉ (dir.), La réception du droit communautaire en droit privé des États membres, préf. M. Fallon, 2003, Bruylant. – E. PATAUT et J.-S. BERGÉ, Approche critique du vocabulaire juridique européen : la distinction nationale, étranger, européen, chronique du Cejec, LPA 2008, n° 221, 5. – S. SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ (dir.), Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers, 2009, Litec.

Les travaux les plus récents :

– monographies, ouvrages collectifs, études d'ensemble : T. AZZI et O. BOSKOVIC, Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, 2015, Bruylant. – S. CLAVEL, Le droit international privé européen est-il « honorable » ? Retour sur une controverse doctrinale, in *Mélanges Pier Mayer*, 2015, LGDJ, p. 119. – G. CUNIBERTI, *Conflict of Laws. A Comparative Approach*, EE, 2017. – G. CUNIBERTI, Cl. NORMAND et F. CORNETTE, Droit international de l'exécution – recouvrement des créances civiles et commerciales, LGDJ, 2011. – S. CORNELOUP et N. JOUBERT, Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux, 2011, Litec. – M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZETTO, L'architecture d'un code européen de droit international privé, 2014, Peter Lang ; *Boundaries of European Private International Law/Les frontières du droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, in J.-S. BERGÉ, S. FRANCO and M. GARDEÑES SANTIAGO (ed.), 2015, Bruylant. – A. FURRER, M. R. ALEXANDER, I. PRETELLI (eds.), *The Challenges of European Civil Procedural Law for Lugano and Third States*, 2016, Zürich, Schulthess. – H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe, 5^e éd., 2015, LGDJ. – M. HAZELHORST, *Free Movements of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, 2017, Springer. – E. PATAUT, S. BOLLÉ, L. CADIET et E. JEULAND (dir.), Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques, Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André TUNC, t. 43, éd. IRJS, 2013. – G. VAN CALSTER, *European Private International Law*, 2nd ed., 2016, Hart.

– articles et études sur le juge de droit international privé européen : M. AUDIT, L'interprétation autonome du droit international privé communautaire, JDI 2004. 789 s. – T. AZZI, La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire, *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, 2014, Dalloz, p. 43 s. – J.-S. BERGÉ, Dynamique interprétative de la Cour de justice et codification européenne du droit international privé, in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZETTO (dir.), La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?, 2009, Dalloz, p. 591 s. – J.-S. BERGÉ et G. CANIVET (dir.), La pratique du droit de l'Union européenne par le juge judiciaire, *Réflexions autour de cas*, 2016, Dalloz. – P. BERTOLI, *The Court of justice, European Integration and Private International Law*, Yearbook of private international law, vol. 3,

2006, p. 375 s ; *The ECJ'S Rule of Reason and Internationally Mandatory Rules, International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*, 2013, Asser Press p. 771 s. – S. BESSON, N. LEVRAT et E. Clerc (dir.), Interprétation en droit européen – *Interpretation in European Law*, 2011, Bruylant, LGDJ, Schulthess. – P. COURBE, Le juge, la jurisprudence et le droit international privé, in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, 2008, LGDJ, p. 179 s. – J. FOYER, La jurisprudence en droit international privé entre création et adaptation de la règle de droit, *Archives Phil. dr.* 50 (2006), p. 261 s. – M. KARPENSCHIFF et C. NOURISSAT, Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, 3^e éd., 2016, PUF. – Ch. KOHLER, La Cour de justice des Communautés européennes et le droit international privé, *Trav. Com. fr. DIP 1993-1995*, p. 71 s. – A. MAITREPIERRE, Le dialogue des juges et la coordination judiciaire, *Trav. Com. fr. DIP 2014-2016*, Pedone, (à paraître) 2017. – T. MARZAL, La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé, in *L'ordre public*, *Archives Phil. dr.* 2015, t. 58, Dalloz, p. 267 s. – C. NOURISSAT, La Cour de justice face aux règlements de coopération judiciaire en matière civile et commerciale, *Trav. Com. fr. DIP 2010-2012*, Pedone, p. 19 s. – F. PICOD, Jurisprudence de la CJUE 2014-2015, Décisions et commentaires, 2015 & 2016, Bruylant. – S. POILLOT-PERUZETTO, Les concepts en droit communautaire, in *Vers une culture juridique européenne*, 1998, Montchrestien, p. 121 s. – D. PORCHERON, La jurisprudence des deux Cours européennes (CEDH et CJUE) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité, *JDI* 2015. 821 s. – B. RÉMY, Techniques interprétatives et systèmes de droit, *RGDIP* 2011. 329 s. – P. RÉMY-CORLAY, Les renvois préjudiciels en droit international privé, *Trav. Com. fr. DIP 2014-2016*, Pedone, (à paraître) 2017. – M. ROCCATI, Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen, Du marché intérieur à la coopération civile, préf. M.-L. Niboyet, 2013, Bruylant. – A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT (dir.), La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence, 2013, Asser Press. – A. TIZZANO, A. ROSAS, R. SILVA de LAPUERTA, K. LENAERTS et J. KOKOTT, La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence du juge Vassilios Skouris, 2015, Bruylant.

– articles et études sur la codification du droit international privé européen : J. ADOLPHSEN, *Die Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts*, in *Recht ohne Grenzen – Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, Otto Schimdt, 2012, p. 1-14. – B. BALLESTER, Rapport sur coût de la non-Europe – un Code européen du droit international privé, 2013 (PE 504.468 ; CoNE 3/2013). – J. BASEDOW, *Kodifizierung des europäischen Internationalen Privatrechts ?*, *RabelsZ* 75 (2011) 671 s. ; *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union : Eine einleitende Orientierung*, in J. VON HEIN et G. RÜHL (Hrsg.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen, 2016, Mohr Siebeck, p. 3-23 ; *EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz – Ein schwieriges Verhältnis*, *IPRax* 2 (2017), p. 194-200. – S. BESLIER et P. LAVAGGI, Les procédures de codification et de refonte en droit communautaire : une contribution à l'effort de simplification de l'environnement réglementaire, *RDUE* 2006. 313-324. – A. BONOMI, *European Private International Law and Third States*, *IPRax* 2 (2017), p. 184-193. – G. CERQUEIRA, La Conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des organisations régionales d'intégration économique, *Revue de droit uniforme – Unidroit*, vol. 12, 2007-4, p. 761-793 ; La réduction progressive du domaine matériel du règlement Bruxelles I refondu : l'environnement normatif du nouveau règlement, *Rev. crit. DIP* 2016. 285. – G. CERQUEIRA et N. NORD (dir.), Le droit étranger face

à la hiérarchie des normes – Le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité de la norme étrangère, Société de Législation Comparée, 2017. – M. CZEPELAK, *Would we like to have a European code of private international law ?*, *European Review of Private Law*, 4, 2010, p. 705-728. – A. DUTTA, *Gemeinsame oder getrennte Kodifikation von IPR und IZVR auf europäischer Ebene : Die bisherigen und geplanten Verordnungen im Familien- und Erbrecht als Vorbilder für andere Rechtsgebiete ?*, in *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, op. cit., p. 27 s. – M. FALLON, Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen, in A. WIJFFELS (dir.), *Le code civil entre ius commune et droit privé européen*, Bruxelles, 2005, Bruylant, p. 225-268 ; La codification du droit international privé européen, in M. FALLON, P. KINSCH et Ch. KOHLER (dir.), *Le droit international privé en construction – Vingt ans de travaux du GEDIP*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, Intersentia, p. 615-615. – E. FRANKENSTEIN, *Projet de code européen de droit international privé*, Leiden, 1950, Brill. – Th. K. GRAZIANO, *Gemeinsame oder getrennte Kodifikation von IPR und IZVR : Das schweizerische IPR-Gesetz als Modell für eine europäische Gesamtkodifikation – Lehren für die EU ?*, in *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, op. cit., p. 44 s. – C. HEINZE, *Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen internationalen Privatrechts*, in *Die Richtig Ordnung – Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2008, Mohr Siebeck, p. 105-127. – A. JAGER JR (org.), *Europeização da Parte Geral do Direito Intenarional Privado : estudos de uma codificação do Direito Internacional Privado na União Europeia através de uma Regulamento Roma Zero*, Editora RJR, 2017. – E. JAYME, *Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie*, in B. JUD, W. H. RECHBERGER, G. REICHEL (Hrsg.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union : Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes*, Wien, 2008, Jan Sramek, p. 63-76 ; *Die künftige Bedeutung der nationalen IPR-Kodifikationen*, IPRax 2 (2017), p. 179-183. – E.-M. KIENINGER, *Das Europäische IPR vor der Kodifikation ? in Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren*, *Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 2012, p. 184-197 ; *Die weitere Kodifikation des europäischen IPR*, IPRax 2 (2017), p. 200-208. – X. KRAMER, M. DE ROOIJ, V. LAZIC, R. BLAUWHOFF et L. FROHN, *Un cadre européen pour le droit international privé : lacunes actuelles et perspectives futures*, Étude (2012) (PE 462.487). – K. F. KREUZER, *Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechts ? in Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, op. cit., p. 1-68. – P. LAGARDE, *Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé : Titre I. – Partie générale*, *RabelsZ* 75 (2011), p. 673-676. – S. LEIBLE (Ed.), *General Principles of European Private International Law*, *Kluwer Law International*, 2016 ; *Auf dem Weg zu einer Rom 0-Verordnung ? Plädoyer für einen Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2014, Mohr Siebeck, p. 429-448. – S. LEIBLE et H. UNBERATH (Hrsg.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung ? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, 2013, Sellier. – S. LEIBLE et M. MÜLLER, *A general part for European PIL ? The idea of a « Rome 0 Regulation »*, *Yearbook of Private International Law* 14 (2012/2013), p. 137 s. – L. LIMA PINHEIRO, *The Methodology and the General Part of the Portuguese Private International Law Codification : a Possible Source of Inspiration for the European Legislator ?*, in *Yearbook of Private International Law*, 14 (2012/2013), p. 153 s. – F. NETZER, *Status quo und Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts : Vorschlag zum Erlass einer EuZPO*, 2011, Mohr Siebeck. – N. NORD, *La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international*, *Rev. crit. DIP* 2016-2, p. 309-330. – S. POILLOT-PERUZETTO,

La codification du droit communautaire, in B. BEIGNER (dir.), *La codification*, 1996, Dalloz, p. 145-164. – T. RAUSCHER, *Ein « Code of EC-Conflict Law » ?*, in *Rechtsschutz gestern – heute – morgen : Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher*, Wien, Graz, NWV, Neuer Wiss. Verl., 2008, 665-676. – G. REICHEL, *Zur Kodifikation des Europäischen Kollisionsrechts – am Beispiel des ordre public*, in *Europäisches Gemeinschaftsrecht ein IPR – Ein Beitrag zur Kodifikation des Allgemeinen Grundsätze des Europäischen Kollisionsrechts*, in G. REICHEL (Hrsg.), *Schriftenreihe des Ludwig Boltzman Institutes für Europarecht*, Band 16, Manz, Wien, 2007, 5-11. – G. RÜHL et J. VON HEIN, *Towards a European Code on Private International Law ?*, *RabelsZ* 79 (2015), p. 701-751. – F. SCHOCKWEILER, *La codification du droit international privé dans la communauté européenne*, *E pluribus unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague/Boston/London, 1996, Martinus Nijhoff, p. 391-404. – K. SIEHR, *Die Kodifikation des Europäischen IPR – Hindernisse, Aufgaben und Lösungen*, in *Kollisionsrecht in der Europäischen Union*, op. cit., p. 77-96. – H. J. SONNENBERGER, *Randbemerkung zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR*, in *Die Richtig Ordnung*, op. cit., p. 227-246. – W. VOERMANS, C. MOLL, N. FLORIJN et P. VAN LOCHEM, *Codification and consolidation in Europe as means to untie red tape*, *Statute Law Review*, 2008-2, p. 65-81. – R. WAGNER, *Do we need a Rome 0 Regulation ?*, *NILR* 61 (2014), p. 225-242.

Dans l'ouvrage, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?* précité :

S. BARIATTI et É. PATAUT, *Codification et théorie générale du droit international privé*, p. 337-361. – M. BOGDAN, *Some Nordic Reflections on the Desirability of an EU Code of Private International Law*, p. 253-255. – S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, *Quelle structure pour un code européen de droit international privé ?*, p. 257-280. – E. FABRIÈS-LECEA, *Quelle codification pour le droit international privé européen des procédures d'insolvabilité ?*, p. 377-388. – M. FALLON, *Rapport introductif*, p. 17-23 ; *Le domaine spatial d'un code européen de droit international privé. Émergence et modalités de règles de caractère universel*, 137-184. – M. GARDEÑES SANTIAGO, *Les exigences du marché intérieur dans la construction d'un code européen de droit international privé, en particulier la place de la confiance et de la reconnaissance mutuelle*, p. 89-106. – C. KESSEDJIAN, *Un code européen au regard des objectifs du droit international privé*, p. 107-132. – P. LAGARDE, *En guise de synthèse*, p. 365-376. – A. MAC ELEAVY FIORINI, *Qu'y a-t-il en un nom ? Un vrai code pour le droit international privé européen*, p. 27-48. – A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, *Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code européen de droit international privé*, p. 319-326. – J. MEEUSEN, *La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé. Réponse à la contribution du professeur Sylvaine Poillot-Peruzzetto*, p. 69-88. – P. A. DE MIGUEL ASENSIO et J.-S. BERGÉ, *The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law*, p. 185-211. – H. MUIR WATT, *La nécessité de la division tripartite. Conflit de lois, de juridiction, règles de reconnaissance et d'exécution ?*, p. 213-222. – M.-L. NIBOYET, *Les règles de procédure : l'acquis et les propositions. Les interactions entre les règles nationales de procédure et les « règles judiciaires européennes »*, p. 281-295. – S. POILLOT-PERUZETTO, *La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé*, p. 51-67. – I. RUEDA, *La place de la matière administrative et des immunités au sein d'un code européen de droit international privé*, p. 223-236. – B. VILÁ et M. Attal, *La place de la procédure et de la coopération entre juges et acteurs nationaux. Le périmètre de la codification*, p. 237-249. – M.-Ph. WELLER, *Les*

rattachements dans les conflits de lois, p. 327-334. – M. WILDERSPIN, Règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution. L'acquis et les propositions, p. 297-316.

Dans l'ouvrage, *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?* précité :

A. BORRÁS, La relation des textes de référence avec les textes internationaux, p. 141-155. – M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, p. 1-34. – S. FRANCO, Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique. En passant par la théorie générale...,

p. 35-68. – L. IDOT, Le cas du droit de la concurrence dans les textes de référence, p. 171-188. – C. KESSEDIAN, La relation des textes de référence avec le droit primaire, p. 119-133. – P. LAGARDE, Rapport de synthèse, p. 189-198. – H. MUIR WATT, Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme, p. 77-98. – F. POCAR, Quelques réflexions sur le choix des sous-catégories et des éléments de rattachement dans les textes de référence, p. 69-76. – S. POILLOT-PERUZZETTO, Ordre public et les lois de police dans les textes de référence, p. 93-118. – M. WILDERSPIN, La relation des textes de référence avec le droit dérivé, p. 135-140.

Généralités

1. *L'Union européenne, un nouveau contexte.* — Le droit de l'Union européenne s'offre comme un nouveau contexte juridique dans lequel se déploient dorénavant massivement les constructions du droit international privé. S'ajoutant aux contextes nationaux préexistants, aux différents environnements internationaux ou transnationaux préétablis, l'Union européenne est de nature à bouleverser profondément la substance et les conditions de mise en œuvre du droit de la condition des étrangers, des conflits de lois, des conflits de juridictions et de la reconnaissance des décisions, actes et situations nés à l'étranger. Les changements induits par l'émergence de ce nouveau cadre juridique de référence européen sont loin d'avoir livré l'ensemble de leurs manifestations. Les trois générations de droit européen qui se sont jusqu'à ce jour succédé ne suffisent pas à éclairer toutes les zones d'ombre que laissent subsister les deux grands espaces juridiques de l'Union européenne que sont l'espace du marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Mais le mouvement est en marche, qui laisse entrevoir des jeux dialectiques dont on peut raisonnablement penser qu'ils sont aujourd'hui bien établis.

2. *Jeux dialectiques entre le droit international privé et le droit européen.* — Ces rapports dialectiques mettent en scène, au premier niveau, une confrontation des méthodes et des solutions du droit international privé et du système juridique de l'Union européenne (V. *infra*, n^{os} 3 s.). Une approche historique commande de distinguer les trois grandes étapes qui ont marqué une européanisation du droit international privé (V. *infra*, n^{os} 3 s.). La question des compétences de l'Union européenne à légiférer dans ce domaine doit également être posée (V. *infra*, n^{os} 19 s.). Reste la question cruciale des méthodes : l'irréductibilité des deux matières du droit européen et du droit international privé laisse entrevoir un jeu croisé d'influence de l'une sur l'autre (V. *infra*, n^{os} 30 s.). Au second niveau, la construction du droit international privé à une échelle européenne doit être réexaminée (V. *infra*, n^{os} 62 s.). La présence d'un juge européen (V. *infra*, n^{os} 63 s.) et le mouvement de codification européenne (V. *infra*, n^{os} 112 s.) sont de nature à expliciter les transformations qui sont actuellement à l'œuvre.

TITRE 1^{er}

Droit international privé et système juridique de l'Union européenne

CHAPITRE 1^{er}

Approche historique

3. Trois générations de droit européen ont successivement pris pied dans la matière du droit international privé, marquant ainsi trois étapes (V. *infra*, n^{os} 4 s., 10 s., 14 s.) différentes dans le processus d'européanisation.

SECTION 1^{re}

Droit européen de première génération et droit international privé

4. Le droit international privé a été au contact de trois sources du droit européen de première génération : des conventions entre États membres (V. *infra*, n^{os} 5 s.), des textes de droit dérivé (V. *infra*, n^{os} 7 s.) et les premières décisions de la Cour de justice (V. *infra*, n^o 9).

ART. 1^{er}. – PREMIÈRES CONVENTIONS ENTRE ÉTATS MEMBRES

5. *Au commencement, quelques conventions fermées.* — L'histoire du droit international privé européen de première génération commence au temps des Communautés économiques européennes (CEE-1957) par l'élaboration de différents instruments

conventionnels destinés à régir les situations de droit international privé entre les différents États membres de la CEE. L'article 220 du traité CEE prévoyait alors que « Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants : – la protection des personnes, ainsi que la jouissance et la protection des droits dans les conditions accordées par chaque État à ses propres ressortissants ; – l'élimination de la double imposition à l'intérieur de la Communauté ; – la reconnaissance mutuelle des sociétés [...], le maintien de la personnalité juridique en cas de transfert du siège de pays en pays et la possibilité de fusion de sociétés relevant de législations nationales différentes ; – la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales ».

6. Deux textes majeurs, qui donneront naissance par la suite à des règlements de la Communauté européenne (CE-1992) et de l'Union européenne (UE-2009), ont été notamment élaborés dans ce contexte intergouvernemental européen. Il s'agit de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence du juge, la reconnaissance et l'exécution des décisions

en matière civile et commerciale (modifiée à diverses reprises) et de la Convention de Rome du 10 avril 1980 relative à la loi applicable aux obligations extracontractuelles. D'autres textes conventionnels ont été négociés par les États membres à cette époque, mais ils n'ont pas connu la même fortune, faute pour eux d'être entrés en vigueur. On songe particulièrement à deux instruments qui auraient eu une incidence sur le jeu normal des règles de droit international privé : la Convention de 1968 sur la reconnaissance mutuelle des sociétés et des personnes morales, l'avant-projet de Convention de 1973 sur les fusions internationales de sociétés anonymes (disponible exclusivement en anglais) et la Convention de 1976 relative au brevet européen pour le marché commun (dite « Convention sur le brevet communautaire »).

ART. 2. – PREMIERS TEXTES DE DROIT DÉRIVÉ

7. Éparpillement de textes dérivés. — Au titre du droit européen de première génération, il faut également mentionner un nombre très important de textes de droit dérivé qui, sans s'attacher spécialement à résoudre des questions de droit international privé, vont exercer de manière parcellaire une influence directe ou indirecte sur les solutions traditionnelles de droit international privé, définies à l'époque par le droit essentiellement national de chaque État membre. Entre autres exemples, on peut ainsi signaler, au titre des directives :

- directive n° 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JOCE, n° L 39, 14 févr.) ;
- directive n° 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (JOCE, n° L 61, 5 mars) ;
- directive n° 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (JOCE, n° L 250, 19 sept.) ;
- directive n° 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JOCE, n° L 372, 31 déc.) ;
- directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (JOCE, n° L 382, 31 déc.) ;
- directive n° 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (JOCE, n° L 42, 12 févr.) ;
- directive n° 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JOCE, n° L 298, 17 oct.) ;
- directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JOCE, n° L 95, 21 avr.).

8. S'agissant des règlements, on trouve notamment les premiers textes suivants :

- règlement n° 3 (1958) concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants (JOCE, n° L 30, 16 oct.), remplacé assez tôt par le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971,

relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JOCE, n° L 149, 5 juill.) ;

- règlement (CEE) n° 1983/83 concernant l'exemption par catégorie à certains accords de distribution exclusive ; règlement (CEE) n° 1984/83 de la Commission, 22 juin 1983, JO n° L 173, 30 juin concernant l'exemption à certaines catégories d'accords d'achat exclusif ; règlement (CEE) n° 4087/88 concernant l'exemption à certaines catégories d'accords de franchise (JOCE, n° L 359, 28 déc.) ;
- règlement (CEE) n° 4055/86 du Conseil du 22 décembre 1986 portant application du principe de la libre prestation des services aux transports maritimes entre États membres et entre États membres et pays tiers (JOCE, n° L 378, 31 déc.) ;
- règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JOCE, n° L 395, 30 déc.) ;
- règlement (CE) n° 3652/93 de la Commission, du 22 décembre 1993, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords entre entreprises portant sur des systèmes informatisés de réservation pour les services de transport aérien (JOCE, n° L 333, 31 déc.).

La liste est encore longue des instruments de droit dérivé qui incontestablement ont joué les trouble-fête dans le jeu normal des mécanismes de droit international privé (pour une approche exhaustive et approfondie de ce phénomène de perturbation, S. FRANCO, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes de droit international privé, 2005, Bruylant-LGDJ).

ART. 3. – PREMIÈRES DÉCISIONS DE LA COUR DE JUSTICE

9. Premières rencontres entre le droit international privé et la Cour de justice. — La jurisprudence de la Cour de justice (à l'époque, des communautés européennes) n'est pas restée en marge de cette rencontre, le plus souvent fortuite, entre les constructions nationales de droit international privé et le droit communautaire, spécialement du « Marché commun » (qui deviendra plus tard, la Marché unique [1992], puis le Marché intérieur [1997]). Entre autres exemples, on citera les jurisprudences remarquables suivantes :

- *Deutsche Grammophon* (CJCE 8 juin 1971, aff. 78/70) et *Musik-Vertrieb c/ GEMA* (CJCE 20 janv. 1981, aff. 55 et 57/80) en matière de libre circulation des marchandises et de protection de la propriété intellectuelle ;
- *Rewe-Zentral AG* (CJCE 20 févr. 1979, aff. 120/78) et *GB-INNO* (CJCE 30 mai 1989, Commission c/ Conseil, aff. 355/87) en matière de libre circulation des marchandises et de concurrence déloyale ;
- *Alsthom-Atlantique* (CJCE 24 janv. 1991, aff. C-339/89) en matière de libre circulation des marchandises et de libre concurrence ;
- *Alpine Investments* (CJCE 10 mai 1995, aff. C-384/93) en matière de libre prestation de services ;
- *Boukhalfa* (CJCE 30 avr. 1996, aff. C-214/94) et *Éco Swiss* (CJCE 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97) en matière de libre concurrence ;
- *Centros* (CJCE 9 mars 1999, aff. C-212/97) en matière de libre circulation des personnes (des sociétés en l'occurrence) ;
- *Arblade* (CJCE 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96) en matière de libre prestation de services impliquant un détachement de travailleurs ;
- *RFA c/ Parlement et Conseil* (CJCE 5 oct. 2000, aff. C-376/98) et *Ingmar* (CJCE 9 nov. 2000, aff. C-381/98) en matière de rapprochement des législations nationales (respectivement : produits du tabac et agents commerciaux).

Ces différentes affaires ont reçu un accueil limité de la part de la doctrine classique de droit international privé. Les rapports entre le droit européen et le droit international privé n'ont été véritablement étudiés qu'à partir du milieu des années 1990. Mais on sait que depuis la question n'a cessé de susciter un intérêt croissant (V. ci-dessus la bibliographie générale).

SECTION 2

Droit européen de deuxième génération et droit international privé

10. Avec le droit européen de deuxième génération, on a assisté à une communautarisation du droit international privé par voie de règlements (V. *infra*, n^{os} 11 s.) et un développement de la jurisprudence de la Cour de justice (V. *infra*, n^o 13).

ART. 1^{er}. — COMMUNAUTARISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ PAR VOIE DE RÈGLEMENTS

11. Basculement de la matière sous forme de règlements. — Le droit international privé européen a connu un nouvel essor avec le processus dit de « communautarisation » de la matière. Ce terme correspond à un droit européen de deuxième génération qui s'est ouvert à la fin des années 1990 et qui s'est traduit par une politique législative de grande envergure consistant, d'une part, à transformer les conventions européennes existantes en règlements CE et d'autre part à multiplier les nouveaux instruments de ce type. Ces initiatives ont été conduites à la faveur de différents programmes décidés au plus haut niveau politique des Communautés européennes, au sein du Conseil européen. Le premier, qui fait encore date, est le programme de Tampere (1999). Ont suivi les programmes de La Haye (2004) et de Stockholm (2010). Ces actions législatives ont débouché sur l'adoption de grands règlements en matière de droit international privé. Voici les principaux :

- règlement (CE) n^o 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (JOCE, n^o L 160, 30 juin) ;
- règlement (CE) n^o 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I), intervenu en remplacement de la Convention de Bruxelles modifiée (préc.) (JOCE, n^o L 12, 16 janv.) ;
- règlement (CE) n^o 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n^o 1347/2000 (Bruxelles II *bis*) (JOUE, n^o L 338, 23 déc.) ;
- règlement (CE) n^o 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II ; JOUE, n^o L 199, 31 juill.) ;
- règlement (CE) n^o 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), intervenu en remplacement de la Convention de Rome (préc. ; JOUE, n^o L 177, 4 juill.) ;
- règlement (CE) n^o 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, à la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (JOUE, n^o L 7, 10 janv.).

12. À cette liste, déjà longue, s'ajoutent des instruments instituant des procédures européennes ou encore une coopération entre autorités nationales. On citera, entre autres exemples, les textes suivants :

- règlement (CE) n^o 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans

le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (JOUE, n^o L 174, 27 juin) ;

- règlement (CE) n^o 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (JOUE, n^o L 143, 30 avr.) ;
- règlement (CE) n^o 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (JOUE, n^o L 399, 30 déc.) ;
- règlement (CE) n^o 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges (JOUE, n^o L 199, 31 déc.) ;
- règlement (CE) n^o 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes), et abrogeant le règlement (CE) n^o 1348/2000 du Conseil (JOUE, n^o L 324, 10 déc.).

ART. 2. — DÉVELOPPEMENT DE LA JURISPRUDENCE INTERPRÉTATIVE DE LA COUR DE JUSTICE

13. Travail de la Cour de justice. — Parallèlement à ce fort développement législatif, la Cour de justice a exercé progressivement son rôle d'interprétation des instruments de droit international privé européen. Le texte qui fait l'objet de la jurisprudence la plus abondante est incontestablement la Convention de Bruxelles (modifiée), à laquelle s'est substitué le règlement de « Bruxelles I ». En 2016, c'est près de 250 décisions différentes qui avaient été rendues par la Cour de justice sur la base de ces textes (grâce à un travail d'indexation thématique, on trouvera un accès exhaustif à l'ensemble de cette jurisprudence sur le portail de la Cour de justice : http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7046/fr/).

Les autres instruments de droit international privé font également l'objet progressivement de décisions interprétatives, mais elles demeurent encore isolées (pour un examen systématique de cette jurisprudence, V. *infra*, n^{os} 63 s.).

SECTION 3

Droit européen de troisième génération et droit international privé

14. Des transformations importantes marquent ce temps contemporain du droit européen de troisième génération : la refonte et la systématisation du droit international privé européen (V. *infra*, n^o 15), sa déclinaison selon une géographie variable (V. *infra*, n^{os} 16 s.) et l'intensification de ses relations avec l'œuvre de codification internationale du droit international privé (V. *infra*, n^o 18).

ART. 1^{er}. — ACTIONS DE REFONTE ET DE SYSTÉMATISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN

15. Affirmation d'un système européen. — Le droit international privé de troisième génération s'ouvre avec les premières refontes des règlements européens inscrites dans le processus législatif européen (normalement, tous les cinq ans). On songe, en particulier, à :

- l'adoption du règlement (UE) n^o 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I *bis* ; JOUE, n^o L 351, 20 déc.) ;

– celle du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (JOUE, n° L 141, 5 juin) ;

– la préparation d'une refonte au règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II *ter*) ; (JOUE, n° L 338, 23 déc.).

Ce travail de refonte touche également les directives européennes. Une mise en cohérence plus grande a été recherchée entre les législations dérivées non spécifiques aux questions de droit international privé et les instruments spécialisés en ce domaine. On en veut pour exemples :

– la directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JOUE, n° L 376, 27 déc.) ;

– la directive n° 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive n° 93/13/CEE du Conseil et la directive n° 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive n° 85/577/CEE du Conseil et la directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, texte présentant de l'intérêt pour l'EEE (JOUE, n° L 304, 22 nov.).

Le droit international privé de troisième génération se caractérise, par ailleurs, par l'adoption de nouveaux instruments dans des domaines encore non investis :

– règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (JOUE, n° L 201, 27 juill.) ;

– règlement (UE) n° 606/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile (JOUE, n° L 181, 29 juin) ;

– règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale (JOUE, n° L 189, 27 juin).

Enfin, des réflexions sont en cours sur le travail de codification de la matière (pour une approche d'ensemble de la question, V. *infra*, n°s 112 s.) ainsi que sur le développement de nouveaux outils pratiques de nature à améliorer la conduite des procédures civiles en Europe et la connaissance des droits étrangers.

ART. 2. – DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN À GÉOGRAPHIE VARIABLE

16. Une Europe fragmentée. — L'avancée au pas de charge du processus d'europanisation du droit international privé n'a pas été du goût de tous les États membres de l'Union européenne. Très tôt, des pays comme le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark ont négocié des conditions particulières leur permettant tantôt de sortir (*opt-out*), tantôt d'entrer (*opt-in*) du ou dans les dispositifs existants. Il en résulte une Europe fragmentée, à géographie variable où, selon le texte de droit dérivé considéré, il faut distinguer la situation propre de chacun de ces territoires qui, parfois, a évolué avec le temps. Le phénomène s'est en quelque sorte accentué avec la possibilité offerte par le traité d'Amsterdam d'adopter des actes de l'UE par le mécanisme dit de la « coopération renforcée » (TUE, art. 20 et TFUE, art. 326 à 334). C'est à ce titre que trois initiatives notamment doivent être signalées dans notre matière :

– règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (JOUE, n° L 343, 29 déc.) ;

– règlement (UE) n° 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 (JOUE, n° L 183, 8 juill.) ;

– 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 (JOUE, n° L 183, 8 juill.).

17. La perspective du Brexit donne un écho plus grand encore à ce phénomène de fragmentation de l'espace européen. De nombreuses hypothèses sont évoquées, de la sortie pure et simple du Royaume-Uni des dispositifs existants à la reconstitution d'un droit international privé européen « *bis* » destiné à rétablir les conditions d'une coopération judiciaire civile entre l'UE et notre voisin britannique. La relation entre l'UE avec les pays de l'AELE (Suisse, Norvège, Islande) est notamment prise en exemple d'une solution possible d'extension au Royaume Uni de la convention existante (Convention de Lugano de 2007 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale). Mais ce n'est qu'un scénario parmi d'autres. On ne peut exclure, en effet, que d'autres voies seront envisagées.

ART. 3. – UNION EUROPÉENNE ET CODIFICATION INTERNATIONALE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

18. L'Europe dans le monde. — Le droit européen de troisième génération a été le théâtre d'une dernière évolution tout à fait spectaculaire : la participation pleine et entière de l'Union européenne au processus de codification internationale du droit international privé. Pendant longtemps, les rapports entre le droit européen et le droit international privé ont semblé marqués par un jeu de forte rivalité, la CE puis l'UE ignorant volontiers les réalisations de la communauté internationale, en particulier les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé. Cette attitude, qui s'explique par le mécanisme institutionnel de préemption des compétences au niveau européen (V. *infra*, n°s 19 s.), est aujourd'hui largement contredite. L'UE est membre de la Conférence de La Haye (depuis 2007) et participe pleinement à l'élaboration de nouveaux instruments. On songe notamment à :

– la Décision n° 2009/397/CE du Conseil du 26 février 2009 relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, de la Convention de 2005 sur les accords d'élection de for (JOUE, n° L 133, 29 mai).

Par ailleurs, sans même attendre cette participation directe aux travaux de la Conférence de La Haye, on observe que l'UE n'a pas hésité à prendre appui sur le contexte réglementaire international pour y loger ses constructions propres. C'est le cas notamment du :

– règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale qui opère un renvoi à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants pour le traitement de certaines solutions (JOUE, n° L 338, 23 déc.).

CHAPITRE 2

Compétences

19. Les compétences de l'Union européenne à réglementer le droit international privé ont une dimension interne (*V. infra*, n^{os} 20 s.) et externe (*V. infra*, n^{os} 25 s.).

SECTION 1^{re}

Compétences internes

20. La question des compétences internes de l'Union européenne est aux prises avec des données institutionnelles (*V. infra*, n^{os} 21 s.) et matérielles (*V. infra*, n^{os} 23 s.).

ART. 1^{er}. – DONNÉES INSTITUTIONNELLES : LES ÉLÉMENTS EN DÉBAT

21. *À la recherche d'une base juridique.* — La compétence de la Communauté européenne, puis de l'Union européenne, à légiférer en matière de droit international privé a été débattue. La discussion a eu une dimension essentiellement doctrinale, en ce sens qu'elle n'a jamais été directement portée à l'appréciation de la Cour de justice de l'Union européenne (pour le volet externe de la compétence, la situation a été, on le verra [*V. infra*, n^{os} 25 s.] quelque peu différente). Ces discussions ont porté sur l'aptitude des traités institutifs européens à délivrer une base juridique permettant au législateur européen d'intervenir en ce domaine. Le libellé des traités ayant varié dans le temps, la discussion s'est quelque peu déplacée. Dans une première version remontant au traité d'Amsterdam (1997), il était prévu à l'article 65 TCE que :

a) améliorer et simplifier

– le système de signification et de notification transfrontière des actes judiciaires et extrajudiciaires ;

– la coopération en matière d'obtention des preuves ;

– la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, y compris les décisions extrajudiciaires ;

b) favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence ;

c) éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres » (non souligné dans le texte).

Cette disposition a été modifiée avec le traité de Lisbonne (2007). On peut lire notamment à l'actuel article 81 du TFUE que :

« 1. L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

2. Aux fins du paragraphe 1, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent, notamment lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, des mesures visant à assurer :

a) la reconnaissance mutuelle entre les États membres des décisions judiciaires et extrajudiciaires et leur exécution ;

b) la signification et la notification transfrontières des actes judiciaires et extrajudiciaires ;

c) la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois et de compétence ;

d) la coopération en matière d'obtention des preuves ;

e) un accès effectif à la justice ;

f) l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les États membres ;

g) le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges ;

h) un soutien à la formation des magistrats et des personnels de justice.

3. Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptible de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen.

La proposition visée au deuxième alinéa est transmise aux parlements nationaux. En cas d'opposition d'un parlement national notifiée dans un délai de six mois après cette transmission, la décision n'est pas adoptée. En l'absence d'opposition, le Conseil peut adopter ladite décision » (non souligné dans le texte).

22. *Évolution des traités.* — Le recours à l'article 65 TCE pour uniformiser les solutions de droit international privé a été essentiellement critiqué par le fait que la corrélation n'était pas établie entre cette uniformisation et « le bon fonctionnement du marché intérieur ». Avec la formulation nouvellement proposée de l'article 81 TFUE et l'usage qu'il fait de l'adverbe « notamment », la discussion a essentiellement porté sur le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui commandent de manière générale l'exercice des compétences au sein de l'UE. La réalité de ces débats montre qu'une opposition s'est faite entre une approche essentiellement nationale du droit international privé, considérée comme l'expression d'un droit d'inspiration profondément étatique qui devait à ce titre demeurer dans le giron des nations et une approche régionaliste, considérant que le droit international privé se devait d'acquiescer une dimension européenne de nature à lui permettre de couvrir les espaces européens ainsi créés : marché intérieur, puis surtout espace de liberté, de sécurité et de justice. Face à ce clivage, d'ordre essentiellement politique, l'évolution des traités (apparition de l'adverbe « notamment ») et leur signification habituellement retenue par la Cour de justice (notamment des conditions de subsidiarité et de proportionnalité) ont donné raison à un phénomène d'europanisation du droit international privé jusqu'alors inégalé et que rien n'est venu arrêter. On peut critiquer cette évolution ou la regretter. Mais il est devenu aujourd'hui impossible de nier la réalité nouvelle ainsi créée : l'europanisation du droit international privé.

ART. 2. – DONNÉES MATÉRIELLES :
ENTRE FAUX ET VRAIS PRONOSTICS

23. *Fiction et réalité.* — Cette réalité nouvelle a fait mentir un pronostic en même temps qu'elle a donné raison à un autre. Le premier, répandu assez largement par une doctrine de droit international privé favorable au maintien de la matière dans le giron des États, au principal motif de leur préexistence, consistait

à dire que l'UE et, avant elle, la CE étaient délibérément hostiles au droit international privé, car défavorable au maintien des solutions et des systèmes juridiques nationaux diversifiés. Ce pronostic est erroné. Le rayonnement que connaît aujourd'hui le droit international privé sur le continent européen n'a pas à rougir de celui que l'Europe a connu aux XIX^e et XX^e siècles. Même s'il s'exprime par des voies différentes, le droit international privé européen contemporain représente l'une des grandes réalisations européennes, sans doute la plus importante de celles que l'Europe connaît dans le giron du droit privé. La situation est donc très éloignée de l'apocalypse annoncée.

24. Le second, posé de manière relativement unanime par l'ensemble des observateurs, quelle que soit leur préférence pour le maintien de solutions nationales ou la définition de solutions en commun, est la disparition progressive, au sein des États membres, du droit international privé de source nationale. Ce changement est extraordinairement violent. En l'espace de dix ou quinze ans, des pans entiers de notre savoir juridique sont passés de l'état de source positive du droit à l'état d'histoire du droit. Cette évolution fulgurante soulève encore aujourd'hui de nombreuses questions, d'autant qu'il faudra sans doute encore plusieurs dizaines d'années pour que le droit international privé européen consolide ses constructions et offre un niveau de maturité équivalent à celui que l'on connaissait en droit étatique, mais à une échelle essentiellement nationale. On a l'habitude de dire que l'Europe juridique est une construction. Cette construction demeure encore jeune. En droit international privé, sa croissance a été fulgurante. Il faut se donner le temps de consolider l'édifice, spécialement dans le travail de la Cour de justice qui n'œuvre pas comme le ferait un juge spécialisé (sur le travail du juge européen, V. *infra*, n^{os} 63 s.).

SECTION 2

Compétences externes

25. En matière de compétences externes, une dynamique forte existe avec les compétences internes (V. *infra*, n^o 26) et les jeux de préemption auxquels elles peuvent donner lieu (V. *infra*, n^{os} 27 s.).

ART. 1^{er}. – RETOUR SUR LES COMPÉTENCES INTERNES ET LEURS LIENS AVEC LES COMPÉTENCES EXTERNES

26. *Enchevêtrement des compétences.* — La question des compétences externes entretient un lien avec le jeu des compétences internes. Ce lien existe à deux niveaux. Au premier niveau, la question a été posée de savoir si les premiers textes européens de droit international privé, adoptés sur la base d'une compétence interne pour les situations ayant trait au « bon fonctionnement du marché intérieur », pouvaient appréhender des situations localisées dans des pays tiers. Le problème a notamment été soulevé pour les textes européens de portée « universelle » qui ne limitent pas leur domaine spatial d'application à la présence, sur le territoire européen, des situations auxquelles ils s'appliquent ou à l'application de la loi d'un État membre (permettant ainsi la désignation potentielle du droit d'un pays tiers). L'idée a été notamment avancée que l'UE serait dans l'impossibilité de régir des situations juridiques hors du territoire européen, sauf à ce qu'une compétence externe lui soit reconnue, ce qui n'a été effectivement le cas que dans un second temps (V. *infra*, n^{os} 27 s.). Dans le cadre de la compétence interne, le marché intérieur commanderait ainsi nécessairement le jeu de règles autolimitées à l'espace européen. Cette idée est fautive. Il suffit pour s'en convaincre de songer aux innombrables cas où le droit européen du marché intérieur réglemente des situations de fait localisées dans des États tiers,

que l'on songe, de manière générale, à une partie non négligeable des libertés de circulation, au droit de la concurrence ou de manière particulière à bon nombre de questions intéressantes par exemple le droit des transports, la protection des données à caractère personnel, le statut des citoyens UE détachés dans des pays tiers, etc. Le marché intérieur n'est pas un marché replié sur lui-même, fermé au monde extérieur. Le domaine d'application de ses règles n'est pas nécessairement limité aux situations internes à l'espace européen, et il est inexact d'établir un parallèle entre la compétence interne formelle et le domaine spatial matériel des règles adoptées. Les deux questions sont disjointes.

ART. 2. – PRÉEMPTION DES COMPÉTENCES NATIONALES EXTERNES PAR L'UNION EUROPÉENNE

27. *Quand la compétence interne fait la compétence externe.* — Au second niveau, la question se pose de savoir, quand le principe de la compétence interne est acquis, si l'existence de cette compétence interne a une incidence sur la définition des compétences externes qui visent spécifiquement à définir les relations entre l'UE, les pays et les organisations tierces. Cette fois-ci, la réponse est positive. Pour comprendre la relation entre les compétences internes et les compétences externes, il faut, en l'absence dans les traités institutifs de toute disposition expresse sur la compétence externe en matière de droit international privé, mobiliser la théorie dite « des compétences implicites ». Cette théorie, tirée du droit international public, a permis de justifier la reconnaissance au profit de la CE puis de l'UE d'une compétence externe exclusive pour adopter tel ou tel instrument international de droit international privé quand, au plan interne, la Communauté ou l'Union avait exercé pleinement une compétence en ce sens. Autrement dit, au fur et à mesure qu'au plan interne, la CE puis l'UE ont adopté des règlements européens de droit international privé, les questions de droit international privé couvertes par ces règlements européens sont tombées sous le coup d'une compétence européenne externe exclusive. La justification de cette solution est double. D'une part, en laissant la CE puis l'UE adopter des règlements, les États acceptent de perdre nécessairement leur compétence partagée avec l'organisation européenne. Il s'opère ce que l'on appelle « une préemption » de la compétence européenne, chaque fois que l'Europe se dote d'une réglementation propre, de nature à uniformiser les solutions définies jusqu'alors au niveau national des États membres. D'autre part, les rapports externes ont très souvent une incidence sur les situations juridiques internes à l'Europe. Pour éviter que chaque État aille de sa solution propre pour définir ses rapports avec les pays tiers, ce qui crée immanquablement une différence de régimes juridiques à l'intérieur de l'espace européen, il est préférable que l'Europe parle d'une seule voix et définisse ainsi ses rapports avec les entités juridiques tierces à l'UE.

28. L'exercice de cette compétence externe exclusive a été parfois discuté devant la Cour de justice (Avis 1/03, CJCE 7 févr. 2006, au sujet de la compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. — Avis 1/13, CJUE 14 oct. 2014, à propos de la compétence de l'Union européenne pour se prononcer sur l'adhésion d'États tiers à la Convention de La Haye [1980] sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants). Sans grande surprise, dans les deux avis, la Cour de justice a conforté la thèse de la préemption de la compétence interne et de l'exercice d'une compétence exclusive externe (V. égal., sur la même position, la Décis. n^o 2009/941/CE du Conseil du 30 nov. 2009 relative à la conclusion, par la Communauté européenne, du protocole de La Haye du 23 nov. 2007

sur la loi applicable aux obligations alimentaires [JOUE, n° L 331, 16 févr.]).

29. Cette situation générale ne fait pas totalement disparaître les États membres de la scène internationale du droit international privé. Des pays, comme la France, demeurent liés par des accords bilatéraux avec des pays tiers (par. ex., la Convention franco-marocaine [1981] relative au statut des personnes et de la famille et la coopération judiciaire). Par ailleurs, même dans les domaines où l'UE a acquis une compétence externe exclu-

sive, il n'est pas rare que la pratique des accords mixtes, liant l'UE et ses États membres dans les rapports aux pays tiers, se perpétue. Le cas n'existe pas à notre connaissance pour des instruments spécifiques de droit international privé. En revanche, on trouve des exemples assez nombreux d'instruments internationaux de droit essentiellement matériel approuvés par l'UE et ses États membres et qui ont une incidence sur le traitement des situations classiques de droit international privé (entre autres exemples, la Convention de Montréal [1999] pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international).

CHAPITRE 3

Méthodes

30. Les rapports entre le droit international privé et le système juridique de l'Union européenne achoppent nécessairement sur les questions de méthodes. L'altérité des constructions (V. *infra*, n°s 31 s.) milite en faveur d'une double approche où les méthodes du droit européen sont appliquées au droit international privé (V. *infra*, n°s 39 s.) et où les méthodes du droit international privé sont appliquées au droit européen (V. *infra*, n°s 50 s.).

SECTION 1^{re}

Altérité du droit européen et du droit international privé

31. Le droit européen ne se dissout pas dans le droit international privé (V. *infra*, n°s 32 s.), pas plus que le droit international privé ne se dissout dans le droit européen (V. *infra*, n°s 35 s.). Les deux matières sont amenées à cohabiter durablement (V. *infra*, n°s 37 s.).

ART. 1^{er}. – IRRÉDUCTIBILITÉ DU DROIT EUROPÉEN AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

32. Deux constructions amenées à cohabiter durablement. — Les méthodes d'approche des rapports entre les constructions du droit européen et celles du droit international privé sont fortement conditionnées par la profonde altérité entre les matières. Toute analyse qui se donne, pour point de départ, d'assimiler ou d'absorber une construction du droit européen ou du droit international privé par l'autre est vouée à l'échec. Le juriste qui traite de situations dans ce double contexte du droit européen et du droit international privé doit admettre que son environnement juridique se décline durablement au pluriel : aucune construction juridique du droit européen ou du droit international privé n'a *a priori* vocation à livrer ses solutions en ignorance de l'autre. Le premier pas qui permet de tendre vers une approche de droit européen et de droit international privé des situations juridiques se traduit par une irréductibilité du droit européen aux constructions du droit international privé. Chaque fois que le juriste est en présence d'une construction de dimension européenne, il doit accepter de considérer qu'il se situe hors des terres traditionnelles du droit international privé. La raison de cette étrangeté du droit européen tient à une considération majeure : le droit international privé s'est largement construit sur la distinction, pour ne pas dire l'opposition, entre le national et l'étranger, de sorte que l'existence d'une réalité européenne oblige l'internationaliste à intégrer une nouvelle dimension, jusqu'alors inconnue. C'est un peu comme si le juriste, habitué alors à compter jusqu'à deux (national et étranger), se devait dorénavant d'intégrer une troisième dimension (européenne). Cette dernière dimension ne se confond pas avec la dimension internationale qui, en droit international privé, ne cherche pas tant à s'ajouter aux dimensions nationales et étrangères qu'à les réunir. Est internationale, la situation qui présente des éléments d'extranéité ou la

règle qui s'applique spécialement à ces situations d'extranéité. Dans les deux cas, l'internationalité se définit par la présence d'un élément étranger. Pour définir cet élément étranger, il est nécessaire de se référer à l'élément national. La dimension internationale a donc pour ambition principale de confronter, sous une même appellation, les dimensions nationales et étrangères. Avec la dimension européenne, l'approche est potentiellement très différente. Il faut considérer que l'élément européen s'ajoute à l'élément national et étranger. Il offre une troisième dimension qui n'a pas vocation à réunir les deux précédentes. Il contraint le juriste à distinguer une troisième catégorie de situations. À celles nationales et étrangères s'ajoutent dorénavant les situations européennes.

33. Développement considérable du droit européen. — Cette dimension européenne connaît une ampleur considérable avec le développement de l'Union européenne. De très nombreuses manifestations existent, en effet, de cette réalité européenne, étrangère aux constructions du droit international privé, et à laquelle il faut dorénavant s'intéresser. La première manifestation de cette dimension européenne tient à l'existence d'un système juridique européen qui est venu s'ajouter aux systèmes juridiques nationaux et internationaux. L'affirmation d'un nouvel ordre juridique (CJCE 15 févr. 1963, aff. 26/62, Van Gend en Loos), la présence d'une juridiction supranationale européenne (Cour de justice), d'une loi européenne (traités institutifs, charte des droits fondamentaux, conventions internationales liant l'UE, règlements, directives, décisions) produisent des bouleversements considérables sur les constructions classiques de droit international privé. Les grandes notions du droit international privé – loi nationale applicable, le juge compétent, l'ordre juridique du for ou requis, l'ordre juridique de la *lex causae* ou du juge d'origine, l'ordre public national ou étranger (etc.) – sont purement et simplement étrangères à l'affirmation de l'existence d'une loi européenne, d'un juge européen et d'un ordre juridique européen. On ne peut sans dommage appliquer les constructions juridiques imaginées pour les institutions juridiques de dimension nationale aux constructions juridiques de dimension européenne. Par exemple, le rapport de substituabilité qui commande bon nombre des règles de droit international privé ayant vocation à régir les conflits entre lois nationales (une loi nationale applicable au détriment de toutes les autres) et juges nationaux (un juge national compétent au détriment de tous les autres) n'est pas opérationnel s'agissant du droit européen. Il faut imaginer que d'autres constructions juridiques interviennent pour penser les rapports propres au droit européen ou, de manière plus large, aux rapports entre le droit européen et le droit national.

34. Ce qui vaut de manière générale pour le droit européen (loi, juge et ordre juridique) vaut de manière particulière pour toute une série de réalisations européennes. Les libertés de circulation européennes (personnes, marchandises, services, capitaux), l'affirmation d'une citoyenneté européenne, la création de

titres européens de propriété industrielle, d'une société commerciale européenne, la conception même d'une justice civile de dimension européenne, d'un ordre public européen, l'ensemble de ces réalisations sont irréductibles aux cadres d'analyse traditionnelle du droit international privé. Pour chacun de ces sujets, le juriste n'a d'autre choix que d'appréhender, en tant que telle, une réalité juridique européenne nouvelle, sans pouvoir d'emblée lui plaquer les constructions du droit international privé qui n'ont pas été pensées pour approcher ces réalisations de dimension européenne. En d'autres termes, le juriste doit admettre que *prima facie* le droit européen est irréductible aux constructions du droit international privé. Mais, on va le voir, la réciproque est également vraie.

ART. 2. – IRRÉDUCTIBILITÉ DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ AU DROIT EUROPÉEN

35. Importance et pérennité des constructions de droit international privé. — Le droit international privé est également irréductible aux constructions du droit européen. Son altérité fait qu'il n'est pas possible de l'assimiler entièrement aux constructions européennes. Cette altérité se manifeste de manière principielle. Le droit international privé, conçu comme le chantre des rapports entre ordres juridiques nationaux, ne saurait être absorbé par le droit européen, dès lors que ce dernier n'a pas fait disparaître le droit national, celui des États tiers à l'Union européenne mais également celui des États membres. Ce point d'analyse est extrêmement important, car il questionne la construction européenne dans son essence même. Cette dernière est généralement présentée sous le sceau de la primauté (CJCE 15 juill. 1964, aff. 6/64, Costa c/ Enel). Le droit européen existe parce qu'il prime sur les constructions nationales des États membres. Sans être fautive, l'assertion manque cependant cruellement de précision. Le droit européen ne prime, en effet, que dans son domaine spatial, matériel et temporel d'application. Or, ce domaine est nécessairement limité. L'ordre juridique européen, à la différence des ordres juridiques nationaux, ne dispose pas d'une plénitude de compétences. Il est soumis à un principe de spécialité. Il souffre donc d'incomplétude, en ce sens que, par nature, il est incomplet.

36. Cet état a des répercussions très fortes sur ses rapports aux droits nationaux. Contrairement à une idée reçue, le droit européen fait rarement disparaître le droit national qui continue de jouer un rôle essentiel de complément et de mise en œuvre de la règle européenne. La nature incomplète du droit européen peut être déclinée tout aussi bien pour la construction européenne dans son ensemble que pour ses réalisations plus spécialisées. La loi européenne, le juge européen et l'ordre juridique européen se sont ajoutés aux lois nationales, aux juges nationaux et aux ordres juridiques nationaux. De même, les libertés de circulation européennes (personnes, marchandises, services, capitaux), l'affirmation d'une citoyenneté européenne, la création de titres européens de propriété industrielle, d'une société commerciale européenne, la conception même d'une justice civile de dimension européenne ou d'un ordre public européen ne sont pas de nature à faire disparaître purement et simplement leurs équivalents nationaux.

De nouveaux rapports se nouent entre les objets de dimension européenne et ceux, antécédents le plus souvent, de dimension nationale. Or, pour ces derniers, le droit international privé conserve la place qui a toujours été la sienne de définir les rapports entre des droits de source nationale et entre les juges nationaux. Le droit international privé n'est pas réductible au droit européen. Il lui survit de manière manifeste.

ART. 3. – MÉTHODE PRÉCONISÉE : LA DOUBLE APPROCHE

37. Le droit qui se lit et s'applique au pluriel. — Cette situation de double irréductibilité du droit européen et du droit international privé emporte, sur le plan méthodologique, une conséquence importante. Dès lors qu'aucune des deux constructions n'a fait disparaître l'autre, une double approche juridique des situations est nécessaire chaque fois que ces situations sont susceptibles de relever à la fois du droit européen et du droit international privé. Dans ces hypothèses de travail, l'analyse des situations ne peut s'épuiser par la référence à une seule et unique construction juridique. Il faut manipuler les deux et naturellement les articuler. Pour ce faire, une distinction utile peut être avancée entre « le droit européen – source » et « le droit européen – objet » du droit international privé. L'expression « droit européen source du droit international privé » désigne, de manière ordinaire, le processus d'europanisation de la matière du droit international privé. L'intervention de règlements, de directives, de sources internationales liant l'Union européenne, d'une codification et d'une jurisprudence européenne de droit international privé marque ainsi le point de rencontre le plus naturel entre le droit européen et le droit international privé. Il en a été question dans la présentation liminaire (V. *infra*, n^{os} 3 s. et 19 s.), et il en sera abondamment question dans les développements suivants (V. *infra*, n^{os} 62 s.).

38. Plus singulière est la figure du « droit européen objet du droit international privé ». Cette expression vise l'ensemble des hypothèses dans lesquelles une réalisation du droit européen vient se loger dans les constructions du droit international privé. La situation peut se présenter, en effet, où le droit des étrangers distingue l'étranger européen de l'étranger ressortissant d'un État tiers, où le droit européen fait directement ou indirectement l'objet d'un conflit de lois, où un conflit de juridictions met en scène une justice de dimension proprement européenne et où la reconnaissance des jugements, des actes et des situations a une dimension également proprement européenne. Dans tous ces cas, que l'on retrouvera de manière illustrative dans les deux sections suivantes, la double question se pose de l'application des méthodes du droit européen au droit international privé et de l'application des méthodes du droit international privé au droit européen.

SECTION 2

Méthodes du droit européen appliquées au droit international privé

39. Le droit européen porte une uniformité de ses solutions (V. *infra*, n^{os} 40 s.), il lui arrive de construire des objets de dimension proprement européenne (V. *infra*, n^{os} 45 s.) et il a pour ambition de créer des espaces communs propres (V. *infra*, n^o 49). Comment ces trois réalités interagissent avec les constructions du droit international privé ?

ART. 1^{er}. – UNIFORMISATION EUROPÉENNE, UNILATÉRALISME ET ÉQUIVALENCE

40. Un droit européen uniforme. — Pour exister de manière propre, le droit européen doit s'affranchir autant que possible des particularismes nationaux. Il porte l'idéal de son application uniforme dans l'ensemble du territoire européen très haut dans l'échelle de ses ambitions. Cette portée uniforme n'est pas totale. Sur bien des sujets, le droit européen doit composer avec des particularismes nationaux irréductibles, faute pour le droit européen d'avoir la capacité de proposer des solutions alternatives uniformes. Mais quand il existe, l'objectif d'uniformité caractérise les règles européennes, qu'elles portent sur le conflit de lois ou le conflit de juridictions ou qu'elles soient matérielles.

S'agissant des règles conflictuelles, le travail difficile, en cours d'élaboration, d'interprétation uniforme et de codification de la matière du droit international privé européen a son importance dans l'édification d'un droit européen autonome, le moins tributaire possible des particularismes nationaux (V. *infra*, n^{os} 62 s.). S'agissant des règles matérielles, le développement d'un droit européen uniforme a des répercussions fortes sur le droit international privé. Deux phénomènes sont, en effet, à l'œuvre : le développement des méthodes unilatéralistes et le jeu de mécanisme d'équivalence.

41. Le mouvement unilatéraliste européen a été étudié (V. en particulier, la thèse magistrale de S. FRANÇQ, *L'applicabilité spatiale du droit dérivé communautaire au regard des méthodes du droit international privé*, 2005, Bruylant). Chaque fois que le droit européen pose une règle matérielle de portée uniforme sur l'ensemble du territoire européen, la tentation est forte de régler la question de son domaine spatial d'application de manière unilatérale. Comment pourrait-il en être autrement ? Le droit européen matériel n'est pas immédiatement justiciable de la règle bilatérale de conflit de lois pour la raison simple que cette dernière n'a pas été pensée pour cela. Elle a vocation à s'appliquer aux conflits entre lois nationales. Le passage entre le droit de source nationale, objet naturel de la règle de conflit bilatérale, et le droit européen matériel ne va pas immédiatement de soi. S'il intervient, c'est le plus souvent de manière incidente ou dans un second temps pour adapter la règle bilatérale chaque fois qu'elle est confrontée à une règle matérielle de source supranationale.

42. Retour de l'unilatéralisme. — Le parallèle ainsi établi entre la règle matérielle européenne uniforme et la méthode unilatéraliste permettant de définir son domaine d'application ne souffre cependant d'aucune généralité. Le droit européen matériel est pluriel, tout comme le droit national matériel. Il commande des solutions d'une très grande diversité. Il faut donc se garder de toute conclusion hâtive consistant à enfermer dans un seul modèle la question, souvent peu explicitée par les textes européens, du domaine spatial des règles matérielles qu'ils renferment. Un arrêt (CJCE 10 déc. 2002, aff. C-491/0, BAT) permet d'illustrer le propos. Des fabricants de produits du tabac établis au Royaume-Uni avaient saisi les juridictions anglaises d'une demande en vue d'être autorisés à exercer un recours en contrôle de légalité (*judicial review*) de « l'intention et/ou l'obligation » du gouvernement du Royaume-Uni de transposer la directive n° 2001/37/CE (JOCE, n° L 194, 18 juill.) (aujourd'hui abrogée et remplacée par la Dir. n° 2014/40/UE [JOUE, n° L 127, 29 avr.]) relative au rapprochement des législations en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac, en soulevant, à titre principal, différents moyens d'invalidité à l'encontre de celle-ci et, à titre subsidiaire, un moyen d'interprétation. La seconde question posée par le juge de renvoi portait sur le champ d'application dans les relations internationales d'un article 7 de la directive. Cet article – qui pouvait être de nature à affecter des rapports de droit privé, par exemple un contrat ayant pour objet la fabrication de cigarettes dans l'espace européen en vue d'une exportation vers des pays tiers – prévoyait, en substance, qu'à compter du 30 sept. 2003, il était interdit d'utiliser, sur l'emballage des produits du tabac, des textes, dénominations, marques et signes figuratifs ou autres indiquant qu'un produit du tabac particulier est moins nocif que les autres (par ex. la mention « cigarettes légères »). Le juge anglais s'interrogeait, en particulier, sur le point de savoir si : « l'article 7 de la directive n° 2001/37/CE du Parlement et du Conseil s'applique [...] seulement aux produits du tabac commercialisés dans la Communauté européenne ou également aux produits du tabac emballés dans la Communauté européenne et destinés à être exportés vers des États tiers ? » (point 25). La Cour de justice, après avoir constaté que le libellé même de l'article 7 ne permettait pas de trancher la question

posée (points 204 et 205), s'est attachée à examiner tant le contexte (points 206 à 210) que les objectifs de la directive (points 211 à 214). Au terme de cette analyse, elle a considéré qu'à l'instar des règles relatives à l'étiquetage des paquets de tabac (Dir., art. 5), qui ne s'appliquaient qu'aux produits distribués dans la Communauté, et par opposition aux règles portant sur la teneur maximale en substances nocives des cigarettes (goudron, nicotine, monoxyde de carbone), lesquelles visaient indifféremment les produits fabriqués, emballés ou commercialisés dans la Communauté (Dir., art. 3.1), l'article 7 de la directive avait un champ d'application limité aux seuls produits du tabac commercialisés dans l'espace européen (points 215 et 216). En conséquence, tous les produits emballés dans la Communauté destinés à l'exportation échappaient à l'interdiction de l'article 7 de la directive. Cette solution a appelé quatre observations (V. pour une brève analyse de la décision, Rev. crit. DIP 2003. 536, obs. M.- N. Jobard-Bachelier et J.-S. Bergé) : 1^o toutes les directives européennes ne sont pas impératives dans l'ordre international ; 2^o la directive peut avoir un champ d'application variable selon les dispositions en cause ; 3^o la délimitation du champ d'application de la directive peut être menée à un niveau européen, sans relégation au stade de la transposition de la directive ; 4^o la directive ne prive pas les États de toute marge de manœuvre en ce domaine dès lors que leur action est conforme aux règles du traité.

43. Question de l'équivalence. — L'émergence d'un droit matériel européen uniforme a une autre conséquence importante sur le jeu traditionnel des règles de droit international privé. Cette autre conséquence porte sur la question de l'équivalence qui a été beaucoup moins étudiée que la précédente, au moins sous cet angle (sur la question du jeu du test d'équivalence de droit européen et sa lecture en droit international privé, V. *infra*, n^{os} 50 s.). En effet, si le droit européen porte une solution uniforme dans deux États membres de l'Union européenne, les rapports entre les lois et jugements produits par ces deux États en ce domaine s'en trouvent nécessairement affectés. La première illustration touche le conflit de lois en présence de deux lois nationales de transposition d'une même directive européenne. Le scénario est le suivant : deux États membres ont transposé dans leur législation nationale une même directive européenne, une situation de conflit de lois survient entre les lois nationales de ces deux États, et la question se pose de savoir si l'origine commune des deux textes nationaux en conflit est de nature à neutraliser ledit conflit au terme d'une analyse connue en droit international privé et portée sur l'équivalence des lois nationales. Cette hypothèse de travail qui, à notre connaissance, n'a pas encore connu de développement jurisprudentiel propre, en tout cas de niveau européen, permet d'approcher certaines dispositions de la législation européenne qui tirent les conséquences, en droit international privé, d'une équivalence supposée entre les droits nationaux des États membres. En droit positif, c'est ainsi que l'on peut lire notamment l'article 3.4 du règlement « Rome I » (n° 593/2008/CE) aux termes duquel : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix [choix de la loi applicable au contrat], dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ». Le dernier élément de la phrase postule une équivalence entre les règles européennes mises en œuvre dans l'État du for et dans tout autre État de l'UE (comparer le libellé voisin proposé par le Règl. « Rome II » [n° 864/2007/CE, JOUE, n° L 199, 31 juill.], art. 14.3). Elle fait taire un potentiel conflit entre les droits nationaux des États membres censés mettre en œuvre la règle européenne impérative, et ce pour mieux garantir l'application de ce droit européen

impératif menacé dans son application par le choix par les parties au contrat de la loi d'un État tiers, pour autant, naturellement, que cette mise en œuvre nationale ne supporte pas une marge nationale d'appréciation (pour l'hypothèse d'une transposition d'une directive au-delà de son domaine d'application, V. l'analyse proposée plus loin du cas Unamar : CJUE 17 oct. 2013, aff. C-184/12). Ce type de libellé, où la règle européenne relative au droit applicable est sous-tendue par une équivalence entre les droits nationaux des États membres, a également été imaginé pour la proposition de règlement sur le droit commun européen de la vente qui n'a jamais été adoptée (proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente – COM[2011] 635 final). Le texte de la proposition de règlement entretenait une certaine ambiguïté sur la question de l'application des dispositions impératives protectrices des consommateurs. Dans le dispositif en vigueur dans le règlement « Rome I », on sait que le consommateur ne peut, dans un certain nombre de cas, être privé de la protection assurée par la loi du pays où il a sa résidence habituelle, nonobstant le choix d'une loi d'un autre État (Règl. n° 593/2008/CE, art. 6, § 2, JOUE, n° L 177, 4 juill.). Pour éviter un conflit entre la loi du pays de résidence habituelle du consommateur et le droit commun européen de la vente choisi par les parties, la proposition de règlement affirmait que la comparaison des deux droits en présence était neutralisée du fait de l'existence, dans chaque environnement juridique national, d'un droit commun européen de la vente nécessairement équivalent aux autres (V. en particulier, exposé des motifs, p. 13 et les considérants 11 et 12 de la proposition de règlement). L'existence d'une règle européenne commune dans les différents États membres produit un effet d'équivalence qui neutralise la règle de conflit de lois traditionnelle.

44. La seconde illustration porte sur l'équivalence des protections juridictionnelles accordées aux plaideurs dans les différents États membres de l'Union européenne. Dans les dispositifs européens de reconnaissance des jugements étrangers (V. par ex., Règl. [UE] n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOUE, n° L 351, 20 déc. [Bruxelles I bis], art. 36 s.), on sait que la référence à l'ordre public procédural de l'État requis est parfois limitée, spécialement dans le cas du défendeur défaillant à la procédure dans le pays d'origine, qui n'a pas cherché à exercer toutes les voies de droit qui s'ouvraient à lui dans ce pays et qui entend cependant contester la validité de la décision rendue à la lumière de l'ordre public procédural de l'État requis. La Cour de justice s'est montrée défavorable à cette posture du défendeur (V. not., CJUE 25 mai 2016, aff. C-559/14, Meroni) et, selon une motivation qui lui est propre, la Cour européenne des droits de l'homme a avalisé le dispositif (CEDH, gr. ch., 23 mai 2016, Req. n° 17502/07, Avotins c/ Lettonie) sur le terrain d'une équivalence présumée des protections dans le pays d'origine et dans le pays d'accueil. La preuve contraire peut être rapportée d'une insuffisance manifeste de protection des droits en présence. Mais quand la présomption joue, elle se traduit par une application des mécanismes procéduraux prévus par le pays d'origine de la décision rendue, et ce au détriment des mécanismes concurrents du pays requis. Cette équivalence présumée des protections tient clairement à l'émergence d'un standard de protection du droit à un procès équitable en Europe. L'existence de ce standard européen neutralise ainsi le conflit entre deux contextes nationaux de mise en œuvre de la protection des droits fondamentaux potentiellement différents. Le droit européen exerce ainsi une influence sur les méthodes de droit international privé.

ART. 2. – OBJETS JURIDIQUES DE DIMENSION EUROPÉENNE ET RELATIONS TRIANGULAIRES

45. *Ni national, ni international : européen.* — Le droit de l'Union européenne construit des objets juridiques qui lui sont propres. On a déjà cité en exemples généraux la loi européenne, le juge européen et l'ordre juridique européen. De manière plus particulière, on a également visé les libertés de circulation européennes (personnes, marchandises, services, capitaux), l'affirmation d'une citoyenneté européenne, la création de titres européens de propriété industrielle, d'une société commerciale européenne, la conception même d'une justice civile de dimension européenne, d'un ordre public européen, etc. Ces objets de dimension européenne mettent parfois en scène une relation triangulaire entre, d'une part, l'objet européen nouvellement créé et, d'autre part, une relation entre les droits ou les juges des ordres juridiques nationaux des États membres (pour une présentation de ces relations en termes de « conflit diagonal », J. HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, 2010, *Economica*, spéc. nos 159 s., et la bibliographie citée en note 1, p. 117). Cette mise en relation intéresse la question ici étudiée des méthodes du droit européen appliquées au droit international privé, chaque fois que la règle de droit international privé est façonnée par l'existence d'un objet de dimension européenne.

46. *Illustrations.* — Les illustrations de ce type de situations sont assez nombreuses. Sans prétendre à l'exhaustivité, on relèvera quelques cas marquants en essayant de diversifier les approches au-delà des exemples – souvent les mêmes – auxquels il est devenu habituel de se référer en droit international privé. Le premier cas auquel on songe renvoie à ces objets de dimension européenne qui prennent soin de désigner le droit national qui leur est applicable. Le droit national joue ici un rôle nécessaire de complément, chaque fois que la règle européenne n'est pas à même de livrer de manière autonome l'ensemble des règles juridiques de nature à régir l'institution ainsi créée au niveau européen. Par exemple, il est prévu que la société européenne est soumise à la loi de l'État membre désignée par le règlement (Règl. [CE] n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, art. 9.1, relatif au statut de la société européenne, JOCE, n° L 294, 10 nov.) ou que le brevet européen à effet unitaire est soumis au droit national de l'État membre désigné par la réglementation européenne (Règl. [UE] n° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 déc. 2012, art. 7, mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet, JOUE, n° L 361, 31 déc.). Ces renvois au droit national traitent des rapports entre l'objet juridique de dimension européenne et les lois nationales potentiellement en conflit. Ils résolvent l'hypothèse d'un conflit triangulaire où plusieurs lois nationales auraient vocation à s'appliquer concurremment à l'objet juridique européen.

47. Le deuxième cas porte sur l'influence exercée par les règles européennes de libre circulation sur le jeu des rapports traditionnels entre les droits des États membres. La question s'est posée de manière quelque peu désordonnée, au hasard des cas qui se sont présentés à la Cour de justice. Qu'il s'agisse de l'exercice transfrontière des droits nationaux de propriété intellectuelle (par. ex., CJCE 20 janv. 1981, aff. 55 et 57/80, Musik-Vertrieb c/ GEMA), de la mobilité des personnes physiques (par. ex., des travailleurs détachés avant que la question ne soit régie par une directive européenne : CJCE 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, Arblade) ou encore des personnes morales (par. ex., des sociétés de droit national : CJCE 9 mars 1999, C-212/97, Centros), la question s'est posée de savoir si les libertés de circulation exerçaient une influence sur le jeu des solutions au

conflit de lois. Pour répondre à cette interrogation, il faut distinguer deux difficultés. Une première a été de déterminer si le jeu des libertés européennes pouvait avoir un effet disqualifiant sur le jeu de mécanismes ordinaires de droit international privé. À cette question, la réponse n'a fait guère de doute. Le droit européen des libertés de circulation joue parfois comme un mécanisme d'exception qui a vocation à faire échec au droit national normalement applicable. Ce mécanisme a été théorisé (V. en particulier, M. FALLON et J. MEEUSEN, *Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition*, 2002, *Yearbook of Private International Law*, p. 37). L'objet de dimension européenne, ici la liberté de circulation, joue un rôle de disqualification sur le droit normalement applicable en vertu de la règle de conflit, contraignant le juriste à laisser inappliquée la *lex causae*. Une autre difficulté est de savoir s'il est possible de traduire dans une nouvelle règle de conflit cet état des choses. L'hypothèse sera examinée plus loin (V. *infra*, n^{os} 50 s.).

48. Le troisième cas porte sur l'effet de perturbation induit par la citoyenneté européenne sur le jeu traditionnel des mécanismes de droit international privé. Aux termes d'affaires retentissantes, rendues tant sur le terrain de la condition des étrangers que du conflit de lois, la question s'est posée de savoir si l'affirmation d'une citoyenneté européenne n'était pas de nature à bouleverser profondément les modes habituels de raisonnement en droit international privé. Les premiers arrêts rendus sur le sujet ont largement alimenté cette analyse (V. en particulier, sur le terrain du conflit de lois, CJCE 2 oct. 2003, aff. C-148/02, Garcia Avello, semblant offrir aux citoyens européens une liberté de choix du droit national applicable en matière de nom patronymique. — Sur le terrain de la condition des étrangers : CJUE 8 mars 2011, aff. C-34/09, Zambrano, remettant littéralement en cause les politiques migratoires nationales au nom de la citoyenneté européenne de l'enfant mineur de ressortissants d'un État tiers). Mais la jurisprudence intervenue depuis a fait preuve de plus de retenue, laissant entrevoir un simple aménagement des solutions traditionnelles, compte tenu de l'existence d'une citoyenneté européenne (sur le premier sujet, V. en particulier : CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06, Grunkin Paul. — Sur le second, V. not. CJUE 15 nov. 2011, aff. C-256/11, Dereci).

ART. 3. — ESPACES COMMUNS EUROPÉENS ET RECONNAISSANCE MUTUELLE

49. Espaces européens. — La dernière dimension européenne qui est susceptible d'avoir une influence forte sur les mécanismes de droit international privé tient à la création d'espaces communs européens au sein desquels le mécanisme de la reconnaissance mutuelle occupe une place cardinale. Ces espaces communs européens sont, comme indiqué plus haut, au nombre de deux : l'espace du marché intérieur et l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Tous deux ont mis en place des dispositifs nombreux de nature à permettre la circulation des décisions, des actes et des situations sur l'ensemble du territoire européen. Cette circulation utilise très souvent la technique juridique de la reconnaissance. Les États membres se trouvent ainsi dans la situation de devoir accepter que des décisions, actes ou situations nés dans l'un des États membres produisent leurs effets sur l'ensemble des autres territoires nationaux, alors même que sur leurs territoires, la décision, l'acte ou la situation en cause n'a pas normalement vocation à produire un tel effet. La reconnaissance fait aujourd'hui l'objet d'un débat nourri en doctrine de droit international privé. La question importante est posée de savoir si elle est susceptible de se présenter comme une technique juridique concurrente de celles traditionnellement à l'œuvre en droit international privé, en particulier le conflit de lois (V. dernièrement sur ce thème, l'ensemble des contributions rassemblées par P. LAGARDE [dir.], *La reconnaissance*

des situations en droit international privé, 2013, Pedone. — Comp. P. LAGARDE, *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ?*, Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2014, RCADI [vol. 371], 9. — J. BASEDOW, *The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Law*, 2015, Brill Nijhoff, spéc. p. 321 s.). Il est certain que de telles discussions, qui se sont ouvertes au début des années 2000, n'auraient jamais pu voir le jour sans le développement concomitant des espaces juridiques européens. Tout ce que l'Europe a produit comme mécanismes de reconnaissance mutuelle (sur lesquels notamment : W. VAN BALLEGOOIJ, *The Nature of Mutual Recognition in European Law*, 2015, Intersentia) a nécessairement exercé une influence très forte sur la tenue et les termes de ces débats doctrinaux en droit international privé. Ce n'est pas le moindre des enseignements que d'observer que la création d'espaces juridiques nouveaux de dimension européenne est susceptible de transformer en profondeur la discipline du droit international privé.

SECTION 3

Méthodes du droit international privé appliquées au droit européen

50. Le droit international privé contraint le droit européen à devoir distinguer les situations internes et externe à l'Europe (V. *infra*, n^{os} 51 s.), les règles applicables aux activités et aux actes (V. *infra*, n^{os} 56 s.) et, enfin, les lois de police et l'ordre public de dimension européenne et nationale (V. *infra*, n^{os} 58 s.).

ART. 1^{er}. — DISTINCTION DES DIMENSIONS INTERNES ET EXTERNES ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

51. Situations internes et externes. — Le droit européen n'est pas réfractaire à l'application des méthodes de droit international privé. Cette application est commandée par différentes distinctions ou divers mécanismes juridiques. Une première distinction oppose les dimensions interne et externe du droit européen. Dans sa dimension interne, le droit européen peut être amené, comme indiqué précédemment, à modifier les constructions du droit international privé (V. *infra*, n^{os} 39 s.). Dans sa dimension externe, la situation est tout autre. La question se pose, en effet, de savoir si dans ses rapports externes le droit européen ne retrouve pas un statut équivalent à celui d'un droit national dont les rapports aux droits nationaux des pays tiers sont normalement régis par les mécanismes de droit international privé. L'assertion doit être vérifiée pour l'ensemble des constructions du droit international privé.

52. En droit de la condition des étrangers. — Sur le terrain de la condition des étrangers, le statut des ressortissants des États tiers au sein de l'Union européenne ou le statut des citoyens européens dans les pays tiers sont régis par des mécanismes traditionnels de condition des étrangers. Ces mécanismes sont, pour certains d'entre eux, européanisés (par. ex., Dir. n^o 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée, JOUE n^o L 16, 23 janv. — Dir. n^o 2004/114/CE du Conseil du 13 déc. 2004 relative aux conditions d'admission des ressortissants de pays tiers à des fins d'études, d'échange d'élèves, de formation non rémunérée ou de volontariat, JOUE, n^o L 375, 23 déc. — Dir. n^o 2016/801/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers à des fins de recherche, d'études, de formation, de volontariat et de programmes d'échange d'élèves ou de projets éducatifs et de travail au pair, JOUE, n^o L 132, 21 mai). Mais dans tous les cas,

ils relèvent de la catégorie classique des règles propres aux étrangers et ne modifient pas fondamentalement leur régime juridique. Le seul cas un peu particulier qu'il faut signaler est celui des situations qui mêlent la présence de citoyens européens et celle de ressortissants d'États tiers. Dans ces hypothèses, il faut agencer les règles propres à la dimension interne du droit européen (notamment le droit de circuler et de séjourner des citoyens européens régi par les art. 20 s. TFUE et la Dir. n° 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avr. 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JOUE, n° L 158, 30 avr.) et celles concernant le statut juridique des ressortissants d'États tiers (V. sur la situation de l'enfant mineur, citoyen européen, de parents ressortissant d'un État tiers, notamment les jurisprudences Zambrano [CJUE 8 mars 2011, aff. C-34/09] et Dereci [CJUE 15 nov. 2011, aff. C-256/11] signalées ci-dessus. – V. encore dernièrement sur ce sujet qui permet de faire un point complet de la situation : CJUE 13 sept. 2016 [2 arrêts], aff. C-165/14 et C-304/14, Marin & CS).

53. En droit des conflits de lois. — Dans le domaine de la loi applicable, les rapports de conflit entre la loi d'un État tiers et la loi européenne recouvrent *a priori* les attributs d'un conflit de lois traditionnel entre deux lois nationales différentes. Par exemple, la mise en jeu d'une responsabilité du fait des produits défectueux dans une situation de fait localisée dans un État tiers et dans un État membre mettra ordinairement en conflit la loi d'un État membre transposant une directive européenne (Dir. n° 85/374/CEE du Conseil du 25 juill. 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOUE, n° L 210, 7 août) et la loi d'un État tiers régissant ce type de responsabilité. Les règles qui gouvernent ces conflits de lois peuvent être indifféremment de source européenne (par. ex., les Règl. Rome I, II ou III, préc.), internationale (par. ex., une Convention de La Haye liant un État membre ou à laquelle est partie l'Union européenne) ou nationale. La situation de conflit de lois n'est pas immédiatement impactée par la présence d'une législation matérielle européenne, dès lors que le conflit met en scène cette loi européenne et la loi d'un pays tiers. Sauf à se placer sur le terrain des lois de police (V. le cas ci-après), il n'y a pas de raison de traiter la situation différemment de celle qui caractérise un conflit entre deux lois nationales, en l'absence de législation de droit matériel européenne.

54. En droit des conflits de juridictions. — S'agissant du conflit de juridictions, le traitement juridique des situations de conflit entre, d'une part, la juridiction d'un État tiers et, d'autre part, la juridiction d'un ou de plusieurs État(s) membre(s) relève du traitement ordinaire de ce type de conflit, sans que la règle européenne propre aux conflits entre les juridictions des États membres n'ait à interférer directement. Le droit international privé national des États membres ou le droit conventionnel des États membres (par. ex., pour le France, la Convention franco-marocaine de 1981 relative au statut des personnes et de la famille et la coopération judiciaire) et/ou de l'Union européenne (par. ex., la Convention de Lugano de 2007 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ou la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for) ont vocation à régir ce type de situation. En cas de risque d'application cumulative des règles européennes et internationales aux situations intra- et extra-européennes, des règles sont généralement aménagées pour faire la part entre les situations qui relèvent de la réglementation européenne et celles qui sont soumises à la réglementation internationale (par. ex., V. not. l'art. 26 de la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for qui réserve, notamment,

le jeu de règles propres aux organisations d'intégration régionale pour les situations qui y sont rattachées).

55. En droit de la reconnaissance. — La reconnaissance dans l'Union européenne des décisions, actes et situations relevant de pays tiers en même temps que la question de l'efficacité dans les pays tiers des décisions, actes et situations intervenus dans un État membre relèvent des mécanismes ordinaires de droit international privé. Les solutions propres à l'espace européen, fondées notamment sur un principe de reconnaissance mutuelle, n'ont pas cours avec les pays tiers, sauf si elles sont étendues par voie conventionnelle ou par décision (V. par ex., s'agissant des rapports entre l'UE et les États membres de l'AELE, la Convention de Lugano de 2007 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

ART. 2. – DISTINCTION ACTIVITÉS/ACTES
ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

56. Le droit européen des activités et le droit international privé des actes. — Le droit européen du marché intérieur s'est attaché à libéraliser un nombre important d'activités économiques. Il a forgé pour ce faire des règles propres à l'exercice transeuropéen de ces activités. La question s'est posée de savoir si ces solutions avaient un impact sur les constructions du droit international privé. Par exemple, on s'est interrogé sur l'influence directe ou indirecte exercée par le test de compatibilité des entraves aux échanges sur la désignation du droit applicable au sens classique où l'entend le droit des conflits de lois. Quand la règle européenne fait échec à l'application de la loi du pays d'accueil d'une personne, d'une marchandise, d'un service ou d'un capital au motif qu'elle pose une condition équivalente surabondante à celle définie par la loi du pays d'origine, on s'est demandé si cette règle ne contenait pas une règle de conflit de lois « cachée » en faveur du pays d'origine (V. not. sur ce thème avec les nombreux renvois bibliographiques proposés, M. HO-DAC, La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne, 2012, Bruylant). Ce type de questionnement s'appuie sur l'idée que le droit européen s'attacherait à banaliser la distinction entre les règles applicables aux activités (accès à l'activité et conditions d'exercice), qui relèvent principalement du droit public, et les règles applicables aux actes (les contrats par lesquels les personnes, marchandises, services, capitaux circulent) qui relèvent plus volontiers du droit privé. Il existe des raisons qui militent en ce sens. Nombreux sont, en effet, les outils européens de coordination qui se déploient aussi bien pour des institutions de droit public que de droit privé. Cette manière transversale d'appréhender les questions se rencontre particulièrement dans la circonstance où le droit européen fait de « l'activité » l'objet principal de son intervention. En droit international privé, on connaît le rattachement aux actes, aux faits, aux personnes et aux biens, mais certainement pas aux activités. Du fait d'une spécialisation forte du droit des conflits de lois, des pans entiers de l'activité transnationale ont été abandonnés par la discipline au droit administratif international (agrément, contrôle des autorités) ou au droit pénal international (sanction des infractions à la réglementation professionnelle). Avec le droit européen, on s'est demandé si ce cloisonnement était toujours de mise. Mieux encore, certains principes nouveaux ont fait leur apparition et ont exercé une influence transversale sur le rattachement d'une situation donnée à un ordre juridique étatique donné. Ainsi en témoigne, par exemple, la directive sur le commerce électronique (Dir. n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE, n° L 178, 17 juill.). Ce texte, plein d'ambiguïtés, mal écrit et qui a fait couler beaucoup

d'encre, n'a d'autre ambition, selon les termes de son article 3, que de poser le principe selon lequel le prestataire doit respecter les dispositions applicables dans son pays d'origine pour toute réglementation entrant dans le champ de la directive et susceptible comme telle de réguler ses actions. La question s'est ainsi posée de savoir si la directive comportait une règle de conflit de lois. À cette interrogation, la Cour de justice a doublement répondu (CJUE 25 oct. 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, eDate Advertising) que si le principe du pays d'origine pouvait exercer un impact sur l'applicabilité spatiale des règles de droit privé du pays d'origine, il n'impliquait pas, en revanche, l'adoption d'une règle de conflit de lois imposant l'application de la seule loi du pays d'origine.

57. Cette analyse rejoint l'interprétation dominante selon laquelle le principe du pays d'origine n'est pas à proprement parler une règle de conflit concurrente de celle qui existe en matière contractuelle (loi d'autonomie) ou délictuelle (*lex loci delicti*). C'est plus volontiers un principe qui est amené à exercer une influence sur le droit international privé au même titre que sur n'importe quelle autre branche du droit. Ce principe, appelé « Marché intérieur » par la directive, joue un rôle essentiellement correcteur. Il implique une recherche des justifications susceptibles d'asseoir l'intervention d'une loi autre que celle qui régit normalement la prestation dans son pays d'origine. Cette solution montre que le droit européen, s'il exerce incontestablement une influence sur les constructions du droit international privé (V. *infra*, n^{os} 39 s.), n'est pas irréductible à ces dernières. Le droit international privé, ses méthodes et ses solutions survivent à l'affirmation d'un principe du marché intérieur pour la raison principale que le principe du marché intérieur impacte les règles qui gouvernent l'activité du prestataire et que les règles de droit international privé s'intéressent principalement aux actes du prestataire. Parfois, des frictions peuvent apparaître entre ces deux corps de solutions, spécialement quand une règle de droit privé a trait à l'activité ou qu'une règle de droit public régit les actes. Mais la distinction entre les activités et les actes est maintenue et, avec elle, la dualité des constructions juridiques. En d'autres termes, les méthodes du droit international continuent à s'appliquer aux domaines réglementés par des énoncés juridiques spécifiquement européens.

ART. 3. – LOIS DE POLICE ET ORDRE PUBLIC EUROPÉENS ET NATIONAUX

58. *Lois de police nationales et lois de polices européennes ; ordre public européen et ordre public national.* — Les lois de police et l'ordre public international sont des institutions majeures du droit international privé. Dans le paysage juridique européen, la question se pose de savoir si ces mécanismes juridiques survivent au développement des lois de police européennes et de l'ordre public européen. Autrement dit, le droit européen est-il apte à se nourrir des constructions du droit international privé ou s'affranchit-il des cadres existants pour définir ses solutions propres ?

59. La réponse à cette interrogation est ambivalente. Cela tient pour beaucoup à la versatilité avec laquelle la Cour de justice s'est saisie de ces questions, tant sur le terrain des lois de police (V. par ex., la comparaison des solutions rendues dans les affaires Ingmar [CJCE 9 nov. 2000, aff. C-381/98], Unamar [CJUE 17 oct. 2013, aff. C-184/12] et Agro Foreign Trade [CJUE 16 févr. 2017, aff. C-507/15]) que sur celui de l'ordre public (V. par ex., la comparaison des solutions rendues dans les affaires Krombach [CJCE 28 mars 2000, aff. C-7/98], Maxicar [CJCE 11 mai 2000, aff. C-38/98], Diageo Brands [CJUE, 1^{re} ch., 16 juill. 2015, aff. C-681/13] et Merroni [CJUE 25 mai 2016, aff. C-559/14]).

Juge non spécialisé en droit international privé, la juridiction européenne sème souvent le trouble dans les esprits. Ses décisions ne sont pas toujours compréhensibles, et le juriste de droit international privé ne cache pas son embarras devant ces développements jurisprudentiels.

60. *Deux lectures possibles.* — Face à cette situation générale, deux lectures peuvent être proposées. La première consiste à observer que le droit européen occupe une place singulière dans l'application des dispositions impératives nationales (lois de police ou d'ordre public international) qui tient à la manière dont il tente de faire cohabiter des dispositions impératives de différents États membres. Traditionnellement, en droit international privé, il existe deux manières de faire produire un effet aux dispositions impératives d'un pays donné : la méthode immédiate des lois de police et la méthode d'éviction de l'exception d'ordre public, étant entendu que dans les deux cas le juge marque nettement une préférence pour les dispositions impératives du for quand elles entrent en conflit avec des dispositions impératives dictées par une loi étrangère. Le droit européen, ne recouvrant pas un seul territoire étatique, mais plusieurs, a développé une aptitude réelle à raisonner de manière détachée et globale, toutes dispositions impératives confondues, sans discrimination entre elles. À une situation donnée, il lui est en effet naturel d'envisager l'application concurrente et potentiellement cumulative de plusieurs lois nationales, fussent-elles impératives ou de police, là où le phénomène demeure plus exceptionnel en droit international privé traditionnel. La très grande majorité des illustrations qui peuvent être données en ce sens relève pour l'essentiel du droit public. Elles n'intéressent d'ailleurs le plus souvent le conflit de lois qu'au travers d'un conflit d'autorités que le droit européen s'efforce de régler en répartissant, selon des critères préétablis, la compétence concurrente des différentes autorités nationales, chacune appliquant en principe sa propre loi. C'est le cas, par exemple, dans les secteurs de l'assurance, de la banque, de la radiodiffusion ou encore en matière de circulation de médicaments ou de biens culturels. Plus près des préoccupations du droit international privé, un exemple mérite une attention particulière. Il concerne les activités transfrontières de prestation de services qui impliquent un détachement temporaire de salariés. Deux règles cohabitent qui intéressent l'application de dispositions impératives nationales : le règlement de Rome I (préc.) qui prévoit en son article 8 que le contrat de travail ne peut en principe déroger aux dispositions impératives de la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail, nonobstant un détachement temporaire dans un autre pays, et la directive n^o 96/71/CE (JOCE, n^o L 18, 21 janv.) modifiée du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services qui prévoit en son article 3 que l'entreprise prestataire qui détache des salariés dans un autre État membre est tenue de respecter certaines dispositions impératives de la loi du pays d'accueil (périodes de travail, durée minimale des congés payés, salaire minimum...), quelle que soit la loi applicable à la relation de travail. Par la combinaison de ces deux articles, le droit européen crée les conditions d'une cohabitation entre deux ensembles de règles impératives. Les raisons de cette cohabitation tiennent à la dualité des objectifs poursuivis : le règlement de Rome I cherche à protéger le salarié tout en répondant à un impératif de proximité propre au droit international privé ; la directive poursuit un objectif de saine concurrence en déjouant les pratiques de dumping social consistant à profiter des conditions offertes par des réglementations moins contraignantes. Mais il n'empêche que la solution demeure techniquement originale en droit international privé. Deux séries de dispositions impératives sont amenées à s'appliquer sans que l'on cherche nécessairement à faire prévaloir l'une sur l'autre. Par exemple : le salarié travaillant habituellement en France, détaché à titre temporaire

en Espagne dans le cadre d'une prestation de services ne pourra pas travailler au-delà de la durée maximum définie en Espagne (solution de la directive) ni au-delà de celle définie par la loi française dont les dispositions impératives continuent de s'appliquer normalement à son contrat (solution du Règl. « Rome I »). On est donc loin des solutions d'immédiateté ou d'éviction engendrées en droit traditionnel des conflits de lois par les dispositions impératives.

61. La seconde observation vise les rapports entre les lois de police et l'ordre public de dimension européenne et les lois de police et l'ordre public de dimension nationale. Dans sa jurisprudence rappelée ci-dessus, le juge européen a manifesté une tendance forte à vouloir maîtriser les éléments de définition d'une impérativité européenne, et ce au détriment du déploiement de considérations impératives nationales. Cette européanisation des raisonnements tient à la volonté du système juridique européen de

se forger une doctrine en ce domaine. On assiste ici au même phénomène que celui qui a présidé à l'européanisation de l'ensemble des règles de droit international privé, et ce au détriment des solutions nationales ou internationales existantes (V. nos explications *supra*). Cette posture n'est qu'une étape dans la construction européenne. Il y a fort à parier que, chemin faisant, le juge européen se trouve confronté à la nécessité de prendre plus largement en compte la dimension nationale (et internationale) des règles impératives. Le cas improbable surviendra nécessairement où la prise en compte d'une impérativité nationale apparaîtra nécessaire pour combler les lacunes d'un dispositif européen. Cet état renouvelé des choses sera alors plus respectueux des constructions du droit international privé.

À travers ces différents développements, il apparaît que le droit international privé est à même de tenir une place – qui lui est potentiellement propre – au sein de la construction de l'ordre juridique de l'Union européenne.

TITRE 2

Droit international privé européen

62. La construction du droit international privé à une échelle européenne est amplement tributaire de l'œuvre du juge européen

(V. *infra*, n^{os} 63 s.) et entraîne un mouvement fondamental de codification (V. *infra*, n^{os} 112 s.).

CHAPITRE 1^{er}

Le juge du droit international privé européen

63. Sans la compétence interprétative d'une juridiction supranationale, la mise en œuvre uniforme du droit international privé européen pourrait difficilement être atteinte. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, l'interprétation par la Cour de justice de l'ensemble des instruments en ce domaine obéit aux règles générales du recours préjudiciel énoncées par les traités institutifs, le règlement de procédure de la Cour de justice du 25 septembre 2012 (JOUE, n^o L 265, 29 sept. 2012, tel que modifié le 18 juin 2013, JOUE, n^o L 173, 26 juin 2013, p. 65) et des recommandations dépourvues de valeur contraignante (recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles, JOUE, n^o C 338, 6 nov. 2012). L'application des protocoles du 3 juin 1971 concernant l'interprétation par la Cour de justice de la Convention de Bruxelles (V. *Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale*. – H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5^e éd., 2015, LGDJ, n^o 4, p. 7) et du 19 décembre 1988 concernant l'interprétation par la Cour de justice de la Convention de Rome (deux protocoles signés à Bruxelles, JOCE, n^o L 48, 20 févr. 1989, sur lesquels, V. Règl. Rome I, Obligations contractuelles) n'est plus nécessaire. En outre, en vertu de l'article 267 TFUE, toute juridiction d'un État membre peut désormais saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation, ouverture à l'origine d'une explosion des renvois préjudiciels (le protocole n^o 2 sur l'interprétation uniforme de la convention de Lugano du 30 octobre 2007, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et sur le comité permanent, permet également aux États non membres de l'Union européenne, mais parties à la convention, de déposer des observations devant la Cour). Le travail d'interprétation exercé par la Cour de justice, consubstantiel à toute activité juridictionnelle, prend ici une dimension particulière. En premier lieu, le pouvoir interprétatif dont dispose la Cour de justice ne doit pas faire oublier le rôle essentiel tenu par les juridictions nationales. C'est d'abord au juge interne saisi d'un litige qu'il incombe d'interpréter les divers instruments de droit international

privé de l'Union : la mise en œuvre uniforme du droit international privé européen n'est que la conséquence d'une coopération préjudicielle entre la Cour de justice et le juge national (V. *infra*, n^{os} 64 s.). Ensuite, la Cour de justice ne se contente pas de doter les textes européens d'une interprétation uniforme. L'œuvre interprétative de la Cour est à l'origine de véritables constructions prétoriennes du droit international privé européen. La Cour de justice s'érige alors en architecte de droit international privé de l'Union européenne (V. *infra*, n^{os} 86 s.).

SECTION 1^{re}

Coopération préjudicielle entre la Cour de justice et le juge national

64. Le mécanisme préjudiciel constitue un mode d'organisation des relations entre la Cour de justice et les juridictions nationales mettant en forme une collaboration entre les juges (A. MAITRE-PIERRE, *Le dialogue des juges et la coordination judiciaire*, Trav. Com. fr. DIP, 2014-2016, Pedone, 2017). L'absence de rapport hiérarchique organique entre les juges étatiques et la Cour de justice est d'ailleurs propice à une liberté d'échanges entre les juridictions (sur ce sujet, J. PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE – le renvoi préjudiciel*, 2013, Bruylant, n^o 31, p. 29). Ce rapport particulier entre la Cour de justice et le juge national garantit une interprétation uniforme du droit international privé européen dans le but de prévenir les contradictions de jurisprudence entre les juridictions nationales.

ART. 1^{er}. – COUR DE JUSTICE : INTERPRÈTE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE L'UNION EUROPÉENNE

65. L'interprétation assigne une signification à un énoncé. Cette opération intellectuelle menée par la Cour de justice dans le domaine du droit international privé européen porte sur une grande variété d'instruments : les traités institutifs de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux, le droit dérivé de l'Union, les accords internationaux liant l'Union européenne

et dans une certaine mesure le droit national (pour ce dernier, la Cour délivre au juge national les éléments d'interprétation du droit de l'Union lui permettant d'apprécier la conformité du droit national au droit européen). C'est par la technique du renvoi préjudiciel en interprétation que la Cour détermine le sens de ces textes, mécanisme ayant pour finalité première, en notre domaine, de contribuer à la construction d'un espace judiciaire européen le plus uniforme possible. Pour tenter de parvenir à cet idéal, la Cour met en œuvre différentes techniques interprétatives (V. *infra*, n^{os} 70 s.). Celles-ci sont tributaires de facteurs généraux agissant sur l'interprétation du texte (V. *infra*, n^{os} 68 s.).

§ 1^{er}. – Contraintes d'interprétation

66. Selon l'article 19, § 1, TUE, la jurisprudence de la Cour de justice a pour fin d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ». L'article 267 TFUE ajoute que « la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel [...] sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union ». En d'autres termes, le juge européen garantit le respect du principe de légalité dans l'Union européenne. Mais hormis cette directive générale, rien n'est précisé quant aux procédés d'interprétation devant être mis en œuvre. Une certaine liberté juridique semble dès lors s'attacher à la mission d'interprète de la Cour de justice, d'autant plus qu'elle n'est pas liée par les règles d'interprétation énoncées aux articles 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (elle les reprend en revanche naturellement, V. en ce sens, G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., 2012, Sirey, p. 348 ; et s'y réfère expressément pour interpréter les accords internationaux auxquels l'Union européenne est liée. – V. par ex. CJUE 6 mai 2010, *Walz*, aff. C-63/09, point 23, D. 2010. 1762, note J.-P. Tosi). Pour autant, la solution énoncée par la Cour de justice procède de différents facteurs qui viennent influencer l'opération d'interprétation, sans être, en tant que tels, des obligations juridiques (sur la distinction entre contrainte juridique et obligation juridique, M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, 2005, Bruylant-LGDJ). Sans prétendre à l'exhaustivité, les facteurs encadrant l'œuvre interprétative de la Cour de justice peuvent être classés en trois groupes : le premier tient à sa participation à un système juridique propre, le deuxième à sa dimension de cour supranationale, européenne en l'occurrence, le troisième résulte de son mode d'intervention : le renvoi préjudiciel en interprétation.

67. Tout d'abord, la Cour de justice constitue l'un des organes du « cadre institutionnel de l'Union ». Or, l'Union s'appuie sur ses institutions pour « promouvoir ses valeurs, poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ces citoyens, et ceux des États membres, ainsi [que pour] assurer la cohérence, l'efficacité et la continuité de ses politiques et de ses actions » (TUE, art. 13). À ce titre, la Cour participe pleinement à la « dynamique européenne » (J.-M. THOUVENIN, *Les techniques interprétatives du juge de l'Union européenne*, RGDIP 2011. 491 s.). Partant, lorsqu'elle interprète un énoncé, la Cour de justice est soumise à des contraintes qui résultent de sa position de juridiction supranationale *au service* d'une organisation d'intégration régionale. La Cour de justice est ainsi garante des objectifs poursuivis par l'Union européenne : la construction d'un marché intérieur comportant « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités » (TFUE, art. 26, § 2) et d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée

la libre circulation des personnes » (TUE, art. 3, § 2). La volonté d'édifier un espace de libre circulation, rendu possible par la présomption de confiance mutuelle entre les États membres, ressort d'ailleurs de nombreuses décisions de la Cour en droit international privé européen (V. *infra*, n^{os} 100 s. – *Addé* sur ce sujet, not., P. KINSCH, *Quel droit international privé pour une époque néolibérale ?*, Mélanges P. Mayer, 2015, LGDJ, spéc. p. 383. – B. RÉMY, *Techniques interprétatives et systèmes de droit : Les techniques interprétatives de la norme internationale*, RGDIP 2011, spéc. p. 342 – 343). Or, c'est en dégagant une interprétation uniforme dont la teneur est conforme à ces objectifs que la Cour de justice contribue à garantir ceux-ci et à promouvoir la confiance mutuelle. Cette recherche d'unité de signification peut sembler d'autant plus remarquable que la Cour est constituée d'autant de juges que d'États, selon la règle un pays un siège, et est en charge d'interpréter des textes rédigés dans une multitude de langues. La Cour de justice transcende cette diversité par la finalité qu'elle poursuit.

68. Un autre type de contraintes découle de sa position de cour supranationale *européenne*. La Cour de justice déploie son autorité dans les mêmes États que la Cour européenne des droits de l'homme. Ce faisant, les règles de droit international privé de l'Union relèvent du contrôle du juge de Strasbourg dans la mesure où les États qui les mettent en œuvre sont également liés par le respect de la Convention EDH. En outre, l'article 6, § 3, TUE prescrit, dans les limites des compétences attribuées à l'Union, le respect des droits fondamentaux garantis par la Convention en tant que principes généraux. Aussi, bien que la Cour de justice ait à cœur de préserver son autonomie par rapport à la CEDH (V. not. l'avis 2/13 de la Cour, ass. plén., du 18 déc. 2014 qui insiste sur ce point), elle ne peut rester hermétique à la jurisprudence interprétative de cette dernière. Une opposition nette entre les deux cours, intenable pour les États membres et préjudiciable à la protection des droits fondamentaux, est évitée par la recherche d'un effet équivalent entre les droits définis par la Charte et la Convention EDH (pour un exemple d'interaction entre les deux cours européennes dans un domaine particulier, D. PORCHERON, *La jurisprudence des deux cours européennes [CEDH et CJUE] sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ?*, JDI 2015. 821 s.).

69. Un troisième type de contraintes tient de la voie de droit utilisée : la technique du renvoi préjudiciel en interprétation. La Cour de justice fournit aux juridictions nationales les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui leur sont nécessaires pour la solution des litiges qu'elles sont appelées à trancher. Mais la Cour n'entre pas dans la résolution du litige : son rôle est de délivrer une démarche à un autre juge. En d'autres termes, saisie d'une question préjudicielle en interprétation, ses arrêts ne sont pas des actes de réalisation du droit : la Cour « dit pour droit ». Dès lors, l'interprétation donnée par la Cour de justice se veut avant tout méthodologique (en ce sens, C. NOURISSAT, *La Cour de justice face aux règlements de coopération judiciaire en matière civile et commerciale : quelques interrogations, dix ans après...*, *Trav. Com. fr. DIP 2010-2012*, p. 19 s., spéc. p. 33), d'où l'utilisation fréquente de raisonnements circonstanciés mettant en œuvre des faisceaux d'indices. Ceux-ci permettront au juge national de notamment : qualifier la situation (V. à titre d'illustration, l'affaire *Granarolo*, CJUE 14 juill. 2016, aff. C-196/15, portant sur l'interprétation de la « matière contractuelle » et la « matière délictuelle », où la Cour énumère « un faisceau d'éléments concordants », point 26, assez vagues pour certains, indiquant bien au juge national que c'est à lui de le mettre en œuvre afin de caractériser l'existence d'une relation contractuelle tacite), la localiser, ou encore d'identifier une loi de police (V. not., l'arrêt *Unamar*, CJUE 17 oct. 2013, aff. C-184/12). La démarche indiquée aux juges nationaux est d'ailleurs plus ou moins précise,

laissant une plus ou moins grande liberté aux juridictions nationales (V. par ex., l'arrêt *Wood floor*, CJUE 11 mars 2010, aff. C-19/09, rendu en interprétation de l'article 5, § 1, b) du règlement Bruxelles I : la Cour délivre dans cet arrêt une démarche précise au juge national lui permettant de déterminer le tribunal compétent en cas de fournitures de services dans plusieurs États membres, et lui confère peu de liberté dans sa mise en œuvre). Afin de persuader le juge national du bien-fondé de la démarche retenue, la Cour étoffe sa motivation (V. sur ce sujet, L. COUTRON, *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, RTD eur. 2009. 643 s.). Le style argumentatif en ressort parfois alambiqué (l'arrêt *Pammer, Hotel Alpenhof*, CJUE 7 déc. 2010, aff. jointes C-585/08 et C-144/09, portant sur la signification de la notion d'« activité dirigée », critère d'applicabilité de l'article 15, § 1, du règlement Bruxelles I, en est un exemple significatif : une rédaction longue et une structure incertaine pour expliquer et justifier le recours à la méthode de la focalisation, V. la note critique de L. D'AVOUT, JCP 2011, n° 129).

Ces divers éléments sont autant de facteurs qui agissent sur l'œuvre interprétative de la Cour lorsqu'elle recourt aux procédés interprétatifs.

§ 2. – Techniques interprétatives

70. Les techniques interprétatives utilisées par le juge sont bien connues. Il s'agit d'en relever ici les traits saillants dans le domaine du droit international privé européen (V. sur ce sujet, M. AUDIT, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, JDI 2004. 789 s. – J.-S. BERGÉ, *Dynamique interprétative de la Cour de justice et codification européenne du droit international privé*, in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZETTO [dir.], *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, 2009, Dalloz, p. 591 s. – C. NOURISSAT, article préc., p. 19 s. – B. REMY, *Techniques interprétatives et systèmes de droit*, RGDIP 2011. 329 s. – T. AZZI, *La Cour de justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire*, Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit, 2014, Dalloz, p. 43 s.). Le droit international privé européen n'a pas suscité de nouvelle méthode d'interprétation. Les procédés traditionnels, c'est-à-dire les méthodes littérales, historique, systémique, téléologique, comparative, sont tous susceptibles d'être mis en œuvre par la Cour de justice qui accorde également une place importante à l'interprétation autonome. La spécificité que l'on peut déceler à l'analyse des arrêts relatifs aux instruments de droit international privé européen ne réside donc pas tant dans les méthodes utilisées que dans le poids accordé à telle ou telle méthode et à l'objectif visé lors de leur mise en œuvre. La classification des techniques interprétatives et leur distinction ne doivent cependant pas faire oublier l'unité de la démarche interprétative (rapp. P. WACHSMANN, *Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Colloque de Strasbourg, 1998, Pedone, p. 157 s., spéc. p. 179). Le juge européen combine d'ailleurs le plus souvent les différents procédés (en ce sens, C. NOURISSAT, article préc., spéc. p. 31).

71. *Les méthodes littérale et historique.* — La démarche la plus spontanée suivie par la Cour est celle de la méthode littérale, c'est-à-dire la référence aux termes de la disposition à interpréter. Son rôle d'interprète consiste en effet à déterminer le sens du texte sans (trop) empiéter sur les fonctions du « législateur ». Au sein des arrêts, les renvois au « libellé » ou à la « lettre » d'une disposition sont ainsi innombrables. Néanmoins, si la Cour se penche d'abord sur l'exégèse du texte à interpréter, le recours à

la méthode littérale trouve vite ses limites. Ainsi, la méthode est écartée lorsque les versions linguistiques du texte diffèrent entre elles. L'arrêt *Zelger* (CJCE 7 juin 1984, aff. C-129/83) qui porte sur l'interprétation de l'article 21 de la Convention de Bruxelles, relatif à la litispendance, en est une illustration. Les termes « demande formée » utilisés par les articles 21 et 22 de la Convention renvoient en français et en allemand à des notions différentes. Après l'avoir relevé, la Cour procède en deux temps : elle s'intéresse, en premier lieu, à « l'ensemble de l'article 21 » pour en déduire que « demande formée » signifie « demande formée définitivement » (point 14). Elle prend ensuite en considération l'objet de la Convention de Bruxelles pour renvoyer aux droits nationaux la détermination des formalités procédurales à accomplir. Ce faisant, la Cour écarte pour s'intéresser au contexte de la disposition et en déduire sa signification. La méthode littérale est également mise de côté lorsque l'énoncé s'avère insuffisamment précis. La Cour recourt alors à d'autres techniques interprétatives, souvent utilisées de façon combinée, afin de surmonter les difficultés de signification ou de portée (sur cette démarche, V. l'exemple du cheminement interprétatif de l'arrêt *ASML*, CJCE 14 déc. 2006, aff. C-283/05 : « il y a lieu tout d'abord de constater que le libellé de l'article 34, point 2, du règlement n° 44/2001 ne permet pas à lui seul de répondre aux questions posées. [...] Dès lors, il y a lieu d'interpréter l'article 34, point 2, du règlement n° 44/2001 à la lumière des objectifs et du système dudit règlement », points 16 et 22).

72. Dans ce cas, la Cour peut se référer aux travaux préparatoires et aux rapports explicatifs. L'utilisation de la méthode dite historique est d'ailleurs assez fréquente dans le domaine du droit international privé européen. Elle en constitue même l'une des spécificités (en ce sens, C. NOURISSAT, article préc., p. 25, précisant qu'en droit substantiel de l'Union, les travaux préparatoires sont rarement cités). Le renvoi aux travaux préparatoires peut permettre à la Cour non seulement d'éclairer le sens des termes de la disposition, mais encore de confirmer son raisonnement. Ainsi, dans l'affaire *Nikiforidis* (CJUE 18 oct. 2016, aff. C-135/15), la Cour interrogée sur la portée de l'article 9, § 3, du règlement Rome I débute son raisonnement en précisant qu'« en tant que mesure dérogatoire, l'article 9 dudit règlement est d'interprétation stricte » (point 44), puis elle confirme cette affirmation en faisant appel aux travaux préparatoires du règlement. La rédaction de l'actuel article 9, § 3, du règlement Rome I est alors confrontée à la proposition COM(2005) 650 final de la Commission.

73. La recherche de la stabilité dans le temps des solutions, garante de la sécurité juridique, se révèle cruciale. En ce sens, la Cour de justice garantit, pour les conflits de juridictions en matière civile et commerciale, une continuité d'interprétation entre la Convention de Bruxelles et le règlement Bruxelles I, puis le règlement Bruxelles I *bis*, en l'absence de différence rédactionnelle substantielle. Surtout, en se référant à ses précédents jurisprudentiels, la Cour inscrit ses solutions dans le contexte interprétatif qu'elle a elle-même créé (V. sur ce sujet, B. BERTRAND, *Les blocs de jurisprudence*, RTD eur. 2012. 741 s.), bien que ces renvois ne soient pas toujours effectués à bon escient (pour une extension de précédents hors de leur contexte initial, V. not. l'affaire *Holterman Ferho*, CJUE 10 sept. 2015, aff. C-47/14, où la Cour se réfère aux arrêts *Car Trim* et *Falco*, soit sa jurisprudence générale relative à l'article 5, § 1, b) du règlement Bruxelles I, pour déterminer le lieu d'exécution de la prestation de services du gérant, sans tenir compte de la spécificité des relations fondées sur le droit des sociétés, en ce sens, L. D'AVOUT, *Le droit international privé de l'Union européenne*, chron. 10, JDI 2016. 1443, spéc. p. 1454. – *Adde* : sur l'utilisation du précédent par les juridictions européennes, D. SIMON et A. RIGAUX, *Le « précédent » dans la jurisprudence du juge de l'Union*, in

Europe[s], Droit[s] européen[s] : une passion d'universitaire, *Liber Amicorum* en l'honneur de professeur Vlad Constantinesco, 2015, Bruylant, p. 547 s.).

74. Les méthodes systémique et téléologique. — Par ailleurs, la Cour de justice sollicite, dans une multitude d'arrêts, des méthodes d'interprétation plus dynamiques. Depuis l'arrêt *Euro-control* (CJCE 14 oct. 1976, aff. 29/76), la Cour affirme de façon constante que la Convention de Bruxelles, puis le règlement Bruxelles I, et aujourd'hui le règlement Bruxelles I bis doivent être interprétés conformément à leurs objectifs et système. L'affaire *Brite Strike Technologies* (CJUE 14 juill. 2016, aff. C-230/15) est une illustration récente de l'utilisation par la Cour de la méthode dite systémique ou contextuelle. Cet arrêt visait à déterminer si la clause de compatibilité figurant à l'article 71 du règlement Bruxelles I s'oppose à l'application des règles de compétence directe énoncées par la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle. La Cour interprète l'article 71 en prenant en considération à la fois son contexte proche – un autre article du règlement jugé pertinent (l'art. 71 est ainsi interprété conjointement à l'art. 69 du même règlement, point 50) – et son contexte plus éloigné – l'article 350 TFUE (disposition qui consiste à éviter que l'application du droit de l'Union ait pour effet de désintégrer le Benelux, points 64 s.). Les articles du règlement ne doivent donc pas être interprétés sans lien les uns avec les autres. Ils s'intègrent dans l'ensemble normatif du règlement, lui-même partie d'un tout plus vaste. La cohérence du système est ainsi recherchée non sans parfois de possibles contradictions. Ainsi, dans l'arrêt *Falco* (CJUE 23 avr. 2009, aff. C-533/07), la Cour refuse d'interpréter la notion de fourniture de services figurant à l'article 5, § 1, b) à l'aune d'autres sources que le règlement lui-même, tandis que dans l'arrêt *Car Trim* (CJUE 25 févr. 2010, aff. C-381/08), rendu moins d'un an après, la Cour pour qualifier des contrats de choses à fabriquer ou à produire en ventes de marchandises au sens de l'article 5, § 1, b) procède en raisonnant à partir de deux directives européennes et deux conventions internationales : la « contradiction [est] flagrante » (C. NOURISSAT, article préc., p. 29. – *Adde* : T. AZZI, article préc., spéc. p. 45-46).

75. Par la méthode téléologique, la Cour s'intéresse également aux « objectifs » : ceux particuliers à l'instrument et ceux visant le droit de l'Union dans son ensemble. C'est ainsi une jurisprudence à la fois contextuelle et « pétrie de téléologie » que la Cour élabore au fil de ses décisions (M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, 3^e éd., 2016, PUF, p. 4). Certaines affaires illustrent de façon significative le cheminement interprétatif de la Cour et l'importance qu'elle attache aux finalités poursuivies. Il en est ainsi, par exemple, de l'arrêt *Rinau* (CJCE 11 juill. 2008, aff. C-195/08 PPU) relatif à l'interprétation des dispositions du règlement Bruxelles II bis où la Cour adopte tour à tour une approche littérale, systémique et téléologique. L'affaire est née du déplacement illicite d'un enfant de l'Allemagne vers la Lituanie. S'en étaient suivies des procédures croisées entre les juridictions allemandes et lituaniennes menant la Cour suprême lituanienne à interroger la Cour de justice sur les conditions de mise en œuvre et les effets de la procédure accélérée de retour immédiat de l'enfant prévue aux articles 11-8, 40 et 42 du règlement. Après avoir énoncé que l'article 11-8 a pour effet qu'un certificat de retour de l'enfant ne peut être délivré que si une décision de non-retour a préalablement été rendue par la juridiction de l'État où l'enfant a été déplacé (point 58), elle décide, quelques considérants responsifs plus loin, qu'une décision de retour de l'enfant rendue en appel ne prive pas d'objet la décision de retour certifiée (points 75 s.). Pour parvenir à cette solution, la Cour replace les dispositions à interpréter dans leur ensemble normatif afin d'en dégager leur spécificité : les décisions sur le droit de visite et le

retour de l'enfant ont une force exécutoire directe à la différence des autres questions relatives à la responsabilité parentale gouvernées par ce règlement. Elle en déduit que les dispositions concernant les déplacements illicites de l'enfant sont animées par des objectifs de célérité et d'efficacité : elles doivent garantir le retour *immédiat* de l'enfant. La Cour se fonde ensuite sur l'effet utile du règlement : celui-ci risquerait d'être privé d'effet si des incidents procédurales, tel un appel, pouvaient paralyser le mécanisme de retour. Elle invoque enfin, l'effectivité du droit communautaire, qui se traduit ici par l'efficacité des décisions prises dans l'État d'origine et dans l'État d'exécution.

76. Le raisonnement téléologique adopté par la Cour dépasse d'ailleurs dans certaines décisions les seuls actes du droit de l'Union pour prendre sous son emprise des conventions internationales. En témoigne l'arrêt *TNT express Nederland BU* (CJUE 4 mai 2010, aff. C-533/08), fortement critiqué (O. CACHARD, *Les conventions uniformes régissant les transports internationaux et les règles de droit international privé de l'Union européenne* : symbiose, indifférence ou rejet ?, *Trav. Com. fr. DIP* 2012-2014, p. 19 s., spéc. p. 31), qui visait à interpréter la clause de compatibilité figurant à l'article 71 du règlement Bruxelles I. Il s'agissait en l'espèce d'articuler le règlement et la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), cette dernière comportant une règle sur la litispendance. La Cour décide qu'au sein de l'Union les règles de la CMR ne peuvent être appliquées que dans le respect des principes sous-tendant le règlement. Partant, elle soumet la CMR aux objectifs de l'Union.

77. La méthode comparative. — Dans un tout autre esprit, la Cour n'hésite pas, dans certains cas, à interpréter des dispositions du droit international privé européen en puisant des enseignements dans des sources extérieures au droit de l'Union. Les conventions internationales peuvent ainsi, aux yeux de la Cour, constituer une source d'inspiration pertinente quant à la solution à adopter. L'affaire *Marie Matouskova* est un exemple éloquent de cette démarche comparatiste (CJUE 6 oct. 2015, C-404/14). Interrogée sur le champ d'application du règlement Bruxelles II bis, la Cour relève qu'en matière de responsabilité parentale, les matières couvertes sont identiques à celles de la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. La Cour puise alors dans le rapport de M. Lagarde relatif à cette Convention la confirmation de son raisonnement quant à l'interprétation de la notion de « mesure relative à l'exercice de la responsabilité parentale ». Autres exemples illustrant ce procédé : l'interprétation du règlement Bruxelles II bis à la lumière de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux lui-même interprété au regard de l'article 8 de la Convention EDH et de la jurisprudence de la CEDH (CJUE 5 oct. 2010, McB, aff. C-400/10 PPU, points 53 s.), ou encore l'interprétation de la clause d'ordre public figurant dans la Convention de Bruxelles au regard de l'article 6 de la Convention EDH (V. not., CJCE 28 mars 2000, aff. C-7/98, Krombach, points 39 s.). Toutefois, le recours aux conventions internationales se révèle parfois malheureux. Ainsi, dans l'arrêt *Car Trim* (préc.) qui visait l'interprétation de l'article 5, § 1, b) du règlement Bruxelles I et la détermination du lieu de livraison de marchandises, la Cour se réfère dans un premier temps à la solution de l'article 31 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, pour finalement aboutir à une solution tout autre, sans véritablement justifier sa décision sur ce point. Outre les conventions internationales, la Cour s'inspire également des droits nationaux des États membres. La comparaison des droits conduit le juge européen à mettre à jour des principes généraux (sur ce sujet, J.-M. THOUVENIN, article préc. [*supra*, n° 67], p. 498). Toutefois, comme cela fut souligné

(C. NOURISSAT, article préc., p. 26), la méthode comparative est davantage présente au stade du travail de l'avocat général que dans le corps de l'arrêt. L'affaire *Jakob Handte* (CJUE 17 juin 1992, aff. C-26/91), traitant de la délicate question de la qualification d'une action directe en responsabilité en matière de conflits de juridictions, en est un exemple frappant. Dans ses conclusions, l'avocat général Jacobs expose assez longuement les solutions retenues par différents systèmes juridiques qui, pour la majorité, considèrent que les membres d'un groupe de contrats ne disposent pas d'une action contractuelle contre les ayants cause de leur cocontractant direct. L'arrêt, pour sa part, reste muet sur ces solutions de droit interne. La Cour définit la notion de « matière contractuelle » de façon autonome, sans plus mentionner les droits nationaux, et la présente comme déduite des objectifs poursuivis par la Convention (« il s'ensuit que », point 15).

78. *L'interprétation autonome.* — L'interprétation autonome, c'est-à-dire détachée des diverses définitions nationales qu'un terme peut connaître, est caractéristique de la fonction interprétative de la Cour en droit international privé européen, bien qu'elle ne soit propre ni à cette matière ni à la Cour de justice. On la retrouve en effet dans les divers champs du droit matériel de l'Union (par. ex., en droit social européen, droit pénal européen) et dans la jurisprudence d'autres juridictions supranationales (par. ex. la CEDH). Son influence est toutefois fondamentale en droit international privé en raison de son impact sur les éléments constitutifs de la règle de conflit (V. *infra*, n^{os} 88 s.). La Cour l'a admise pour la première fois en ce domaine lors de l'interprétation de la notion de « matière civile et commerciale » figurant à l'article 1 de la Convention de Bruxelles. Dans l'arrêt *Eurocontrol* du 14 octobre 1976 (préc. [*supra*, n^o 74]), elle décide que pour l'interprétation de cette notion, aux fins de l'application de la Convention, « il convient de se référer non au droit de l'un quelconque des États concernés, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention, et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes nationaux ». Ce procédé d'interprétation va connaître par la suite un développement considérable (à titre d'exemples, dans le domaine de la coopération judiciaire civile et commerciale, pour les notions autonomes issues de la Convention de Bruxelles, V. « matière contractuelle », CJCE 22 mars 1983, *Martin Peters*, aff. 34/82. — « succursale, agence, établissement », CJCE 22 nov. 1978, *Somafer*, aff. 33/78. — « procédure d'insolvabilité », CJCE 22 févr. 1979, *Gourdain*, aff. 133/78. — « matière délictuelle », CJCE 27 sept. 1988, *Kalfelis*, aff. 189/87. — « convention attributive de juridiction », CJCE 10 mars 1992, *Powell Duffryn*, aff. C-214/89. — Pour les autres instruments, V. « obligation non contractuelle », CJUE 21 janv. 2016, *ERGO Insurance et Gjensidige Baltic*, aff. jointes C-359/14 et C-475/14, issue du règlement Rome II. — « matière civile ou commerciale », CJUE 11 juin 2015, *Fahnenbrock*, dans le règlement « signification ». — « créance incontestée », CJUE 16 juin 2016, *Pebros Servizi*, aff. C-511/14, issue du Règl. Titre exécutoire européen. — « consommateur », CJUE 5 déc. 2013, *Walter Vapenik*, aff. C-508/12, issue du règlement « Titre exécutoire européen ». — « Centre des intérêts principaux », CJUE 20 oct. 2011, *Interedil Srt*, aff. C-396/09, issue du règlement « Insolvabilité ». — Pour une critique de l'« absolutisme de l'interprétation autonome », V. not. L. D'AVOUT, *Le droit international privé de l'Union européenne en 2015*, chron. préc., p. 1454. — *Addé* : S. POILLOT-PERUZETTO, *Les concepts en droit communautaire, in Vers une culture juridique européenne*, 1998, Montchrestien, p. 121 s., qui distingue les concepts spécifiquement européens des concepts nationaux interprétés de façon autonome par la Cour de justice).

79. Méthode singulière, l'interprétation autonome ne s'oppose pas aux autres techniques interprétatives, mais s'y surajoute aux

fins d'uniformisation (en ce sens, M. AUDIT, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, article préc., p. 789 s. — B. RÉMY, article préc., p. 342-343 ; J.-Cl. Dr. Int, V^o Sources internationales, fasc. 40, n^o 40). Cette approche particulière se justifie par la spécificité du processus d'intégration européenne dont la Cour est garante. Celle-ci veille au respect des partages de pouvoir entre l'Union européenne et ses États membres. Or, par le procédé d'interprétation autonome, la Cour détermine « qui » est compétent, c'est-à-dire elle-même. Une notion va être l'objet d'une interprétation autonome lorsqu'elle est « potentiellement soumise à une concurrence de significations », c'est-à-dire lorsqu'elle connaît un sens propre au sein des droits internes (en ce sens, M. AUDIT, article préc., spéc. p. 799). L'interprétation autonome assure alors à l'instrument sa pleine efficacité dans la réalisation des objectifs qu'il poursuit et l'égalité des États membres. Permettre aux États de définir les termes utilisés par les instruments du droit de l'Union reviendrait à les autoriser à déterminer unilatéralement l'étendue de leurs obligations. La Cour l'admet d'ailleurs en certaines hypothèses en raison de renvois explicites ou implicites aux droits nationaux (pour des exemples de « notions dépendantes » des droits nationaux, CJUE 22 nov. 2012, aff. C-116/11, *Bank Handlowy*, sur l'interprétation de la notion de « clôture de procédure » dans le Règl. [CE] n^o 1346/2000, la Cour précise que l'interprétation ne peut être autonome en raison d'un renvoi exprès opéré par l'article 4, § 2, du règlement aux droits nationaux [points 44 s.] ; l'arrêt *McB* [préc.] : la Cour décide ici que si la notion de « droit de garde » est autonome, celle du « titulaire du droit de garde » est dépendante, en raison là aussi d'un renvoi opéré par l'article 2, § 11, du règlement Bruxelles II *bis* aux droits nationaux, points 42 s.).

80. La Cour élabore une notion autonome en se référant, selon la formule traditionnelle, d'une part, aux objectifs et au système de l'instrument et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des ordres juridiques nationaux. Cependant, l'on observe, depuis quelques années, un abandon progressif par la Cour de justice de l'approche comparative. En effet, dans plusieurs arrêts, la Cour omet la référence aux principes généraux qui se dégagent des ordres juridiques nationaux. C'est ainsi que dans l'arrêt *Fahnenbrock* (CJUE 11 juin 2015, aff. jointes C-226/13, C-245/13, C-247/13 et C-578/13), par exemple, la Cour interprète la notion de « matière civile et commerciale » visée par le règlement (CE) n^o 1393/2007 en se fondant sur les seuls objectifs et système du règlement. La Cour semble vouloir marquer, de façon nette, l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne. Le délaissement du droit comparé n'est cependant pas systématique, le juge s'y réfère toujours dans certaines affaires (V. par ex., CJUE 22 oct. 2015, aff. C-523/14, *Aertssen*, sur la qualification d'une action civile accessoire d'une action pénale en « matière civile et commerciale » au sens du règlement Bruxelles I, point 29).

ART. 2. — JUGE NATIONAL : JUGE DE DROIT COMMUN
DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN

81. Dans le domaine du droit international privé européen, les juges des États membres, depuis l'adoption du Traité d'Amsterdam et la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, doivent appliquer un *corpus* législatif de plus en plus considérable, tout en intégrant la logique du droit de l'Union (sur ce sujet, V. not. M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, préf. M.-L. Niboyet, 2013, Bruylant, in J.-S. BERGÉ et G. CANIVET [dir.], *La pratique du droit de l'Union européenne par le juge judiciaire*, *Réflexions autour de cas*, 2016, Dalloz, p. 109 s.). Indispensables à la construction de l'espace judiciaire civil et commercial européen, les juridictions

nationales sont tout à la fois moteurs et relais du droit international privé de l'Union. Elles n'en restent pas moins, aussi, des autorités judiciaires nationales.

82. L'action du juge interne est primordiale aussi bien lors de la mise en œuvre du renvoi préjudiciel en interprétation que pour l'évolution des concepts de droit international privé européen. Tout d'abord, si le recours à la question préjudicielle permet de limiter les jurisprudences nationales contradictoires entre les États membres, la Cour de justice ne peut exercer son pouvoir d'interprétation que dans la mesure où une demande lui est présentée par un juge national « sur la base d'un diagnostic qu'il a lui-même établi et dans le cadre qu'il a lui-même défini » (J. PERTEK, *op. cit.* [supra, n° 64], n° 57, p. 37, la possibilité d'un « redressement d'une question préjudicielle » effectué d'office par la Cour de justice ne saurait d'ailleurs conduire à modifier la substance de cette question, en ce sens, CJCE 5 oct. 1999, aff. C-420/97, *Leathertex*, point 22). La construction d'un espace judiciaire civil et commercial européen le plus uniforme possible, au regard des règles européennes existantes, dépend donc de l'initiative du juge interne, d'autant plus que le recours au renvoi préjudiciel est en partie facultatif. L'obligation de procéder au renvoi n'existe que si la décision à venir n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel (TFUE, art. 267, al. 3), en d'autres termes, pour l'essentiel, lorsque la décision est pendante devant une juridiction suprême. Ensuite, le juge interne peut contribuer, par son action, à faire évoluer la jurisprudence de la Cour de justice et les instruments de droit international privé européen. Une succession de questions préjudicielles portant sur l'interprétation d'une même notion, telles celles posées sur la notion de « centre des intérêts principaux du débiteur » figurant à l'article 3, § 1, du règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, révèle les défauts d'un énoncé (V. ainsi les arrêts, CJUE 17 janv. 2006, aff. C-1/04, *Staubitz-Schreiber*. – CJUE 2 mai 2006, aff. C-341/04, *Eurofood IFSC*. – CJUE 20 oct. 2011, aff. C-396/09, *Interedil*, tous relatifs à la définition du « centre des intérêts principaux du débiteur »). En réponse à ces sollicitations, le texte peut être utilement modifié lors des travaux de révision de l'instrument. Ce fut d'ailleurs le cas pour la notion précitée : une précision fut apportée à l'article 3, § 1, du nouveau règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité. Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation avait tenté de provoquer un changement d'interprétation par la Cour de justice de la notion de lieu d'exécution de l'obligation au sens de l'article 5, § 1, de la Convention de Bruxelles. Selon cette disposition (reprise à l'art. 5, § 1, a) du règlement Bruxelles I, puis l'article 7, § 1, a) du règlement Bruxelles I bis), en matière contractuelle, le défendeur peut être attiré devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée. Or, depuis l'arrêt *Tessili* du 6 octobre 1976 (aff. 12/16), ce lieu est déterminé conformément à la *lex causae*, c'est-à-dire la loi applicable au contrat. Les difficultés de mise en œuvre étaient telles que par une question préjudicielle la Cour de cassation invita la Cour de justice à renoncer au recours à la règle de conflit de lois et à adopter une définition autonome du lieu d'exécution. Bien que la réponse de la Cour de justice ait été négative (CJCE 28 sept. 1999, aff. C-440/97, *Groupe Concorde*), celle-ci motiva abondamment son refus de donner suite à la suggestion de la Cour de cassation, au bénéfice d'une véritable discussion entre juges (sur ce point, Ch. SOULARD, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD [dir.], *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, 2004, Bruylant, p. 95 s., spéc. p. 101).

83. Le juge national est également le relais, au sein des États membres, de l'action de la Cour de justice (de façon plus générale, sur le rôle du juge interne en tant que « relais de l'interven-

tion européenne », M. ROCCATI, *op. cit.*, spéc. p. 167 s. – *Adde* D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., 2001, PUF, n° 371. – N. FENNELLY, *The National Judge as Judge of the European Union*, in *La Cour de justice et la construction de l'Europe : analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence*, 2013, TMC Asser Press, p. 61 s. – A. BARAV, *L'application judiciaire du droit de l'Union européenne*, Recueil d'études, 2015, Bruylant ; J.-Cl. Eur., V^o Juridictions nationales et application du droit de l'Union européenne, synthèse 20). En ce sens, il est le garant de la bonne application des règles de droit international privé de source européenne telles qu'interprétées par la Cour de justice. L'obligation de déférer aux instructions de la Cour de justice s'adresse d'ailleurs aussi bien au juge auteur de la demande qu'aux autres juridictions. Cette autorité interprétative peut être illustrée par la jurisprudence de la Cour de justice relative à la qualification d'un contrat de concession. Interrogée par une juridiction belge, la Cour répondit dans l'arrêt *Corman-Collins* (CJUE 19 déc. 2013, aff. C-9/12) que ce contrat est un contrat de fournitures de services régi par l'article 5, § 1, b) du règlement Bruxelles I. La Cour de cassation française, qui avait jusqu'alors décidé que « le contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente ni une fourniture de services » (Civ. 1^{re}, 23 janv. 2007, n° 05-12.166), se rangea aussitôt à l'interprétation de la Cour de justice (Civ. 1^{re}, 19 nov. 2014, n° 13-13.405).

84. Cependant, la coopération entre le juge national et la Cour de justice n'est pas toujours exempte de quelques grincements. Toute juridiction nationale est à la fois juge national et juge du droit de l'Union. Ce faisant, la juridiction nationale est frappée d'un « dédoublement fonctionnel » (J. HEYMANN, note sous *Diageo Brands*, JDI 2016. 163 ; *adde* sur la notion de « dédoublement fonctionnel » du juge interne ; J.-Cl. Eur., V^o Droit de l'Union et contentieux administratif, fasc. 498, n° 76. – D. SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ?*, *Mélanges J. Boulois*, p. 481) : elle doit œuvrer pour les intérêts de l'État dont elle est l'un des organes d'application du droit et assurer la mise en œuvre effective du droit de l'Union. Cette double fonction ne suscite en général pas de difficultés insurmontables en raison notamment du principe de primauté du droit de l'Union. Néanmoins, elle permet au juge interne, en sa qualité de juge national, de bénéficier, voire de revendiquer, une certaine autonomie. Cette liberté relative est d'ailleurs confortée par certains mécanismes, telle la clause d'ordre public, figurant dans la majorité des règlements traitant de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères, qui permet au juge national de protéger les droits essentiels établis par son ordre juridique. De même, l'autonomie procédurale dont jouissent les États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union leur permet d'appliquer leurs propres modalités procédurales en l'absence de réglementation européenne (pour une application dans le domaine du Règl. Bruxelles II bis, CJUE 9 janv. 2015, *Bradbrooke*, aff. C-498/14, où la Cour décide que le Règl. Bruxelles II bis ne s'oppose pas à ce qu'un État membre attribue à une juridiction spécialisée la compétence pour examiner les questions relatives au retour d'un enfant victime d'un déplacement illicite).

85. Mais, il arrive parfois que le juge national, en désaccord avec la jurisprudence interprétative de la Cour de justice, refuse de s'y conformer. La rébellion des juges français concernant l'interprétation de l'article 5, § 1, de la Convention de Bruxelles en est une illustration : dans un arrêt rendu le 11 mars 1997, la première chambre civile de la Cour de cassation s'opposa à l'application de la jurisprudence *Tessili* (Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, n° 94-15.591. – V. not. sur ce sujet, G. DROZ, *Delendum est forum contractus*, D. 1997. 351. – H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 194, p. 245. – V. *Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale*). De même, l'absence de question préjudicielle posée à la Cour alors que la

notion en cause est ambiguë révèle, mais de façon plus discrète, une prise de distance du juge national vis-à-vis de la Cour de justice (V. not., la décision française relative à la notion de résidence habituelle issue du Règl. Bruxelles II *bis* en matière de désunion, Civ. 1^{re}, 14 déc. 2005, n° 05-10.951, et la jurisprudence anglaise sur l'interprétation de cette même notion issue du Règl. Rome II, *Gaynor Winrow V. Ageas Insurance Ltd* [2014] EWHC 3164 [QB], sur lequel, obs. S. SANCHEZ LORENZO, *Annuaire de droit de l'Union européenne* [ADUE] 2014, p. 478 s. – Dans ces affaires, les juges français et anglais constatent que la résidence habituelle est une notion « autonome » et la définissent sans interroger la Cour de justice au préalable). La procédure préjudicielle d'urgence pourrait être un facteur d'amélioration de la coopération entre les juges nationaux et la Cour de justice. Cette procédure, par laquelle la Cour de justice se prononce dans des délais très courts sur les questions les plus sensibles relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, permet aux juges nationaux d'obtenir une interprétation en un temps conciliable avec les procédures internes (en ce sens, E. CHEVALIER, *La promotion d'une justice rapide remet-elle en cause le droit au recours effectif ?* Le cas de La Cour de l'Union européenne, RTD eur. 2013. 710-1. – *Addé* : A. TIZZANO, P. IANNUCELLI, *La procédure préjudicielle d'urgence devant la Cour de justice : Premier bilan et nouvelles questions*, in *L'Europe des droits fondamentaux Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, 2013, Pedone, p. 201), ce qui peut encourager le juge national à s'engager dans une telle voie.

SECTION 2

Cour de justice : architecte de droit international privé européen

86. Le droit international privé européen s'élabore en partie par la voie jurisprudentielle. Il suffit de citer les arrêts *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* (V. *infra*, n° 101) ou plus récemment les affaires *Diageo Brands*, *P c/ Q*, *Rüdolfs Meroni* (V. *infra*, n° 106) pour comprendre que sur les sujets qu'elle juge dignes d'intérêt la Cour prend l'initiative d'orienter les solutions vers la réalisation de certains objectifs du marché intérieur ou de la coopération judiciaire. Les arrêts de la Cour de justice constituent par ailleurs « la principale source assumée de révision des règlements de coopération judiciaire civile et commerciale » (C. NOURISSAT, article préc., p. 21). Interrogée sur les dispositions d'un instrument de droit international privé européen, la Cour interprète la règle en cause à l'aune du droit de l'Union (sur l'impact du droit européen sur le droit international privé, V. *supra*, n° 39 et s., et les références citées). Sa jurisprudence participe ainsi à l'autonomisation du droit international privé européen et serait à l'origine de possibles « mutations des mécanismes et méthodes de droit international privé » (en ce sens, H. MUIR-WATT, in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, Droit européen, droit conventionnel, droit commun, T. AZZI, O. BOSKOVIC [dir.], 2015, Bruylant, p. 244), bien qu'aucune chambre spécialisée en droit international privé n'existe en son sein (en faveur de la création d'une telle formation, G. RÜHL et J. VON HEIN, *Towards a European Code on Private International Law*, 2015, RabelsZ, p. 701 s., spéc. p. 746). Deux tendances générales se dégagent de sa jurisprudence : la Cour adapte, à l'appui des instruments européens, le droit international privé traditionnel au système juridique de l'Union européenne ; la Cour crée, sur des questions particulières, de nouvelles règles.

ART. 1^{er}. – ADAPTATION

87. Dans son rôle d'interprète, la Cour de justice fait preuve habituellement d'une certaine retenue, sa principale préoccupation étant de réduire l'incertitude inhérente à la rédaction de la

règle de droit, non d'en créer d'autres. L'interprétation des textes reste donc souvent minimale (en ce sens, C. NOURISSAT, article préc., spéc. p. 33). Pour autant, la jurisprudence interprétative de la Cour contribue à façonner la matière par une adaptation des raisonnements et des méthodes du droit international privé traditionnel au système juridique de l'Union européenne. En d'autres termes, la Cour procède à une mise en cohérence de certains mécanismes majeurs du droit international privé aux principes ou objectifs visés par les traités institutifs ou par les règlements de coopération judiciaire civile et commerciale. Les adaptations les plus significatives se manifestent à l'égard de procédés caractéristiques du droit international privé : la qualification (V. *infra*, n° 88 s.), le rattachement (V. *infra*, n° 92 s.) et les lois de police nationales (V. *infra*, n° 95 s.).

§ 1^{er}. – Qualification européenne

88. L'opération de qualification est une phase essentielle du raisonnement conflictuel, puisqu'elle permet d'identifier la règle de conflit applicable à la situation. Plus précisément, elle assure le classement de la « question de droit » au sein d'une catégorie de rattachement du for (selon la présentation de P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., 2014, LGDJ, n° 154, p. 124). Or, lorsque l'interprétation autonome opérée par la Cour de justice porte sur une catégorie de rattachement, la Cour délivre une qualification propre au système européen (sur la technique de l'interprétation autonome, V. *supra*, n° 78 s.). Par ailleurs, la jurisprudence interprétative de la Cour en matière de qualification consiste aujourd'hui le plus souvent à déterminer le champ d'application matériel d'un règlement et, dans le domaine de celui-ci, le champ d'application de ses règles spéciales (en ce sens, V. not. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, 3^e éd., 2014, PUF, t. II, n° 620-45, p. 34 ; J.-Cl. Dr. Int., V. *Qualification en droit international privé*, fasc. 531, spéc. n° 144). Il en résulte un renouvellement profond de la « théorie traditionnelle de la qualification » (M. AUDIT, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire*, JDI 2004, spéc. p. 811 s. – S. LEMAIRE, *La qualification*, in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?*, p. 35 s. ; J.-Cl. Dr. Int., V^o *Qualification en droit international privé*, fasc. 531, spéc. n° 129 s. – D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 620-44 s.).

89. *Problème de qualification et qualification européenne.* — Pour résoudre les problèmes de qualification, le juge interne tient compte de différents facteurs : la recherche de l'adéquation de la catégorie au facteur de rattachement par une analyse de la nature des institutions, le respect des liaisons systématiques entre la question litigieuse et les questions connexes (V. not. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 384). Le cœur même du procédé de qualification réside ainsi dans la structure, au besoin adaptée à la matière internationale, du droit substantiel du juge auteur de la qualification. Or, les qualifications autonomes dégagées par la Cour de justice transforment cette approche : elles dissocient le support de qualification (ici la notion autonome telle que définie par la Cour de justice) de l'auteur de la qualification (le juge interne). Le juge interne ne peut plus puiser dans son propre système de droit substantiel pour résoudre la question de la qualification. Dès lors, « il ne s'agit [plus] d'une qualification *lege fori* ni même d'une qualification *lege causae* » (M. AUDIT, article préc., p. 813), mais d'un nouveau type de qualification *lege commune* (*ibid.*). Ce dernier est toutefois impuissant à résoudre l'ensemble des difficultés résultant de l'incomplétude du système européen. À titre d'illustration, la notion de « matière contractuelle » : celle-ci ne cesse d'être à l'origine de questions préjudicielles en interprétation, alors même que sa qualification en notion autonome date de 1983 (CJCE 22 mars 1983, aff. 34/82, *Martin Peters*). Une affaire récente, portant sur la qualification de l'action en rupture des relations commerciales établies (CJUE

14 juill. 2016, aff. C-196/15, Granarolo), révèle d'ailleurs qu'au sein même de la Cour de justice les hésitations sont toujours présentes (sur ce point, B. HAFTEL, obs. sous CJUE 14 juill. 2016, aff. C-196/15, Granarolo, RDC 2016. 700 s., spéc. p. 701).

90. Unité ou divergence de qualification entre les règlements. — Par ailleurs, au sein du droit international privé de source européenne, la qualification a acquis ses lettres de noblesse non pas dans le domaine des conflits de lois, mais en matière des conflits de juridictions (V. not., S. LEMAIRE, article préc., spéc. p. 39 s. ; J.-Cl. Dr. Int., V^o Qualification en droit international privé, fasc. 531, spéc. n^{os} 131 s.). Aussi, autre caractéristique forte du procédé de qualification européenne : un grand nombre de notions autonomes ont tout d'abord été définies par la Cour de justice lors de l'interprétation de la Convention de Bruxelles puis du règlement Bruxelles I, afin de répondre aux besoins d'uniformisation des règles de conflit de juridictions et de combattre ainsi le *forum shopping*. Or, certaines notions figurent à la fois dans le « système Bruxelles » (Convention de Bruxelles et les deux règlements qui lui ont succédé) et dans les règlements Rome I et Rome II. Il s'agit, par exemple, de la « matière contractuelle » (« obligation contractuelle » au sein du règlement Rome I), de la « matière délictuelle » (« obligation non contractuelle » au sein du règlement Rome II) ou encore de la « matière civile et commerciale » (notion utilisée par l'ensemble des instruments précités). Il est donc tentant de transposer les définitions autonomes énoncées pour un type de conflit à un autre, d'autant plus que les considérants 7 des règlements Rome I et Rome II, sous couvert d'une exigence de cohérence, vont en ce sens (sur ce sujet, V. not., V. PARISOT, Vers une cohérence des textes européens en droit du travail ? Réflexion autour des arrêts Heiko Koelzsch et Jan Voogsgeerd de la Cour de justice, JDI 2012-2, doct. 7. — M. FALLON, Rapport introductif, in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO [dir.], Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?, p. 17 s.).

91. Ce type de qualification, à la fois autonome et intertextuel, est débattu en doctrine. Il oppose les partisans d'une position unitaire aux défenseurs d'une position pluraliste. Les premiers défendent une interprétation harmonieuse des textes (V. not., H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n^o 178, p. 209. — T. AZZI, Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire, D. 2009. 1621. — J. LÜTRINGHAUS, *Rome I Regulation*, F. FERRARI [dir.], 2014, Sellier, n^o 5, p. 26), les seconds considèrent que les qualifications retenues pour les conflits de juridictions ne s'imposent pas de façon mécanique aux conflits de lois (V. not., J.-S. QUÉGUINER, obs. sous l'arrêt Kainz, ADUE 2014. 465 s. — B. HAFTEL, Entre « Rome II » et « Bruxelles I » : l'interprétation communautaire uniforme du règlement « Rome I », JDI 2010. 761 s., spéc. p. 766 s. — *Adde* pour une synthèse des différentes thèses en présence, J.-Cl. Dr. Int., V^o Qualification en droit international privé, fasc. 531, spéc. n^{os} 145 s. — S. LEMAIRE, article préc., spéc. p. 43). Quant à la position de la Cour de justice, aucune ligne directrice forte ne se dégage de sa jurisprudence. Au regard des arrêts soulevant cette difficulté, l'on constate néanmoins que la qualification unitaire n'est pas systématique. En ce sens, l'arrêt *Kainz* décide que le règlement Bruxelles I ne peut être interprété à la lumière du règlement Rome II (CJUE 16 janv. 2014, *Kainz*, aff. C-45/13). Il doit l'être au regard de ses seuls système et objectifs (point 20). De même, dans l'affaire *Florin Lazar* (CJUE 10 déc. 2015, aff. C-350/14), la Cour n'appréhende pas la notion de « pays où le dommage survient » figurant à l'article 4, § 1, du règlement Rome II au regard de sa jurisprudence relative à la compétence juridictionnelle en matière délictuelle, mais elle s'appuie sur les contextes et objectifs poursuivis par ce règlement tout en se référant aux travaux préparatoires du règlement Rome II. En revanche, l'arrêt *Ergo* (CJUE

21 janv. 2016, aff. jointes C-359/14 et C-475/14, *ERGO Insurance* et *Gjensidige Baltic*) retient une position différente. Interrogée sur le champ d'application des règlements Rome I et Rome II, la Cour reprend les définitions autonomes de la « matière contractuelle » et de la « matière délictuelle ou quasi délictuelle » dégagées par la Cour dans le domaine des conflits de juridictions pour les appliquer aux conflits de lois. Elle se fonde d'ailleurs expressément sur les considérants 7 de ces deux règlements et sur l'objectif de cohérence (points 41-42 de l'arrêt. — *Adde* l'arrêt *Amazon EU*, CJUE 28 juill. 2016, aff. C-191/15, où la Cour interprète la notion d'« obligation non contractuelle » au sens de l'article 1^{er} du règlement Rome II en se référant à sa jurisprudence relative à la Convention de Bruxelles et au règlement Bruxelles I. — Rapp. les arrêts *Koelzsch*, CJUE 15 mars 2011, aff. C-29/10, et *Voogsgeerd*, CJUE 11 déc. 2011, aff. C-384/10, qui portaient sur l'interprétation des critères de rattachement retenus en matière de contrat de travail par l'article 6, § 2, de la Convention de Rome). Cette divergence de solutions peut s'expliquer par les méthodes interprétatives mises en œuvre par la Cour (en ce sens, J.-S. QUÉGUINER, obs. préc., spéc. p. 468 s.). Cette dernière utilise essentiellement les procédés littéral, contextuel et téléologique (V. *supra*, n^{os} 70 s.). L'absence d'identité, sur ces trois niveaux d'interprétation, des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois peut justifier la non-transposition. La Cour doit veiller cependant à ne pas être, par sa jurisprudence, à l'origine de contradictions (V. ainsi, CJUE 17 oct. 2013, aff. C-218/12, *Emrek*, où il était question de l'interprétation de la notion d'« activité dirigée » prévue à l'art. 15, § 1, c) du règlement Bruxelles I relatif à la compétence juridictionnelle en matière de contrats conclu par les consommateurs). Pour les juges européens, l'applicabilité de l'article 15, § 1, c) n'exige pas de lien de causalité entre le site internet et la conclusion du contrat. Or, le considérant 25 du règlement Rome I suggère une solution contraire pour l'applicabilité de la règle de conflit de lois protectrice du consommateur. Outre le fait d'instituer des conditions d'applicabilité différentes entre les deux règles, la solution de l'arrêt *Emrek* crée une contradiction entre les considérants du règlement Rome I. En effet, le considérant 24 du règlement Rome I renvoie à la jurisprudence interprétative de la Cour relative à l'article 15, § 1, c).

§ 2. — Approche fonctionnelle des rattachements

92. La relativisation et la matérialisation du facteur de rattachement constituent une tendance de fond du droit international privé de ces dernières décennies (B. AUDIT, Le droit international privé à la fin du XX^e siècle : progrès ou recul, RIDC 1998. 421 s., spéc. p. 424). Elles traduisent l'évolution bien connue de la règle de conflit qui d'une règle répartitrice est devenue une règle régulatrice de la situation internationale (sur le caractère fonctionnel de la règle de conflit, B. AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit, RCADI 1984-III, t. 186, p. 229 s. — H. MUIR-WATT, La fonction de la règle de conflit de lois, thèse, Paris, 1985). Les instruments de droit international privé de source européenne s'inscrivent dans ce mouvement (M.-Ph. WELLER, Les rattachements dans les conflits de lois, in M. FALLON, P. LAGARDE et S. POILLOT-PERUZZETTO [dir.], *op. cit.*, p. 327 s.). La Cour de justice y participe également en adoptant, sur certaines questions, une approche fonctionnelle du facteur de rattachement : elle interprète celui-ci en considération du contexte juridique et des finalités du droit de l'Union européenne. Ce n'est donc pas tant l'approche fonctionnelle qui est ici remarquable, mais la façon dont la Cour la met en œuvre et ce vers quoi elle tend. Les juges européens combinent souvent, en effet, diverses exigences qui président au choix d'un rattachement (proximité, préoccupations substantielles, prévisibilité, intérêts étatiques), et ce au service d'objectifs visés par les instruments de l'espace judiciaire civil et commercial ou les traités

institutifs. Les manifestations sont nombreuses. L'association du principe de proximité à des préoccupations substantielles ou à des intérêts étatiques, d'une part, et celle de la prévisibilité à l'uniformité, d'autre part, permettront d'illustrer ce propos.

93. Proximité et préoccupations substantielles ou étatiques. — La recherche de la proximité juridictionnelle ou législative par une règle de conflit est souvent associée à une cause de justice matérielle, considérations dont la Cour s'empare, en certaines occasions, lorsqu'elle exerce sa fonction interprétative du facteur de rattachement. Ainsi, quand la Cour interprète le critère de la résidence habituelle de l'enfant, qui détermine l'ordre juridictionnel compétent en matière de responsabilité parentale, elle se réfère à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, notion cardinale du règlement Bruxelles II bis, afin de justifier une approche de la compétence en termes de proximité (CJUE 2 avr. 2009, aff. C-523/07, A. — CJUE 22 déc. 2010, aff. C-497/10 PPU, Mercredi ; considérant 12 du règlement Bruxelles II bis). La recherche du lien étroit entre l'enfant et la juridiction compétente, au regard de son « intérêt conflictuel », permet alors aux juges européens de définir de façon uniforme la notion de résidence habituelle : « le lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial » (V. arrêt A, préc., point 44 ; arrêt Mercredi, point 47. — *Adde* : sur la distinction « intérêt conflictuel » et « intérêt substantiel » de l'enfant, P. HAMMJE, L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé, Mélanges P. Lagarde, 2005, Dalloz, p. 365 s.). En matière de loi applicable au contrat de travail, les juges européens associent également proximité et protection du travailleur, cette dernière étant érigée en objectif de la règle de conflit de lois. La jurisprudence de la Cour (V. les arrêts Koelzsch et Voogsgeerd, préc.) a ainsi intégré des considérations substantielles dans la règle de conflit de lois, produisant deux conséquences : la limitation de l'autonomie de la volonté et la marginalisation du lieu d'embauche (sur ce sujet, V. not., N. NORD, La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat international, Rev. crit. DIP 2016. 309 s. — E. PATAUT, La clause d'exception dans la convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. crit. DIP 2014. 159 s. — F. JAULT-SESEKE, note sous CJUE 15 mars 2011, Rev. crit. DIP 2011. 447 s.). Cependant, l'interprétation de la clause d'exception prévue à l'article 6, § 2, de la Convention de Rome procède d'un raisonnement original illustrant la prise en considération par la Cour de diverses finalités. Ainsi, dans l'arrêt *Schlecker* (CJUE 12 sept. 2013, aff. C-64/12), les juges précisent que « [d]ans la mesure où l'objectif de l'article 6 de la convention de Rome est d'assurer une protection adéquate au travailleur, cette disposition doit garantir qu'est appliquée, au contrat de travail, la loi du pays avec lequel ce contrat établit les liens de rattachement les plus étroits. Or, cette interprétation ne doit pas nécessairement conduire [...] à l'application, dans tous les cas de figure, de la loi la plus favorable pour le travailleur » (point 34). Ils ajoutent que la clause d'exception peut permettre d'écarter la loi du lieu d'exécution du travail, alors même que ce travail y a été accompli de façon continue pendant une longue durée (point 42). Deux enseignements ressortent de cette décision. D'une part, si l'interprétation de la clause d'exception repose *a priori* sur la seule proximité, la protection substantielle du salarié n'est pas totalement absente : elle est assurée par le lien étroit entre la loi applicable et le contrat de travail (pour une critique de cette approche, N. NORD, article préc., p. 314 s.). D'autre part, les juges européens prennent en compte, comme critère d'application de la clause d'exception en matière de contrat de travail, les intérêts des États en présence. En effet, comme cela a été précisé par un auteur, une analyse des intérêts étatiques en présence révèle, en l'espèce, que les intérêts de l'État de résidence du salarié étaient davantage en cause que ceux de l'État du lieu d'exécution (E. PATAUT, note préc.).

94. Prévisibilité et uniformité. — Par ailleurs, un grand nombre de décisions de la Cour portant sur l'interprétation des textes de droit international privé européen se fondent sur la prévisibilité des règles et le principe de sécurité juridique (la première étant une composante du second). Cette exigence de prévisibilité, à laquelle la Cour voue un « attachement viscéral » (L. USUNIER, J.-Cl. Dr. Int., V^o Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, fasc. 584-170, n^o 4), se retrouve d'ailleurs aussi bien lors de l'interprétation du facteur de rattachement des règles de conflit de lois que des règles de conflit de juridictions. Combinée à l'objectif de l'application uniforme des règles, elle permet à la Cour de justifier des solutions parfois détonantes. L'affaire *Owusu* en est une illustration (CJUE 1^{er} mars 2005, aff. C-281/02). La question posée à la Cour portait notamment sur la technique du *forum non conveniens* appliquée par les juges de *common law*. La Cour débute son raisonnement par le rappel du caractère impératif du critère du domicile du défendeur pour déterminer la compétence des juridictions (art. 2 de la Convention de Bruxelles). Il ne peut y être dérogé que dans des cas expressément prévus par la Convention (point 37 de l'arrêt). La technique du *forum non conveniens* est dès lors jugée incompatible avec le système de la Convention de Bruxelles. La Cour se fonde, plus précisément, sur deux raisons principales. L'admission du *forum non conveniens* reviendrait, d'une part, à rendre imprévisible la compétence des juridictions d'un État membre. Elle risquerait, d'autre part, d'« affecter l'application uniforme des règles de compétence », puisque seuls quelques États membres la connaissent. La prévisibilité et l'uniformité étant des outils du droit de l'intégration (V. not., R. FENTIMAN, *Choice of law in Europe, Uniformity and Integration*, Tul. L. Rev. 2008, p. 2021 s.), elles doivent prévaloir sur toute autre considération. Certains estiment néanmoins que la technique du *forum non conveniens* peut être perçue comme un instrument efficace de régulation de la compétence juridictionnelle (L. USUNIER, La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, préf. H. Muir Watt, 2008, Economica, *passim*). L'article 15 du règlement Bruxelles II bis en fait d'ailleurs écho (pour une interprétation récente de cette disposition, CJUE 27 oct. 2016, aff. C-428/15, Child and Family Agency). La source de la technique juridique utilisée par les juridictions nationales se révèle dès lors déterminante. En tant que mécanisme européen prévu par les textes, le *forum non conveniens* peut être mis en œuvre par les juridictions nationales. À défaut, il doit être considéré comme un mécanisme perturbateur du jeu normal des règles de conflit de juridictions européennes.

§ 3. — Cantonnement des lois de police étatiques

95. Le système juridique de l'Union européenne implique le respect de la diversité des législations des États membres, dont celles mettant en jeu les intérêts que ces derniers jugent essentiels (rapp. r., L. D'AVOUT, Les lois de police, in T. AZZI et O. BOSKOVIC [dir.], *op. cit.*, spéc. p. 103). En ce sens, la Convention de Rome, les règlements Rome I et Rome II ainsi que des directives (V. not. la Dir. n^o 96/71/CE du 16 déc. 1996 relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOCE, n^o L 18, 21 janv. 1997, art. 3, § 1) comportent des dispositions permettant aux lois de police étatiques de s'appliquer directement à la situation internationale (sur les lois de police européennes, V. *infra*, n^o 111). Cependant, le droit des entraves, fondé sur le principe des libertés de circulation, constitue un moyen pour la Cour de justice de mettre à l'écart une loi de police étatique (sur ce sujet, S. POILLOT-PERUZZETTO, Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire, Trav. Com. fr. DIP 2002-2004, p. 65 s. — E. PATAUT, Lois de police et ordre juridique communautaire, in A. FUCHS, H. MUIR WATT et

E. PATAUT [dir.], Les conflits de lois et le système juridique communautaire, 2004, Dalloz, p. 117 s. – P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe. Sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980, in *Mélanges Malaurie*, 2005, Defrénois, p. 394 s. – S. FRANCCQ et F. JAULT-SESEKE, Les lois de police, une approche de droit comparé, in S. CORNELOUP et N. JOUBERT [dir.], Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux, 2011, Litec, p. 357 s. – L. D'AVOUT, Les lois de police, in T. AZZI et O. BOSKOVIC [dir.], *op. cit.*, p. 91 s. – T. MARZAL, La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé, in *L'ordre public*, 2015, Archives Phil. dr., t. 58, Dalloz, p. 267 s. – D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.* [supra, n° 88], n°s 620-59 s., p. 42 s. – P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., 2014, LGDJ, n° 130, p. 102). Les juges européens ont ainsi décidé, dans l'arrêt *Arblade*, que « l'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire » (CJCE 23 nov. 1999, aff. jointes C-369/96 et 376/96, *Arblade* et *Leloup*, point 31). La Cour de justice a été saisie à différentes reprises de questions préjudicielles portant sur l'identification ou la mise en œuvre de lois de police nationales. Bien que la Cour de justice soit à l'origine de la définition des lois de police dans l'ordre juridique européen (V. arrêt *Arblade*, préc., point 30, qui s'inspire de la définition doctrinale de FRANCESKAKIS, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leur rapport avec les règles de conflit de lois, *Rev. crit. DIP* 1966. 1 s., définition aujourd'hui reprise par l'art. 9, § 1, du Règl. Rome I), un effet de contrainte résulte de sa jurisprudence. Le contrôle de la Cour porte à la fois sur la qualification d'une norme nationale en loi de police et sur la mise en œuvre de ces règles internationalement impératives (sur ce constat, E. PATAUT, article préc.).

96. Identification des lois de police. — Concernant l'identification des lois de police nationales, l'arrêt *Unamar* (préc. [supra, n° 69]) éclaire l'approche actuelle de la Cour de justice. L'espèce était singulière, puisque les juges européens étaient interrogés sur la confrontation de deux normes nationales de transposition de la directive n° 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (JOCE, n° L 382, 31 déc.). La loi du for (la loi belge de transposition) étant plus protectrice que la *lex causae* (loi nationale bulgare de transposition), les juridictions belges saisirent la Cour de justice en interprétation des articles 3 et 7, § 2, de la Convention de Rome (relatifs au choix de loi applicable au contrat par les parties et aux lois de police du for) afin de savoir si la première pouvait s'appliquer, au titre de loi de police du for, au détriment de la *lex causae*. Deux enseignements se déduisent de cet arrêt. D'une part, sur le pouvoir de qualification de la norme nationale en loi de police : il est ici laissé aux mains du juge national (comp. arrêt *Ingmar*, où la Cour de justice qualifie elle-même les règles européennes de protection de l'agent commercial de dispositions européennes internationalement impératives, V. *infra*, n° 111). La Cour fournit bien quelques indices permettant au for d'identifier une loi de police, mais le pouvoir de qualification reste à la charge de ce dernier selon une logique de « subsidiarité judiciaire » (C. NOURISSAT, obs. sous l'arrêt *Unamar*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 108-7), ce qui se justifie, en l'espèce, par une transposition de la directive opérée au-delà de son domaine matériel. D'autre part, sur la méthode d'identification de la loi de police : la Cour délaisse tout raisonnement de droit international privé au profit de la seule justice matérielle. Le juge national doit en effet « constate[r] de façon

circonstanciée que, dans le cadre de la transposition, le législateur de l'État du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive ».

97. Mise en œuvre des lois de police. — Concernant la mise en œuvre des lois de police, les libertés de circulation économiques impliquent une distinction selon que la situation est internationale ou intra-européenne. Dans le premier cas, la loi de police s'applique sans subir les contraintes du droit de l'Union. Dans le second cas, la Cour de justice impose des conditions strictes : la loi de police nationale pourra être écartée en cas de contrariété aux libertés de circulation (V. not. les arrêts CJCE 23 nov. 1999, *Arblade*, préc. – CJCE 15 mars 2001, aff. C-165/98, *Maz-zoleni*. – CJCE 25 oct. 2001, aff. C-49/98, 50/98 à 68/98, *Finalarte*. – CJCE 24 janv. 2002, *Portugaia Construções Lda*, aff. C-164/99. – CJCE 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Inspire Art*). La disposition subit un test de proportionnalité : après avoir caractérisé l'entrave, la Cour contrôle si la règle de droit du pays d'accueil est nécessaire pour remplir l'objectif d'intérêt général qu'elle prétend poursuivre et est proportionnée à celui-ci. Elle examine également si l'intérêt général n'est pas suffisamment satisfait par des règles équivalentes de l'ordre juridique d'origine. L'impact du droit de l'Union sur la méthode des lois de police se révèle important : la comparaison des lois nationales qu'il implique met fin à l'immédiateté de leur application (sur ce constat, V. not., D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit.* [supra, n° 88], n° 566. – P. BERTOLI, *The ECJ'S Rule of Reason and Internationally Mandatory Rules, International Courts and the Development of International Law, Essays in Honour of Tullio Treves*, 2013, Asser Press, p. 771 s.).

98. Par ailleurs, la mise en œuvre des lois de police étrangères n'émanant pas du pays du lieu d'exécution du contrat vient d'être précisée dans l'arrêt *Nikiforidis* (préc. [supra, n° 72]). En l'espèce, les juridictions allemandes s'interrogeaient sur l'applicabilité de dispositions de police grecques à un contrat soumis au droit allemand. Était également soulevée la question de l'impact du principe de coopération loyale issu de l'article 4, § 3, TUE (les lois grecques visant à mettre en œuvre les accords que la République hellénique avait conclus avec la Commission européenne, la Banque centrale européenne et le Fonds monétaire international pour lutter contre la crise budgétaire). La loi de police n'étant pas celle de l'État du lieu d'exécution du contrat, la condition posée par l'article 9, § 3, du règlement Rome I n'était pas remplie. Saisis de cette difficulté, les juges européens décident que la loi de police étrangère peut être prise en compte, en tant qu'élément de fait, par le for, dans la mesure où la *lex causae* le prévoit, tout en précisant que le principe de coopération loyale n'exige pas d'autre interprétation de l'article 9, § 3. C'est donc ici la technique de la prise en considération qui est proposée. Sa mise en œuvre générera certainement son lot d'incertitudes. L'interprétation des instruments de droit international privé de source européenne par la Cour de justice conduit ainsi, au fil de ses arrêts, à une adaptation des mécanismes de droit international privé. La Cour va parfois au-delà. Elle dépasse alors son rôle d'interprète et s'octroie un pouvoir créateur.

ART. 2. – CRÉATION

99. Comme toute juridiction, la Cour de justice n'agit que lorsqu'elle est saisie et dans les limites de cette saisine. Pour autant, elle impose, sur des questions particulières, une politique jurisprudentielle. Des auteurs ont d'ailleurs pu déplorer le déficit démocratique résultant de ce pouvoir normatif considérable (en ce sens, V. not., A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres*, Cours au Collège de France 2012- 2014, 2015, Fayard, spéc. p. 265-267. – Comp. R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des*

Communautés européennes, 1997, Montchrestien, p. 11 s.). Le pouvoir créateur de la Cour porte sur des situations pour lesquelles la finalité recherchée prend le pas sur la logique du droit international privé classique et la lettre du texte interprété. La Cour recherche alors une mise en cohérence politique des règles de droit international privé au système de l'Union européenne (rapp. H. LABAYLE, *Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice*, RTD eur. 2006. 1 s.). En d'autres termes, la Cour de justice, porteuse du projet européen, participe au renouvellement des méthodes de droit international privé en créant de nouvelles règles. À cette fin, elle s'appuie sur différents outils du droit de l'Union, la reconnaissance mutuelle (V. *infra*, n^{os} 100 s.) et la citoyenneté européenne (V. *infra*, n^{os} 107 s.), et sur des objectifs de droit matériel (V. *infra*, n^{os} 109 s.).

§ 1^{er}. – *Création sur le fondement de la reconnaissance mutuelle*

100. Le principe de la reconnaissance mutuelle, fondé sur la confiance mutuelle entre les États membres (principe fondamental du droit de l'Union européenne, V. l'avis 2/13 de la Cour de justice, point 191), permet la libre circulation des personnes, des jugements et des actes d'un État membre d'origine à un État membre d'accueil ou requis. Il répond aux obstacles pouvant naître de la diversité des législations des États membres. Les solutions prétorienne innovantes qu'il sous-tend se déploient en différents domaines (sur le principe d'origine en matière de commerce électronique, V. *supra*, n^{os} 56 s.).

101. *Reconnaissance mutuelle et liberté d'établissement.* — L'activisme de la Cour est notable en matière de liberté d'établissement appliquée aux personnes morales. Les solutions des différents arrêts rendus en ce domaine peuvent être résumées ainsi : pour les sociétés constituées en conformité avec la loi d'un État membre, leur existence et leur capacité ne sauraient être remises en cause, en cas de dissociation du siège social, par la loi du pays d'accueil en vertu des articles 49 et 54 du TFUE (V. not. les arrêts CJCE 27 sept. 1988, aff. 81/87, Daily Mail. – CJCE 9 mars 1999, aff. C-212/97, Centros. – CJCE 5 nov. 2002, aff. C-208/00, Überseering. – CJCE 30 sept. 2003, aff. C-167/01, Inspire Art. – CJCE 16 déc. 2008, aff. C-210/06, Cartesio. – CJUE 12 juill. 2012, VALE Epitesi, aff. C-378/10). Aussi, dans l'arrêt *Centros*, la Cour de justice décide que la législation danoise ne peut s'opposer à ce que des Danois, souhaitant faire fonctionner une société exclusivement au Danemark, puissent incorporer celle-ci en Angleterre et bénéficier ainsi de l'absence de capital social minimal en vertu de la loi anglaise. L'impact de ces solutions en droit international privé est fondamental sous différentes perspectives.

102. En premier lieu, la jurisprudence de la Cour contribue au renouvellement de la méthode du droit international privé traditionnel. Elle promeut celle de la reconnaissance des situations valablement constituées à l'étranger, concurrente à la règle de conflit de lois (sur la méthode de la reconnaissance, parmi les très nombreux travaux qui lui ont été consacrés, V. not., P. LAGARDE, *La reconnaissance, Mode d'emploi*, Mélanges H. Gaudemet-Tallon, p. 481 s. – P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, Mélanges P. Lagarde, 2005, p. 547 s. – S. BOLLÉE, *L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale*, Rev. crit. DIP 2007. 307 s. – P. LAGARDE [dir.], *La reconnaissance des situations en droit international privé*, 2013, Pedone. – L. D'AVOUT, *La reconnaissance dans le champ des conflits de lois*, Trav. Com. fr. DIP 2014-2016, Pedone, 2017). En matière de mobilité des sociétés, la méthode prend la forme d'un mécanisme correcteur : une exception de reconnaissance (pour une présentation générale de ce mécanisme, V. not. M. FALLON et J. MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception*

of Mutual Recognition, 2002, Yearbook of Private International Law, vol. 4, p. 37 s., spéc. p. 61) et se traduit par une double formulation : la non-reconnaissance dans l'État membre d'accueil de la société valablement constituée dans un autre État membre est condamnable en raison du jeu de la liberté de circulation, la situation est effective sans égard pour le droit applicable désigné par le pays d'accueil sur des questions jugées essentielles pour la liberté de circulation (solution tempérée récemment dans l'arrêt *Kornhaas*, CJUE 10 déc. 2015, aff. C-594/94, portant sur la loi applicable à la sanction d'un dirigeant d'une société soumise à une procédure d'insolvabilité).

103. En second lieu, cette jurisprudence révèle l'influence du libéralisme contemporain sur les solutions de la Cour en droit international privé. Dans ces décisions, l'accent est mis sur « le choix par les individus, participant au marché, de la loi à laquelle ils entendent soumettre leurs transactions économiques » au détriment de l'autorité de la loi nationale du pays d'accueil (sur ce sujet, P. KINSCH, article préc. [*supra*, n^o 67], spéc. p. 380). L'exception de fraude, fondée sur l'autorité de la loi, se trouve dès lors désactivée. En effet, dans une perspective traditionnelle, la fraude à la loi consiste en la manipulation d'un critère de rattachement objectif (tels le domicile ou la nationalité). Or, sous l'angle des libertés de circulation, le changement de lieu d'établissement de la société est un moyen de réalisation du marché intérieur. Dès lors, l'exception de fraude à la loi se révèle inapte à répondre aux effets de la mobilité encouragée par le système juridique lui-même (sur ce sujet, V. not., H. MUIR WATT et D. BU-REAU, n^o 620-66 ; J.-Cl. Dr. Int., V^o Fraude, fasc. 50).

104. *Exécution transfrontière des décisions et ordre public.* — Le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, pierre angulaire de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, est également étroitement associé à celui de la reconnaissance des décisions étrangères (TFUE, art. 67). Cette dernière a connu une évolution remarquable sous l'impulsion à la fois des textes et de la jurisprudence de la Cour. L'apport de la Cour est en ce domaine indéniable. Sa jurisprudence a permis de fixer les lignes directrices du jeu de la clause générale d'ordre public (art. 45, § 1, a) du règlement Bruxelles I *bis*, article 34, § 1, du règlement Bruxelles I, article 27, § 1, de la Convention de Bruxelles). Les juges européens ont pu se prononcer tant sur le champ couvert par ces dispositions (V. not. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n^o 402, p. 522 s. – V. *Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale*) que sur la notion d'ordre public.

105. La jurisprudence de la Cour est ici emblématique de la rencontre du droit de l'Union européenne et du droit national *via* un mécanisme de droit international privé traditionnel. L'ordre public est en effet une notion nationale qui reste propre à chaque État. À ce titre, il est apprécié par les autorités de l'État qui le mettent en œuvre. Mais son jeu étant un obstacle éventuel à la circulation des décisions visée par les règlements de la coopération judiciaire civile et de l'accès à la justice au sens de l'article 67 TFUE, la Cour de justice est amenée à le contrôler (H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n^o 408, p. 532). Si l'arrêt *Renault* décide qu'« il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant » (CJCE 11 mai 2000, aff. C-38/98, point 28), l'arrêt *Krombach* (préc. [*supra*, n^o 77]) précise qu'« il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant ». La mise en œuvre de l'ordre public est ainsi subordonnée à une atteinte constituant « une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique » (arrêt *Krombach*, point 37).

106. Ces solutions évoluent (V. not., CJUE 16 juill. 2015, *Diageo Brands*, aff. C-681/13. – CJUE 19 nov. 2015, P c/ Q, aff. C-455/15. – CJUE 25 mai 2016, aff. C-559/14, *Meroni*). La Cour de justice, se détachant de la lettre du règlement Bruxelles I, semble imposer une nouvelle exigence au refus de reconnaissance ou d'exécution des décisions intra-européennes fondé sur la clause d'ordre public international générale : celle d'une purge préalable des voies de droit dans l'État d'origine (C. NOURISSAT, obs. sous l'arrêt *Krombach*, Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, *op. cit.*, spéc. n° 62-10). Elle affirme en effet que « le règlement n° 44/2001 repose sur l'idée fondamentale selon laquelle les justiciables sont tenus, en principe, d'utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l'État membre d'origine » (point 48). La Cour s'aroge ici un véritable pouvoir dont le but est clairement affiché : celui d'une restriction maximale à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, le principe fondamental à respecter étant celui de la confiance mutuelle entre les États. La conséquence est loin d'être anodine : l'exception d'ordre public ne peut plus être entièrement appréciée par l'autorité qui la met en œuvre, c'est-à-dire l'État d'accueil. La solution caractérise la perception par la Cour de justice de l'espace de coopération civile et commerciale. L'accès à la justice y est entendu comme un accès à la justice européenne. Pour la Cour, celui-ci est en principe garanti dès qu'une juridiction d'un État membre de l'espace judiciaire européen est valablement saisie.

§ 2. – Création sur le fondement de la citoyenneté européenne

107. Le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres est rattaché au statut de citoyenneté européenne. Celle-ci traduit une idée de jouissance permettant d'affirmer des droits fondamentaux directement, sans qu'il soit nécessaire d'invoquer une atteinte à la liberté de circulation (en ce sens, A. BUCHER, *La dimension sociale du droit international privé : cours général*, RCADI 2009, vol. 330, spéc. p. 361 s.). En droit international privé de la famille, la jurisprudence européenne a parfois condamné l'application exclusive de la règle de conflit nationale lors de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance de situations constituées à l'étranger. La Cour de justice a fondé cette condamnation notamment sur la citoyenneté européenne. Ainsi, l'arrêt *Garcia Avello* de la Cour de justice a décidé sur le fondement des articles 12 (non-discrimination) et 17 (citoyenneté européenne) du traité CE que le nom d'un enfant possédant les nationalités belge et espagnole, né et résidant en Belgique, devait être déterminé par la loi espagnole. Pourtant, cette loi ne correspondait ni à la loi de la nationalité du for ni à la loi la plus effective (CJCE 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, aff. C-148/02, en l'espèce, la liberté de circulation n'était en cause que de façon virtuelle). Dans l'arrêt *Grunkin-Paul* rendu quelques années plus tard (CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06), la Cour condamne de façon plus explicite la nationalité comme critère de rattachement : « l'article 18 CE s'oppose, dans les conditions telles que celles de l'affaire au principal, à ce que les autorités d'un État membre, en appliquant le droit national, refusent de reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis lors et qui, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre ». Ce faisant, comme en matière de mobilité des sociétés, le mécanisme mis en œuvre est celui de la reconnaissance. Puis, dans une autre ligne jurisprudentielle, la Cour décide que l'entrave à la liberté de circulation peut être justifiée par la protection de l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est demandée (CJUE 22 déc. 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09 : admission de l'ingérence étatique à travers l'ordre public autrichien. – CJUE 12 mai 2011, aff. C-391/09, *Runevic-Vardyn* : l'entrave n'était ici pas constituée. – CJUE 2 juin

2016, aff. C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*, admission d'une possible ingérence étatique à travers l'ordre public allemand).

108. Bien que la jurisprudence de la Cour se limite pour l'instant, en matière de statut personnel, au nom de famille et qu'elle s'attache surtout aux résultats et moins au raisonnement (en ce sens, C. NOURISSAT, obs. sous l'arrêt *Garcia Avello*, Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, *op. cit.*, n° 72-1), son impact sur le droit international privé des personnes et de la famille est essentiel. Une logique de permanence du statut personnel dans un espace européen unique transparaît. Celle-ci ne doit pas être entravée par le critère de rattachement retenu par la règle de conflit. L'on perçoit également l'idée d'autodétermination de la personne : un statut acquis dans le pays étranger du choix de la personne est susceptible de circuler presque librement. Ce faisant, cette jurisprudence s'inscrit dans la recherche d'une cohérence substantielle européenne : celle du respect des valeurs politiques et sociales attachées au système de l'Union européenne.

§ 3. – Création sur le fondement d'objectifs substantiels

109. La jurisprudence interprétative de la Cour participe activement au développement substantiel du droit international privé européen. Des préoccupations de justice matérielle intègrent son raisonnement et peuvent être à l'origine de solutions nouvelles. Deux manifestations principales permettront d'illustrer ce phénomène.

110. La première porte sur la création d'un chef de compétence au bénéfice du for du demandeur. L'objectif de protection ou de faveur envers une catégorie de plaideurs justifie le plus souvent la règle nouvelle. Quelques arrêts rendus en interprétation du règlement Bruxelles I instaurent ainsi de façon explicite un *forum actoris* pour certaines matières déterminées (sur ce sujet, J.-B. RACINE, *Le forum actoris en droit international privé*, *Trav. Com. fr. DIP 2014-2016*, Pedone, 2017). L'arrêt *eDate Advertising et Martinez* est l'un des exemples les plus marquants (CJUE 25 oct. 2011, aff. jointes C-509/09 et C-161/10). La Cour décide dans cette affaire de créer un nouveau chef de compétence en faveur de la victime d'une atteinte aux droits de la personnalité *via* internet. La victime peut ainsi choisir, outre deux autres options, les tribunaux de l'État membre où se trouve le « centre de ses intérêts » pour connaître de l'ensemble des dommages subis, ce qui correspond le plus souvent au lieu de sa résidence habituelle. Cette solution, très favorable au demandeur, se justifie par la gravité de l'atteinte : celle-ci, réalisée sur internet, se répercute partout dans le monde (H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, spéc. n° 218-1, p. 288. – J.-B. RACINE, article préc.). Dans le même ordre d'idée, mais de façon plus implicite, la jurisprudence de la Cour concernant la juridiction compétente en matière de contrat de travail privilégie le *forum actoris* au profit du salarié (V. *Contrat de travail*). L'interprétation large du critère du lieu où le salarié accomplit habituellement son travail permet en effet à celui-ci d'attirer son employeur le plus souvent au lieu de sa résidence habituelle, le but étant de lui permettre un accès simple à la justice (V. not., CJCE 27 févr. 2002, aff. C-37/00, *Weber*).

111. La seconde manifestation concerne la qualification par les juges européens de règles de source européenne en lois de police (sur lesquelles, V. not. E.-A. OPREA, *Droit de l'Union européenne et lois de police*, 2015, L'Harmattan. – E. PATAUT, *Lois de police et ordre juridique communautaire*, article préc. – S. POILLOT-PERUZZETTO, *Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire*, *Trav. Com. fr. DIP 2002-2004*, p. 65 s.). Dans l'arrêt *Ingmar* (CJCE 9 nov. 2000, aff. C-381/98), la Cour confère une telle nature aux articles 17 et 18 de la directive de

1986, sans toutefois l'indiquer expressément. Ceux-ci doivent s'appliquer à une situation internationale, alors même que le contrat d'agence commerciale est soumis à la loi d'un pays tiers à l'Union. L'impérativité particulière attribuée à ces dispositions découle de l'interprétation téléologique menée par la Cour. La directive protège la catégorie des agents commerciaux et garantit « la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur » (point 24). Il en ressort, selon les juges européens, un domaine d'application nécessaire : ces dispositions doivent être appliquées « 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, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat » (point 25 de l'arrêt, V. L. IDOT, Rev.

crit. DIP 2001. 107 s. – P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.* [*supra*, n° 88], n° 130, p. 102. – Comp. aujourd'hui l'article 3, § 4, du Règl. Rome I). En revanche, l'agent ne bénéficiera pas de la protection offerte par la directive lorsque celui-ci exerce son activité en dehors de l'Union (CJUE 16 févr. 2017, aff. C-07/15, Agro Foreign Trade). La Cour confère ainsi un « impact externe » à ces dispositions (B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, n° 59, p. 55) à la condition que la situation internationale se rattache au territoire de l'Union européenne. L'approche des juges européens se distingue nettement de celle adoptée pour les lois de police nationales : ce n'est plus une contrainte qui s'exerce (*V. supra*, n°s 95 s.), mais un élargissement de la notion de loi de police justifié par l'origine européenne de la norme et son lien avec l'Union.

CHAPITRE 2

La codification du droit international privé européen

112. *L'hypothèse d'un code européen de droit international privé.* — Pour les pays européens, la mutation des sources normatives de la matière a débuté au sein des organisations internationales classiques, comme la Conférence de La Haye. Aujourd'hui, elle s'opère fondamentalement au sein de l'Union européenne. Face à l'europeanisation du droit international privé depuis le traité d'Amsterdam (*V. supra*, n°s 19 s.) et à la complexité qui en découle, la doctrine puis les autorités européennes ont récemment posé la question de l'élaboration d'un code européen de droit international privé. L'idée de codifier le droit international privé en Europe est antérieure aux premières institutions communautaires. En 1950, E. FRANKENSTEIN publia, avec la certitude d'une union future des États européens, un *Projet de code européen de droit international privé* (Leiden, 1950, Brill). Il prévoyait l'institution d'une Cour suprême européenne garantissant l'interprétation uniforme du code et couvrirait les questions générales et spéciales du conflit de lois, du conflit de juridictions et de l'efficacité internationale des décisions étrangères, y compris arbitrales. Trente ans plus tard, le Rapport Giuliano-Lagarde relevait les réticences de la Commission à œuvrer pour une unification d'ampleur du droit international privé (JOCE, n° C 282 31 oct. 1980, p. 1-50, par. 2). En effet, le droit international privé européen dépendait alors des négociations intergouvernementales et se limitait à un contenu spécialisé (sur les perspectives de codification de la matière dans cette période, F. SCHOCKWEILER, *La codification du droit international privé dans la communauté européenne, E pluribus unum, Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague/Boston/London, 1996, Martinus Nijhoff, p. 391-404). L'europeanisation du droit international privé entraîne un mouvement de codification. Mais les défis sont nombreux et les réponses incertaines. Dès lors, il convient de s'intéresser aux fondements et principes (*V. infra*, n°s 113 s.), puis aux orientations d'une future codification du droit international privé européen (*V. infra*, n°s 132 s.).

SECTION 1^{re}

Fondements et principes d'une codification du droit international privé européen

113. Le débat sur la codification du droit international privé pose la question de ses fondements (*V. infra*, n°s 114 s.) ainsi que celle des principes sur lesquels reposera le futur code (*V. infra*, n°s 127 s.).

ART. 1^{er}. – FONDEMENTS DE LA CODIFICATION

114. *La voie de la codification : le règlement.* — Un code européen de droit international privé ferait certainement l'objet d'un

règlement et non d'un simple *restatement of the law* qui est un code sans force obligatoire rassemblant les règles d'application générale sur un territoire dans un domaine précis (P. LAGARDE, *En guise de synthèse, in Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, 2011, Peter Lang, Euroclio n° 62, p. 367. – Rapp. M. FALLON, *La codification du droit international privé européen, in Le droit international privé européen en construction – Vingt ans de travaux du GEDIP, in M. FALLON et alii [dir.]*, Antwerp, 2011, Intersentia, p. 616. – A. MAC ELEA-VY FIORINI, *Qu'y a-t-il en un nom ? Un vrai code pour le droit international privé européen, in Quelle architecture... , op. cit.*, p. 35-37. – Sur la directive comme instrument plus adapté à la codification fragmentaire, M. FALLON, *Les conditions d'un code européen de droit international privé, in La matière civile et commerciale*, p. 10-11. – *Contra* : C. KESSEDIAN, *La relation des textes de référence avec le droit primaire, in La matière civile et commerciale... , p. 128*). Le choix du règlement soulève notamment la question de l'étendue de l'habilitation normative du législateur européen : les traités n'attribuent aucune compétence explicite à l'Union pour codifier de manière générale le droit international privé européen (G. RÜHL et J. VON HEIN, *Towards a European Code on Private International Law ?*, 2015[79], *RabelsZ*, p. 732 s.). Aussi, alors que les déficiences du droit international privé européen constituent autant de motifs réclamant une action de l'Union (*V. infra*, n°s 121 s.), quelles bases juridiques vont la justifier (*V. infra*, n°s 115 s.) ?

§ 1^{er}. – Bases juridiques

115. *L'espace de liberté, de sécurité et de justice : siège de l'habilitation normative de l'Union.* — Pour justifier la codification, la priorité semble être donnée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (TUE, art. 2-5) et aux compétences normatives de l'Union qui en résultent dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile (TFUE, art. 81) (P. LAGARDE, *En guise de synthèse, article préc.*, p. 367. – S. POILLOT-PERUZZETO, *La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé, in Quelle architecture... , op. cit.*, p. 51-67. – E. FABRIÈS-LECEA, *Quelle codification pour le droit international privé européen des procédures d'insolvabilité ?*, *in Quelle architecture... , p. 381*). En effet, la notion d'Espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après « ELSJ ») constitue « le siège de l'habilitation normative » de l'Union pour le droit international privé, l'objectif de construction d'un tel espace étant systématiquement rappelé dans les considérants de tous les règlements adoptés en la matière après le traité d'Amsterdam (M. FALLON, *Avant-propos, in*

La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?, *op. cit.*, p. VII).

116. Les exigences du marché intérieur : un fondement à ne pas négliger. — Toutefois, pour certains, les incertitudes conceptuelles autour de cet espace empêchent l'ELSJ d'être la base légale exclusive de la codification envisagée. La place du droit international privé dans l'ELSJ ne serait pas suffisamment précise. De plus, il faudrait au préalable résoudre certaines questions comme la définition du périmètre des compétences de l'Union dans le domaine du conflit de lois, la relation entre le marché intérieur et l'ELSJ ou encore l'impact de la citoyenneté européenne sur le droit international privé (J. MEEUSEN, La priorité de l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice et l'élaboration d'un code européen de droit international privé – réponse à la contribution du professeur Sylvaine Poillot-Peruzzetto, *in* Quelle architecture..., *op. cit.*, p. 76 s. – Sur l'impact de la citoyenneté européenne sur le droit international privé, C. KESSEDJIAN, Un code européen au regard des objectifs du droit international privé, *in* Quelle architecture..., *op. cit.*, p. 125 s.). Dans ce contexte, la codification ne saurait être menée indépendamment des exigences du marché intérieur, « notamment » lorsque cela est nécessaire à son bon fonctionnement (TFUE, art. 81-2. – J. MEEUSEN, article préc., p. 69 s. – M. GARDEÑES SANTIAGO, Les exigences du marché intérieur dans la construction d'un Code européen de droit international privé, en particulier la place de la confiance mutuelle, *in* Quelle architecture..., *op. cit.*, p. 89 s. – C. KESSEDJIAN, La relation des textes de référence avec le droit primaire, article préc., p. 122 s., qui entrevoit néanmoins l'affaiblissement de cette exigence – de condition préalable à possibilité – pour l'adoption d'actes portant sur le droit international privé en raison de l'insertion de cette matière dans la coopération judiciaire en matière civile, qui est l'un des piliers de l'ELSJ).

117. Citoyenneté européenne, coopération renforcée, clause horizontale : fondements incertains. — D'autres fondements sont évoqués, telle la citoyenneté européenne qui permettrait de recourir à l'article 21 TFUE pour prendre des mesures de droit international privé (J. MEEUSEN, article préc., p. 85 s.). Cependant, la mise en œuvre de cette compétence suppose l'absence, dans les traités, des pouvoirs d'action de l'Union à cet effet. Or, comme ce n'est pas le cas en droit international privé, puisque l'action de l'Union en cette matière est fondée et encadrée par l'article 81 TFUE, il y aurait une violation de l'article invoqué (P. A. DE MIGUEL ASENSIO ET J.-S. BERGÉ, *The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private international Law*, *in* Quelle architecture..., *op. cit.*, p. 208, note 57).

118. Des solutions plus radicales sont aussi avancées : la codification pourrait faire l'objet d'une mesure de coopération renforcée (TUE, art. 20 et TFUE, art. 326-334) ou d'une action fondée sur l'article 352-1 TFUE. Néanmoins, la première solution s'oppose à une codification réformatrice, puisque l'intégration des matières gouvernées par l'acquis enfreindrait sûrement les droits et les obligations des États membres réfractaires (TFUE, art. 327), liés par les instruments actuels (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 734). Quant à la seconde solution, l'obtention de l'unanimité pour l'adopter serait très difficile (*ibid.*).

119. Le respect des principes délimitant les compétences entre l'Union et les États membres. — Parce que toutes ces compétences ne sont que d'attribution, la codification devra respecter les objectifs établis par les traités ainsi que les principes de subsidiarité et de proportionnalité (TUE, art. 5). Partant, en cas de codification réformatrice, l'introduction de règles nouvelles soulèvera nécessairement la question de leur conformité tant au principe de subsidiarité, afin de justifier une compétence de l'Union pour agir, qu'à celui de proportionnalité, afin de démontrer que

la mesure n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs que lui sont assignés (sur l'empreinte de ces principes sur la perspective d'une codification avant le traité de Lisbonne, M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc. p. 17 s.).

120. Fondements de la codification : avatars des compétences normatives de l'Union. — Somme toute, les fondements évoqués apparaissent comme des avatars des compétences normatives de l'Union susceptibles d'être mobilisées dans le domaine du droit international privé : la base légale des instruments adoptés jusqu'à présent émerge alors comme base légale de la codification. Dans cette perspective, le principe de cohérence posé à l'article 7 TFUE justifie l'action européenne lorsqu'il y a un risque de mise à mal de la cohérence de la réglementation dans un domaine donné. Tel est particulièrement le cas du droit international privé européen qui est marqué par une pluralité d'actes et par la fragmentation des régimes (M. FALLON, Rapport introductif, *in* Quelle architecture..., *op. cit.*, 17 s.). La codification de la matière répondrait alors à l'exigence d'unification du droit, accomplie par une simplification législative déjà expérimentée ailleurs (S. BESLIER et P. LAVAGGI, Les procédures de codification et de refonte en droit communautaire : une contribution à l'effort de simplification de l'environnement réglementaire, RDUE 2006. 313-324. – W. VOERMANS, C. MOLL, N. FLORIJN et P. VAN LOCHEM, *Codification and consolidation in Europe as means to untie red tape*, *Statute Law Review*, 2008-2, p. 65-81). Elle prendrait *in fine* appui sur les principes fondant la codification du droit conçu par l'Union : la transparence et l'ordre, qui garantissent l'accès au droit, et la sécurité juridique, concrétisée par la fiabilité des règles publiées (S. POILLOT-PERUZZETTO, La codification du droit communautaire, *in* B. BEIGNER [dir.], La codification, 1996, Dalloz, p. 151 s.). Ces principes répondent aux motivations mêmes de la codification du droit international privé européen.

§ 2. – Motivations

121. Une codification correctrice. — La codification corrigerait les déficiences actuelles du droit international privé européen : pluralité d'instruments, redondances, lacunes et incohérences (sur ces déficiences, J. VON HEIN et G. RÜHL [Hrsg.], *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Tübingen, 2016, Mohr Siebeck. – M. CZEPELAK, *Would we like to have a European Code of Private International Law ?*, ERPL 18 [2010], p. 705 s. – T. RAUSCHER, Ein « Code of EC-Conflict Law » ?, *in* Rechtsschutz gestern – heute – morgen : Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher, Wien, Graz, NWV, Neuer Wiss. Verl., 2008, 665 s. – G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 713 s.).

122. Un code pour rassembler un droit fragmenté. — La fragmentation de l'acquis européen est à l'origine du débat sur la nécessité de codification. Depuis 1999, le Groupe européen de droit international privé discute des lignes méthodologiques et des objectifs pour entreprendre une unification européenne du droit international privé (M. FALLON, La codification du droit international privé européen, article préc., p. 615 s.). À partir de 2008, la doctrine européenne réfléchit plus intensément à l'opportunité de codifier la matière face à l'exécution fragmentée du programme de création d'un ELSJ (V. la bibliographie générale sur la codification). En 2009, les instances européennes ont dénoncé la fragmentation et préconisé la codification de la matière afin de mettre en place un cadre juridique structurellement cohérent et facilement accessible (V. *infra*, n° 137).

123. Un code pour la concision des régimes. — Les redondances sont constantes en droit international privé européen. Par exemple, les règles relatives au renvoi, à l'ordre public ou

encore aux systèmes non unifiés figurent dans tous les actes relatifs au conflit de lois ; de même que certaines règles propres au droit international privé des obligations (subrogation, pluralité de débiteurs, charge de la preuve, validité formelle des actes unilatéraux) sont plus ou moins identiques dans les règlements Rome I et Rome II. Ces redondances sont source de difficultés à cause d'interprétations divergentes (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 718). Leur existence offre un argument de poids pour justifier la codification de la matière : la rationalisation les éliminerait.

124. Un code pour combler des lacunes. — Les nombreuses lacunes caractérisent également le droit international privé européen (X. KRAMER *et alii*, Un cadre européen pour le droit international privé : lacunes actuelles et perspectives futures, Étude [2012] [PE 462.487]). Elles peuvent perturber tant le bon fonctionnement des règles existantes que l'exercice des libertés fondamentales et la construction de l'ELSJ. Ces lacunes peuvent soit concerner des domaines dans lesquels l'Union a déjà légiféré, soit être dues à une absence de norme européenne. Ainsi, en droit des obligations, l'absence d'une règle de conflit uniforme sur la validité au fond d'une clause attributive de juridiction affecte la prévisibilité pour les parties, et de manière moins explicite, en droit de la famille, le doute persiste sur l'applicabilité du règlement Bruxelles II *bis* à la dissolution du mariage homosexuel. En outre, il n'existe aucune réglementation européenne sur la loi applicable aux sociétés de droit national ou sur le transfert international de leur siège, alors même que le fonctionnement des règles de conflit nationales est fortement affecté par le droit européen d'établissement. Il en va de même pour l'état des personnes et la théorie générale du droit international privé : le dépeçage du contrat autorisé par l'article 3-1 du règlement Rome I est-il transposable à d'autres instruments permettant un choix ou une option de loi ? (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 714-715 ; ces lacunes laissent une place importante à la codification et aux méthodes nationales de résolution des conflits de lois et de juridictions : E. JAYME, *Die künftige Bedeutung der nationalen IPR-Kodifikationen*, IPRax 2 (2017), p. 179 s.).

125. Un code pour chasser des incohérences. — Les incohérences sont nombreuses et diverses (S. FRANCO, Les champs d'application [matériel et spatial] dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique. En passant par la théorie générale..., La matière civile et commerciale..., *op. cit.*, p. 35 s. — J. BASEDOW, *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union : Eine einleitende Orientierung, in Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union, op. cit.*, p. 3 s. — G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 718-721. — T. RAUSCHER, article préc., p. 669 s.). Elles mettent à mal la cohérence juridique d'ensemble réclamée par la construction d'un ELSJ (E. JEULAND et A.-M. LEROYER [dir.], La cohérence de l'espace judiciaire européen, 2004, Dalloz). Par exemple, la protection du travailleur n'est pas effective en matière de conflit de lois, car en l'absence de choix de loi, des solutions propres aux conflits de juridictions ont été transposées, alors que les deux types de conflits répondent à des logiques de résolution différentes (N. NORD, La nécessaire refonte du système de conflit de lois en matière de contrat de travail international, *Rev. crit. DIP* 2016. 309 s.). La codification permettrait de perfectionner le cadre normatif actuel, voire d'accomplir une œuvre inachevée.

126. Le scepticisme sur l'opportunité de codifier. — Malgré toutes ces déficiences, il existe un certain scepticisme sur l'opportunité de codifier le droit international privé européen. Certains craignent une codification « imparfaite et inachevée » parce que précoce : ni l'identité du droit international privé européen ni la place qu'il doit occuper dans l'ELSJ ne sont encore définies (J. MEEUSEN, article préc., p. 69 s.). Tout

en reconnaissant les avantages de la codification, d'autres auteurs soulignent l'existence de plusieurs obstacles d'ordre institutionnel (absence d'une compétence générale pour codifier, différentes procédures prévues pour l'adoption des textes de droit international privé, existence d'un ELSJ à géographie variable) et d'ordre pratique (manque d'expérience sur le fonctionnement de plusieurs instruments, nombreuses lacunes difficiles à combler dans un avenir proche, approches différentes des questions liées à la théorie générale) qui justifient une codification lente et progressive (M. WILDERSPIN, Règles de compétence et de reconnaissance et d'exécution — L'acquis et les propositions, *in* Quelle architecture..., p. 316. — M. BOGDAN, *Some Nordic Reflections on the Desirability of an EU Code of Private International Law, in* Quelle architecture..., p. 253-255. — G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 731 s. — M. CZEPELAK, article préc., p. 705 s. — J. BASEDOW, article préc., p. 9 s. — X. KRAMER *et alii*, étude préc., p. 105 s. — E.-M. KIENINGER, *Die weitere Kodifikation des europäischen IPR*, IPRax 2 (2017), p. 200 s.).

ART. 2. — PRINCIPES DE LA CODIFICATION

127. Principes tirés de l'objet de la codification et des objectifs à atteindre. — Dans le débat sur la codification du droit international privé européen, les principes de la codification refont surface au détour des discussions sur les diverses questions que l'entreprise soulève. Le plus souvent, ils n'apparaissent qu'en fonction de l'objet de la codification et des objectifs à atteindre (par ex., M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 3 s. — C. KESSEDJIAN, Un code européen au regard des objectifs du droit international privé, article préc., p. 107 s.). Dès lors, ce sont la forme et le fond de la codification qui sont visés.

128. Principes tenant à la forme. — Formellement, c'est une réflexion sur la structure même du futur code : faut-il poursuivre le rythme établi par le Conseil européen d'une codification fragmentée ? La codification doit-elle être globale et réformatrice ou limitée aux règles anciennes ? Les principes généraux doivent-ils être codifiés ? Malgré les débats (V. *infra*, n^{os} 138 et 146), c'est la méthode de codification la plus ambitieuse qui domine : il faut « [rassembler] dans un code des normes tantôt existantes mais éparses, tantôt à créer au départ d'un substrat existant » (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 2). Mais, quelle que soit *in fine* la méthode retenue, ce sont des principes généraux dégagés par le droit de l'Union qui influenceront le processus de codification lui-même. Il s'agit, pour un auteur, de principes tirés des principes dits de « gouvernance » : transparence, participation, visibilité, autorégulation (rejetée jusqu'à présent pour le conflit de lois, mais d'usage dans le règlement des différends), adaptation de la norme aux changements, subsidiarité, simplification, lisibilité, cohérence et... codification (C. KESSEDJIAN, La relation des textes de référence avec le droit primaire, article préc., p. 125 s.). Aussi, parce qu'elle sera marquée par de nombreuses spécificités tirées du droit de l'Union, la codification de la matière véhiculera nécessairement des principes propres à l'ordre juridique européen.

129. Principes tenant au fond. — Quant au fond, la codification pourrait alors incarner une volonté politique de dépasser l'harmonisation des règles, en indiquant des objectifs propres à une politique européenne de droit international privé. Cette démarche impliquerait de reconnaître à ce droit une identité propre, distincte des approches nationales et internationales. Aussi, c'est sur le fond que les objectifs sont le plus souvent discutés, en fonction des résultats à atteindre, des protections à assurer, des processus à approfondir et des valeurs à protéger. Les principes justifiant l'action de l'Union dans le domaine de la coopération

judiciaire en matière civile sont les premiers évoqués. D'une part, le code doit être le garant, dans le domaine économique, de l'exercice des quatre grandes libertés européennes. D'autre part, il doit assurer la sécurité et la justice au citoyen européen se déplaçant dans l'Union, pour n'importe quel motif (P. LAGARDE, En guise de synthèse, article préc. p. 366). Une Europe combinant marché intérieur et ELSJ offre alors des éléments sur les grandes lignes d'un code européen de droit international privé (S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc. p. 63 s.). Dès lors, principes directeurs de la codification et principes innervant la codification se confondent. Le respect des droits fondamentaux, de l'État de droit et du pluralisme juridique (TUE, art. 2), l'accès à la justice, la confiance et la reconnaissance mutuelles, l'égalité des armes, l'autonomie procédurale, la coopération loyale, la proportionnalité, l'autonomie de la volonté, la proximité, la protection des parties faibles, l'importance de la citoyenneté européenne, l'universalisme des règles de conflit et la sécurité juridique ressortent de la littérature comme des principes de la codification à mener (C. KESSEDJIAN, La relation des textes de référence avec le droit primaire, article préc., p. 129 s. – S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc., p. 51 s. – S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, Quelle structure pour un code européen de droit international privé ? in Quelle architecture..., *op. cit.*, p. 264. – X. KRAMER *et alii*, étude préc., p. 68. – J. MEEUSEN, article préc., p. 75. – M. WILDERSPIN, article préc., p. 316).

130. Certains domaines font l'objet d'une attention particulière, comme ceux de la procédure et de la coopération judiciaire, pour lesquels est réclamée une codification fondée sur des principes structurels – autonomie procédurale, coopération loyale, confiance mutuelle – et systémiques – respect des droits fondamentaux : tutelle judiciaire effective, égalité des armes, efficacité procédurale, coopération entre juridictions (B. VILÁ et M. ATTAL, La place de la procédure et la coopération entre juges et acteurs nationaux, in Quelle architecture..., p. 245, note 16 et p. 249). En matière procédurale, où la *lex fori* joue un rôle important, le principe de l'effet utile devrait encadrer les interactions du code avec les règles nationales de procédure soit en poussant à leur adaptation, soit en créant des normes uniformes (M.-L. NIBOYET, Les règles de procédure : l'acquis et propositions. Les interactions entre les règles nationales et les « règles judiciaires européennes », in Quelle architecture..., p. 281 s. – V. *infra*, n^{os} 178 s.). En matière de coopération judiciaire, la codification devrait consacrer les principes du dispositif (interdiction au juge de modifier les termes du procès de sa propre initiative), du contradictoire (soumission de toute concertation entre juges d'États différents au contradictoire, afin d'éviter tout arrangement entre juges à l'insu des parties), de collaboration (inhérent à l'idée de coopération) et de célérité (particulièrement utile dans le traitement des incidents de compétence, comme obstacle aux stratégies de *forum shopping* ; *idem*, p. 293 s.). Au-delà des principes procéduraux et de coopération judiciaire, certaines discussions concluent à la nécessité d'ériger en principe directeur de la codification des méthodes d'interprétation du droit européen, comme celle de l'autonomie des concepts essentiels. Dans une perspective d'accessibilité des règles, de prévisibilité et de sécurité juridiques, ainsi que de cohésion, d'efficacité et de crédibilité du droit international privé européen, l'inscription de ce principe dans une disposition générale permettrait au législateur de définir plusieurs notions dans le code (A. MARMISSE-D'ABADDIE D'ARRAST, Qualification et concepts autonomes dans l'élaboration d'un code de droit international privé, in Quelle architecture... p. 325. – V. *infra*, n^o 175).

131. Le débat est également un lieu de rupture avec les orientations actuelles. Pour un auteur, la codification devrait saisir le découplage opéré par le traité de Lisbonne entre le droit international privé et le marché intérieur pour rétablir l'équivalence

des ordres juridiques et la neutralité des règles de conflit (M.-Ph. WELLER, Le rattachement dans les conflits de lois, in Quelle architecture..., p. 332 s.). La « renaissance » du droit international classique est ainsi préconisée dans le domaine du conflit de lois. Plus précisément, le moment serait venu de rompre avec les valeurs du droit matériel européen et de libérer les règles de conflit des objectifs économiques et de protection des parties faibles. Deux raisons sont avancées. D'une part, cela favoriserait l'harmonisation internationale des solutions – à laquelle les règles matérialisées constituent un frein – et réduirait le *forum shopping* que ces mêmes règles provoquent. D'autre part, cela respecterait l'équivalence de tous les ordres juridiques et les identités culturelles différentes, comme le réclament le droit international public et les Droits de l'homme (*idem*, p. 333. – V. *infra*, n^o 176).

SECTION 2

Orientations d'une codification du droit international privé européen

132. La codification est un processus réclamant des orientations, d'autant plus qu'elle vise un perfectionnement du droit international privé européen. La dimension européenne des règles à codifier influe sur la définition des éléments fondamentaux d'un code de droit international privé européen (V. *infra*, n^{os} 133 s.) et postule une prise en compte du pluralisme des sources (V. *infra*, n^{os} 152 s.). Les propositions actuelles révèlent certains choix (V. *infra*, n^{os} 163 s.), la codification offrant de nouvelles perspectives au développement de la matière (V. *infra*, n^{os} 181 s.).

ART. 1^{er}. – FONDAMENTAUX D'UN CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN

133. La codification du droit international privé européen requiert une définition des domaines spatial (V. *infra*, n^{os} 134 s.) et matériel (V. *infra*, n^{os} 137 s.) du futur code, ainsi que de son modèle (V. *infra*, n^{os} 141 s.).

§ 1^{er}. – *Domaine spatial du code*

134. *Difficultés à surmonter.* — Il est acquis que le code s'adressera à toutes les personnes établies dans l'Union, citoyens européens ou non, pour leur garantir un accès à la justice (S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc., p. 63). La définition de son domaine spatial réclame toutefois la résolution d'au moins quatre difficultés. La première concerne la situation du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Irlande par rapport à la construction de l'ELSJ. Ce dernier présentant ainsi une géographie variable, il est difficile d'envisager un code unique dans ce contexte (C. KESSEDJIAN, Un code européen au regard des objectifs du droit international privé, article préc., p. 110). La concrétisation du « Brexit » devrait évacuer la difficulté britannique à concevoir la codification (sur cette difficulté, A. MAC ELEAVY FIORINI, article préc., p. 44. – E. FRANKSTEIN, projet préc., p. 5). Concernant l'Irlande et le Danemark, la portée politique et la qualité de la codification pourraient emporter leur adhésion (A. MAC ELEAVY FIORINI, article préc., p. 45). Si ces pays décidaient de ne pas participer à la codification, il serait possible de définir efficacement le domaine spatial du code par rapport à eux (V. *infra*, n^o 154). Proche de la première, la deuxième difficulté est liée à la codification des mesures adoptées au moyen d'une coopération renforcée entre les États membres. Si l'inclusion des règlements déjà adoptés en droit de la famille (Rome III, régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés) dans l'œuvre codificatrice ne soulève pas d'objections majeures dans son

principe, la façon de les codifier impliquera de choisir entre un code unique ou un code fragmenté (V. *infra*, n^{os} 144 s.).

135. La troisième difficulté tient à l'*opt out* de fait résultant de la possibilité pour un État membre de rester lié par un traité qui précède l'adoption d'un acte européen (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 12 s.). Cette situation implique de prendre en compte le pluralisme des sources en la matière (V. *infra*, n^{os} 152 s.).

136. La dernière difficulté à résoudre concerne l'applicabilité du code aux situations externes (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 13 s. – J. MEEUSEN, article préc. p. 80-81). Le droit international privé européen connaît l'émergence de règles à « caractère universel », seule la matière de l'efficacité de décisions ne semble pas encore affectée par ce mouvement. Si l'objectif de la codification était celui de substituer les règles européennes à toute disposition nationale ayant le même objet, le caractère nécessairement unilatéral du code, par sa source, réclamerait l'universalité de ses règles (M. FALLON, Le domaine spatial d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 167 s. – Égal. en ce sens pour la matière de procédures collectives, cependant limitées aux conflits de juridictions et de lois : E. FABRIÈS-LECEA, article préc., p. 378 s.). Dès lors se poserait la question de la compétence normative de l'Union pour traiter des situations externes. Pour M. FALLON, cette compétence résulterait de la distinction qu'il convient de faire au sein de l'universalité de la règle. La règle de conflit est universelle par son objet – le droit désigné – et par son hypothèse – les situations visées. Lorsqu'une situation externe présente un rattachement avec l'espace du marché intérieur ou avec l'ELSJ, elle devrait pouvoir faire l'objet d'une norme européenne. Cette approche permettrait de résoudre une incohérence soulignée par l'auteur : l'impuissance des règles de compétence judiciaire à couvrir tout litige transfrontière affectant le fonctionnement du marché intérieur, alors qu'elles peuvent s'étendre à un litige ne présentant pas de lien significatif avec l'espace européen. Pour identifier les situations externes qui devraient être concernées par les règles universelles, l'auteur propose d'aligner le domaine d'application spatial du code sur celui du droit primaire pour chaque liberté de circulation. Outre l'atténuation de l'écart actuel entre ces deux domaines, cette approche permettrait d'élargir le mouvement d'universalisation des règles en matière de compétence judiciaire en l'étendant à la matière effet des décisions. Cela implique nécessairement d'adapter les règles européennes à leur nature universelle (*idem*, p. 167 s.).

§ 2. – Domaine matériel du code

137. Méthodes concernées. — La codification du droit international privé européen requiert une définition de son domaine matériel. Celui-ci s'entend, d'abord, des méthodes de résolution des conflits concernées : conflit de lois, compétence juridictionnelle, reconnaissance et exécution des décisions et des actes. Aucune n'est exclue par les autorités européennes ou par la doctrine (V. cep., H. MUIR WATT, La nécessité de la division tripartite – conflit de lois, de juridiction, règles de reconnaissance et d'exécution ?, *in* Quelle architecture..., *op. cit.*, p. 213 s.). Du côté des autorités européennes, les approches divergent cependant. La plus ambitieuse revient au Parlement européen qui, après avoir visé le seul conflit de juridictions (*Code communautaire des conflits des compétences*, Résol. 25 nov. 2009, P7_TA [2009] 0090, point 95), s'est engagé pour une codification générale du droit international privé (Résol. 7 sept. 2010 [2009/2140 (INI), P7_TA (2010) 0304, point 1] et 23 nov. 2010 [P7_TA(2010)0426, point D]). – Dans le même sens : B. BALLESTER, Rapport sur

le coût de la non-Europe – un Code européen du droit international privé [2013] [PE 504.468]). Quant à la Commission, l'hésitation est visible. Au départ, seul le conflit de juridictions a été visé (code de la coopération judiciaire civile [COM(2009), 262, final, 10 juin 2009, p. 10]) ; *Compendium de la législation existante dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile* et proposition législative pour l'année 2014 dans le domaine du droit procédural en matière civile (COM[2010], 171, final du 24 avril 2010, p. 20 et 24 respectivement). Actuellement, l'accent est mis sur le conflit de lois (COM[2014] 144 final, du 11 mars 2014, n^o 4.2). En doctrine, d'autres méthodes sont aussi plébiscitées. P. LAGARDE estime que le code ne devrait pas ignorer la méthode de la reconnaissance des situations (en guise de synthèse, article préc., p. 368). De son côté, C. KESSEDJIAN préconise l'adoption de toutes les règles nécessaires à la connaissance et à l'application du droit étranger (article préc., p. 112. – Rapp. B. VILÀ et M. ATTAL, article préc., p. 239 et 248). Il serait effectivement préférable que la codification soit la plus ample. Cela permettrait non seulement de surmonter les déficiences constatées à propos de textes actuels (V. *supra*, n^{os} 121 s.), mais également d'apporter des solutions communes à la question de la reconnaissance des situations (V. *infra*, n^{os} 171 et 174), et d'eupéaniser le traitement des questions essentielles à la mise en œuvre du droit étranger (V. *infra*, n^{os} 138 et 173).

138. Matières concernées. — Le domaine matériel du code s'entend, ensuite, des matières concernées. Alors que, dans le cadre limité de la matière civile et commerciale, la codification avait un caractère technique de mise en œuvre et de mise en cohérence des sources existantes sans exclure une certaine rationalisation de celles-ci, désormais c'est « d'un droit international privé couvrant l'ensemble du droit dont nous avons besoin » (P. LAGARDE, En guise de synthèse, article préc., p. 365). Dans cette perspective, la construction de l'ELSJ justifierait d'étendre la codification au-delà de la matière civile et commerciale, pour inclure tout le droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille et le droit des personnes faisant l'objet d'une action de l'Union (*idem*), ainsi que les textes relatifs à l'accès à la justice (S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc., p. 62-63. – Sur les modalités d'une ample codification de matière procédurale : B. VILÀ et M. ATTAL, article préc., p. 242 s.). Il en irait de même pour les procédures d'insolvabilité, règlement et directives confondus (E. FABRIÈS-LECEA, article préc., p. 377 s.).

De plus, la codification devrait englober la théorie générale du droit international privé, afin de garantir la visibilité, l'unicité des solutions et l'uniformité d'interprétation. Seraient ainsi codifiées les questions relatives à l'office du juge et à la preuve du droit étranger, aux systèmes plurilégislatifs, à la question préalable, au renvoi, à la fraude, à la clause d'exception, aux lois de police et à l'ordre public (S. BARIATTI et E. PATAUT, Codification et la théorie générale du droit international privé, *in* Quelle architecture, p. 337 s. – E. FABRIÈS-LECEA, article préc., p. 386. – S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc., p. 66. – T. RAUSCHER, article préc., 674. – *Contra* : S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 265, pour qui il est prématuré d'affirmer l'existence d'une théorie générale du droit international privé européen. – En ce sens également, au regard des textes adoptés en matière civile et commerciale : S. FRANCO, Les champs d'application [matériel et spatial] dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique. En passant par la théorie générale..., article préc., *passim*).

139. À propos de l'éventuelle inclusion de la matière administrative, certains auteurs se montrent plutôt réticents. Pour eux, la condition temporelle ne serait pas encore vérifiée pour cette

matière (S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc., p. 63. – I. RUEDA, La place de la matière administrative et des immunités au sein d'un code européen de droit international privé, in *Quelle architecture...*, *op. cit.*, p. 223-231), malgré les vœux exprimés en 2010 par le Comité économique et social européen en faveur d'un élargissement du champ d'application du règlement Bruxelles I aux « décisions administratives » (Avis du Comité économique et social européen sur le « Livre vert sur la révision du Régl. [CE] n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » COM[2009] 175 final). La question prête néanmoins à débat, dès lors que les présupposés de cette exclusion – corrélativement la nécessité d'assurer la coïncidence des compétences juridictionnelle et législative et l'irrecevabilité des actions régies par le droit public étranger, en raison de l'immunité juridictionnelle de l'État étranger – semblent aujourd'hui contestables au regard de la jurisprudence de la Cour de justice (ainsi, H. MUIR WATT et E. PATAUT, Les actes *iure imperii* et le règlement Bruxelles 1, *Rev. crit. DIP* 2008. 61, n°s 21 s.). Par ailleurs, depuis l'arrêt *Eurocontrol* (CJCE 14 nov. 1976, préc. [*supra*, n° 74]), le statut dérogatoire de la matière administrative ne se justifie que dans la mesure où l'entité publique agit dans l'exercice de la puissance publique, le concept étant lui-même sans importance pour définir la notion de matière civile et commerciale (CJCE 15 mai 2003, Préservatrice Foncière TIARD, aff. C-266/01, Rec. I.4867, concl. Léger). Il reste que l'absence d'une compétence de l'Union européenne pour légiférer sur ce sujet rend difficile l'inclusion de la matière administrative dans le domaine matériel couvert par la codification.

140. Quant à la place qu'il conviendrait d'accorder dans le code à l'immunité de juridiction et d'exécution des États, un auteur estime qu'au lieu d'élaborer un régime des immunités unifié au sein de l'Union ou de transposer en la matière le critère adopté en matière administrative – celui fondé sur la nature du rapport (*acta imperii et iure gestionis*) –, il faudrait conserver le *statu quo*, tout en rendant explicite l'exclusion des deux immunités. Cette solution se justifierait à deux titres. D'une part, elle éviterait de transférer à la Cour de justice la charge de définir le régime des immunités, alors que des divergences profondes existent entre les États. D'autre part, elle faciliterait, *ipso facto*, l'articulation du code avec les conventions internationales en la matière (I. RUEDA, article préc., p. 235-236). La question à laquelle il faudra *in fine* répondre est si, à l'aune de l'évolution du droit des immunités en Europe, le code était globalement apte à résoudre une question d'immunité, *i. e.* de préciser les hypothèses où les immunités cèdent, comme celles de la violation d'un droit fondamental (ainsi, H. MUIR WATT et E. PATAUT, article préc., n°s 15 s.), et de proposer des critères de rattachement pertinents pour les conflits de lois et de juridictions. Comme par rapport à la matière administrative, l'absence d'une compétence de l'Union européenne pour agir dans cette matière rend difficile son inclusion, fût-elle exceptionnelle, dans le champ matériel couvert par le futur code.

§ 3. – *Modèle du code*

141. *Éléments à définir.* — Il faut choisir le type, la forme et la structure du code. Pour chacune de ces questions, plusieurs possibilités existent.

142. *Le type de code : entre codification, consolidation et compilation.* — Le choix du type de code dépendra des fonctions qui seront assignées à la codification. En effet, à la codification sont traditionnellement assignées des fonctions de simplification, de systématisation et de réforme, qui se concrétisent

toutefois à des degrés divers selon le type de codification envisagé (A. MAC ELEAVY FIORINI, article préc., p. 30 s.). Légalement, l'Union entend par codification officielle « la procédure qui vise à abroger les actes faisant l'objet de la codification et à les remplacer par un acte unique qui ne comporte aucune modification de la substance desdits actes » (Accord interinstitutionnel du 20 déc. 1994 sur la méthode de travail accélérée pour la codification officielle des textes législatifs, n° 1. – V. égal. n°s 3 et 6). Ainsi, il s'agit plutôt de retravailler, à droit constant, un texte préalablement compilé, « en vue d'obtenir un nouvel acte juridique unique cohérent et complet remplaçant formellement l'acte de base et l'ensemble de ses modifications. Ce processus comprend la suppression de toutes les dispositions obsolètes, l'harmonisation de la terminologie utilisée dans le nouvel acte et la reformulation de ses considérants » (COM[2001], 646 final, point 6). Bien que n'étant pas réformatrice, la codification officielle se distingue de la consolidation officieuse. Celle-ci consiste « à regrouper, sur le plan de la forme et en dehors de toute procédure législative, les fragments éparés de la législation relative à une question donnée ; elle n'a pas d'effet juridique et n'affecte pas la validité de ces différents fragments » (Conclusions du Conseil européen d'Édimbourg, 11-12 déc. 1992, SN 456/92, ann. III à la Partie A, p. 5, note 1. – Sur les subtilités de ces distinctions, S. POILLOT-PERUZZETTO, La codification du droit communautaire, article préc., 152 s.). Dans la pratique législative de l'Union, la codification est donc loin d'être synonyme de la pénétration systématique et de l'image globale d'une substance juridique plus grande qui marquent les grandes codifications nationales (J. BASEDOW, article préc., p. 8). Une codification réelle n'est pour autant pas exclue : « [D]ans le cas où il apparaîtrait nécessaire, au cours de la procédure législative, d'aller au-delà d'une codification pure et simple et de procéder à des modifications de substance, il appartiendrait à la Commission de présenter le cas échéant la ou les propositions nécessaires à cet effet » (point 8 de l'Accord de 1994).

143. Quant à la codification du droit international privé européen, les autorités semblent avoir évolué dans leur approche. Alors que les premières manifestations de la Commission et du Parlement ont mis en avant une simple compilation, voire une consolidation de textes dans le domaine de la procédure en matière civile, celles qui ont suivi semblent indiquer une préférence pour une vraie codification de la matière (V. *supra*, n° 137). Le Conseil européen appelle, quant à lui et sans autre précision, à la consolidation, à la rationalisation et à la promotion de la cohérence des instruments adoptés dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile (programme de Stockholm, point 3.1.2). Une codification purement formelle maintiendrait les multiples inconvénients d'une réglementation fragmentaire et échelonnée du droit international privé européen (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 26 s.). En effet, ce procédé ne permet pas de résoudre les lacunes, les incohérences, y compris au plan herméneutique, et les difficultés de coordination liées au domaine d'application spatial des règles (pour un exemple frappant en matière de divorce, par rapport à laquelle non moins de cinq compilations seraient nécessaires, chacune devant en sus établir un régime d'articulation avec les sources internationales et le droit national, A. MAC ELEAVY FIORINI, article préc., p. 34 s.). Or, la codification doit permettre de réduire le volume des textes, d'améliorer leur lisibilité, leur accessibilité, leur mise en œuvre et, surtout, leur contenu (COM[2015] 215 final, du 19 mai 2015, p. 10 *in fine*). Une codification réformatrice constitue ainsi l'occasion de garantir une meilleure cohérence interne des solutions grâce à une « intégration matricielle du droit » aux plans vertical et horizontal, *i. e.* par une réglementation approfondie et globale de toutes les matières couvertes par le droit international privé,

sans faire l'impasse sur des questions problématiques (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 29 s.). *In fine*, elle pourrait uniformiser le champ d'application spatial des règles codifiées (A. MAC ELEA-VY FIORINI, article préc., p. 40). Cependant, certaines difficultés persisteraient, comme la variation du champ d'application spatial de nombreuses dispositions et l'articulation des sources internes et européennes avec les sources internationales du droit international privé (V. *infra*, n^{os} 153 s.). La question du choix entre l'une ou l'autre codification ne saurait comporter une réponse de principe. Elle pourrait peut-être varier selon la matière envisagée : une vraie codification en matière civile et commerciale et une consolidation en matière des personnes et des familles, domaines encore peu investis.

144. *La forme du code : entre unicité et multiplicité.* — Quel que soit le type de codification retenu, il s'agira de définir si un seul code sera élaboré pour l'ensemble des méthodes de résolution des conflits à codifier (V. *supra*, n^o 137) ou s'il sera fait un code pour chacune (A. DUTTA, *Gemeinsame oder getrennte Kodifikation von IPR und IZVR auf europäischer Ebene : Die bisherigen und geplanten Verordnungen im Familien- und Erbrecht als Vorbilder für andere Rechtsgebiete ?*, in *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, op. cit., p. 27 s. — Th. K. GRAZIANO, *Gemeinsame oder getrennte Kodifikation von IPR und IZVR : Das schweizerische IPR-Gesetz als Modell für eine europäische Gesamtkodifikation – Lehren für die EU ?*, in *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, op. cit., p. 44 s.). Les deux modèles coexistent. Une codification qui englobe les questions de conflit de lois, de juridiction et de reconnaissance a été privilégiée par les règlements régimes matrimoniaux, effets patrimoniaux des partenariats enregistrés et successions. En revanche, une approche fragmentaire a été retenue par les trois grands règlements en matière civile et commerciale (Rome I et II et Bruxelles I refondu), ainsi qu'en matière de divorce et de séparation de corps (Rome III et Bruxelles II bis). Alors que certains préconisent une codification globale (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 29 s. — P. LAGARDE, En guise de synthèse, article préc., p. 367 s. — T. RAUSCHER, article préc., p. 673 s. — S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 263 s. — E. FABRIÈS-LECEA, article préc., p. 384), d'autres semblent plutôt favorables à une codification séparée des deux méthodes (J. ADOLPHSEN, *Die Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts*, in *Recht ohne Grenzen Festschrift für Athanasios Kaissis zum 65. Geburtstag*, Otto Schimdt, 2012, p. 1-14). Du côté des autorités européennes, si l'approche globale prévaut au sein du Parlement, la position de la Commission demeure inconnue (V. *supra*, n^o 137).

145. Toutefois, le choix pour un code unique comportant des chapitres relevant du droit de la famille conduirait à une complexité législative : il faudrait combiner la procédure ordinaire et celle requérant l'unanimité pour le droit de la famille (TFUE, art. 81). L'unité formelle du code pourrait alors être abandonnée soit *ab initio* pour faciliter le processus, soit *ex post*, à défaut d'unanimité. Il faudrait alors disjoindre la partie concernant le droit de la famille et adopter deux règlements distincts. L'objectif d'un code unique serait pourtant préféré : l'unité formelle du code pourrait être conservée en faisant varier la définition de la notion d'État membre en fonction des dispositions du code. Une sorte de « code à la carte, ayant la même fonction que les techniques de réserves et déclaration, bien connues dans les conventions internationales » (P. LAGARDE, En guise de synthèse, article préc., p. 367). À condition néanmoins que les États récalcitrants admettent la codification de matières comme le droit international privé du divorce (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 734).

146. Ce débat révèle l'autre voie : celle d'une codification sectorielle selon les méthodes de résolution des conflits ou les matières en présence. Dans le premier cas, la codification pourrait concerner les règlements Rome I, II et III, pour les conflits de lois, et les règlements Bruxelles I refondu et II bis pour la compétence et la circulation des décisions et actes, par exemple. Dans le second cas, la codification pourrait porter sur une matière spécifique, comme les obligations et le droit patrimonial de la famille, ou plus largement sur tout un domaine du contentieux transfrontière, comme celui du recouvrement transfrontière de créances, où il existe une vraie concurrence entre les instruments européens (à propos, G. CERQUEIRA, La réduction progressive du domaine matériel du règlement Bruxelles I refondu : l'environnement normatif du nouveau règlement, *Rev. crit. DIP* 2016. 285). Les exemples pourraient se multiplier à loisir. L'action européenne, quant à elle, ne permettrait pas de dégager une tendance claire : si les instruments plus récents traitent ensemble les aspects de conflit de lois, de compétence internationale et de circulation de décisions, l'éventuelle action future en matière de sociétés ne devait concerner que le seul problème de la loi applicable. La Commission estime cependant que, « dans nombre de cas, la codification de certaines parties du droit de l'UE en vigueur, qui ont trait à la justice ou à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union dans le domaine de la justice, peut s'avérer bénéfique en offrant cohérence législative et clarté aux citoyens et aux utilisateurs du droit en général » (COM[2014] 144 final, préc., n^o 4.2). Mais loin d'être une solution exclusive, la codification sectorielle constituerait une alternative provisoire, un pas vers une codification globale du droit international privé européen à un stade ultérieur (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 724 s. — X. KRAMER *et alii*, étude préc., *passim*). L'option d'une codification sectorielle est surtout préconisée pour les principes généraux du droit international privé européen (pour son évocation en matière de coopération judiciaire : B. VILÀ et M. ATTAL, article préc., p. 248 s. — M.-L. NIBOYET, article préc., p. 293 s. — WILDERSPIN, article préc., p. 316). Plusieurs configurations sont envisagées. La codification pourrait prendre une forme globale et comprendre à la fois les principes généraux des conflits des lois et ceux de juridictions et de la circulation des décisions et des actes authentiques. Elle pourrait aussi être circonscrite à certaines matières, comme la matière civile et commerciale ou encore au droit de la famille. Elle pourrait enfin se limiter à chacune des méthodes de résolution de conflits, avec un code européen de principes généraux du conflit de lois et un code européen de principes généraux de la compétence et de la circulation des décisions et des actes authentiques (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 724 s. — J. BASEDOW, article préc., p. 10). Toutefois, cette forme de codification n'est évoquée qu'à propos du conflit de lois afin d'adopter un règlement « Rome 0 » (parmi une vaste littérature outre-Rhin : S. LEIBLE et H. UNBERATH [Hrsg.], *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung ? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, 2013, Sellier. — S. LEIBLE [Ed.], *General Principles of European Private International Law*, Kluwer Law International, 2016). De plus, cette proposition n'a que peu d'écho à l'échelle européenne (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 726 s.). L'approche est critiquable : « l'adoption d'un texte spécifique à la théorie générale risque en réalité de n'ajouter qu'un élément malvenu de complexité, sous la forme d'un texte inutilement abstrait et insuffisant en lui-même » (S. BARIATTI et E. PATAUT, article préc., p. 339). Aussi, le manque d'expérience consolidée dans la mise en œuvre de la plupart des instruments en vigueur remettrait en cause une telle démarche et justifierait son ajournement (J. BASEDOW, article préc., p. 10). À défaut d'une codification globale, la meilleure solution consisterait à insérer au sein de chacun des instruments en vigueur des dispositions de théorie générale, promouvant une mise en cohérence des textes (S. BARIATTI et E. PATAUT, article préc.,

p. 339). Plus généralement, la codification sectorielle présente l'inconvénient d'être souvent échelonnée et à contresens de la politique poursuivie. Source d'anomalies, elle se prêterait mal au traitement de notions de portée générale si elle portait sur des matières spécifiques (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 26).

147. *La structure du code : un choix aux enjeux multiples.* — La réflexion sur la structure du code est affectée par les exigences de cohérence et d'accessibilité des règles, ainsi que par des contraintes tenant à l'instabilité des règles du droit international privé européen (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 258). Quant aux exigences de cohérence et d'accessibilité, au moins quatre conséquences sont mises en avant. En premier lieu, l'objectif d'accessibilité réclame une codification aussi exhaustive que possible. En deuxième lieu, l'insertion d'une partie générale dans certaines parties spéciales du code assurerait une meilleure cohérence des normes, mais réduirait l'accessibilité pour les justiciables. En troisième lieu, l'objectif d'accessibilité favorise un regroupement des règles en sous-catégories par matières (par ex., regrouper toutes les règles relatives aux contrats), tandis que l'objectif de cohérence privilégie leur maintien dans le contexte normatif actuel (séparation entre conflit de lois et conflits de juridictions). En dernier lieu, l'articulation entre les différentes parties du code, par des renvois, peut contrevenir à l'objectif d'accessibilité (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 261).

148. Quant aux contraintes tenant à l'instabilité des règles du droit international privé européen, il faut tenir compte de la méthode législative de l'Union en ce domaine. Celle-ci provoque une double instabilité. D'abord, dans le temps : le droit international privé est un droit en construction et en évolution. Ensuite, dans l'espace : c'est un droit à géométrie variable. L'instabilité dans le temps emporte au moins trois conséquences sur la structure. D'abord, seule une structure fondée sur de grandes catégories ouvertes peut accueillir de nouveaux instruments sans demander un remaniement de la structure générale. Ensuite, la politique de révision périodique des textes tous les cinq ans, en principe, peut générer un risque d'évolution de la matière hors code. Pour l'éviter, il faut intégrer systématiquement et immédiatement dans le code toute révision ultérieure d'une règle codifiée. Enfin, la méthode de révision périodique repose la question de l'option entre un regroupement des règles en sous-catégories par matières et leur maintien dans le contexte normatif actuel. Dans ce cas, le choix devrait porter sur celle qui résisterait le mieux aux révisions ultérieures (*ibid.*, p. 262).

149. Au-delà de ces questions générales, la structure du code soulève de nombreuses questions d'ordre technique tenant au modèle retenu. Quatre sont communes à tous les modèles. La première concerne l'existence nécessaire des « dispositions communes » et des « dispositions transitoires et finales » (*idem*, p. 264). Un auteur propose des « définitions » au lieu des « dispositions communes » (T. RAUSCHER, article préc. 675). La deuxième, propre au droit européen, concerne les motifs : bien qu'obligatoires (Règles de technique législative à l'usage des services de la Commission, Bruxelles, 1985, point 5.1), la codification réclame une réflexion sur leur contenu en raison de la multiplicité des considérants introductifs figurant dans les règlements existants. La troisième porte sur le sort des annexes accompagnant ces règlements : indispensables au fonctionnement de certains textes, leur codification garantirait pleinement l'objectif d'accessibilité du droit (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 264. — FABRIÈS-LECEA, article préc., p. 385-386. — T. RAUSCHER, article préc. p. 676). Enfin se pose la question de la méthode de numérotation des articles,

dont l'importance est cruciale au regard de l'objectif d'accessibilité et de cohérence d'un code confronté à des évolutions législatives ultérieures (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 264. — T. RAUSCHER, article préc., p. 675-676).

150. D'autres questions relèvent de la structure retenue. Si la pertinence d'une partie générale semble généralement acquise — afin d'éviter les redondances et divergences, comme à propos du *renvoi* ou de la pluralité de nationalités —, il ne faut pas méconnaître les particularités des parties spéciales ; par exemple, le traitement à réserver au *renvoi* réclame une approche nécessairement différenciée, en distinguant la matière, l'élément de rattachement et le droit applicable (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 731). Aussi, il faudrait réserver dans la partie spéciale un traitement affiné de certains principes énoncés dans la partie générale (*ibid.*). Une disposition générale pourrait ainsi prévoir que le renvoi n'est admis que lorsqu'il est expressément prévu dans les dispositions spéciales ou lorsqu'il est nécessaire pour garantir l'harmonie des solutions.

151. Il existe différentes conceptions sur cette partie générale. Pour ceux qui sont favorables à la codification de la théorie générale du droit international privé (V. *supra*, n° 138), la partie générale serait le lieu naturel des dispositions concernant l'office du juge, l'application du droit étranger, le renvoi, la fraude, la clause d'exception, les lois de police, l'ordre public, entre autres. En revanche, pour ceux qui estiment qu'il est prématuré de parler d'une « théorie générale » du droit international privé européen, la partie générale devrait se limiter aux « dispositions communes » ou « générales », d'application combinée avec les règles des parties spéciales (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 265). Quelle que soit la conception retenue, le législateur devra choisir entre une approche minimaliste et une approche maximaliste du contenu de la partie générale. Selon S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, l'approche minimaliste reprendrait, à droit constant, toutes les règles communes à tous les instruments existants. L'approche maximaliste, plus ambitieuse, mettrait en cohérence l'acquis et opérerait des modifications nécessaires pour harmoniser des règles éparpillées ayant le même objet (*ibid.*). Quant à la structure de la partie spéciale, la liberté de conception est ample, notamment dans l'hypothèse d'une codification globale. En revanche, dans une perspective moins ambitieuse, la réflexion serait nécessairement conditionnée au caractère incomplet de l'acquis et à l'intensité variable de celui-ci au regard des domaines investis (V. *infra*, nos 164 s.). Quelle que soit l'ambition portée par le législateur, il a été proposé de définir la structure du code selon cette orientation : le marché intérieur dicte les entrées, l'ELSJ, les problèmes à traiter (S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc., p. 66-67).

ART. 2. — PRISE EN COMPTE DU PLURALISME DES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

152. *Multiplicité d'expression du pluralisme des sources ; existence d'une codification articulée et dynamique.* — Le pluralisme des sources s'exprime dans l'espace et dans le temps. Dans l'espace, différents corps de règles de conflit coexistent simultanément : le règlement Rome I, par exemple, cohabite avec des conventions internationales et des règles de conflit nationales. Dans le temps, le pluralisme se manifeste par différents corps de règles qui se succèdent. Ainsi, la loi applicable à un contrat de travail sera déterminée en fonction de la date de conclusion du contrat : les contrats conclus avant le 1^{er} avril 1991 demeurent soumis aux systèmes nationaux, alors que ceux conclus entre cette date et le 16 décembre 2009 sont régis par la Convention de Rome de 1980, et ceux conclus à partir du

17 décembre 2009, par le règlement Rome I. Ce cadre est encore enrichi d'une série de conventions internationales et des solutions nouvelles créées par la jurisprudence de la Cour de justice (par ex., CJUE 25 oct. 2011, *Hypotečníbanca*, aff. jointes C-509/09 et C-161/10. – CJUE 17 nov. 2011, aff. C-327/10. – *V. supra*, nos 99 s.). La géographie variable de l'ELSJ dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile accentue le pluralisme des sources en la matière. Quelle que soit l'ampleur de la codification, le pluralisme persistera. Cela réclame un code nécessairement articulé (*V. infra*, nos 153 s.) et adapté aux évolutions futures (*V. infra*, nos 160 s.).

§ 1^{er}. – Codification articulée

153. Articulations envisagées. — Dans l'espace européen, une codification articulée prend en considération la nature multidimensionnelle des sources du droit international privé. Le futur code européen de droit international privé doit alors s'articuler avec d'autres sources du droit européen, avec les sources internationales et avec le droit des États membres.

154. Au plan des sources européennes. — Diverses situations sont à considérer. La première concerne les solutions contenues dans les textes de droit dérivé couvrant une matière commune et qui ne seront pas codifiées. Dans ce cas, des références croisées (ex. : considérant n° 34 du Règl. Rome I à la Dir. n° 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOCE, n° L 18, 21 janv.) permettront une articulation nécessaire entre les textes pour éviter toute divergence dans leur interprétation (P. A. DE MIGUEL ASENSIO et J.-S. BERGÉ, article préc., p. 208). La deuxième est relative à la condition spéciale de certains États au sein de l'ELSJ. Dans l'hypothèse où l'Irlande et le Danemark refusent de participer à la codification, différentes articulations sont possibles. Les diverses parties du code devront préciser leur domaine d'application spatial, accommodant la situation particulière de ces pays. Dans les cas spécifiques des principes généraux, leur codification soulèverait des questions très intriquées. Certains auteurs soulignent que leur rédaction n'échapperait pas à la difficulté de concilier la position de ces pays, d'une part, et l'accessibilité et la lisibilité du code, d'autre part. En effet, la formulation générale des principes pourrait enfreindre la position de ces pays, alors qu'une formulation plus nuancée permettrait de mieux prendre en compte leur situation individuelle. Cette dernière approche semble être préférable, malgré son impact négatif sur l'accessibilité et la lisibilité du code (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 734. – R. WAGNER, *Do we need a Rome 0 Regulation ?*, NILR 61 [2014], p. 235 s.). La troisième situation concerne l'éventuelle résistance de certains États à un code unique. Une articulation avec le domaine de la coopération renforcée s'imposerait, quelle que soit la place faite par la codification aux textes adoptés dans le cadre de cette coopération – règlements Rome III, régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats. Si un code unique devait être privilégié, l'articulation consisterait à définir le domaine d'application spatial des règles issues de ces règlements (*V. supra*, n° 145). Si une pluralité de codes devait s'imposer, l'articulation pourrait impliquer des règles de renvoi entre les codes et des précisions quant à l'applicabilité des règles d'une éventuelle partie générale d'un code à celui relatif aux matières faisant l'objet d'une coopération renforcée. La dernière situation correspond à l'articulation du code avec les règles du droit européen qui interfèrent dans le raisonnement conflictuel et en conditionnent parfois les résultats. Ces règles sont celles relatives au fonctionnement du marché intérieur, à la citoyenneté européenne, au procès équitable, entre autres. La question est de savoir s'il faut établir une articulation explicite entre le code et le droit primaire. Pour certains auteurs, la démarche serait inopportune. D'une part, parce

que le droit européen est autosuffisant et apte à résoudre les problèmes existants, le rapport entre le code et les traités, la Charte, le marché intérieur et l'ELSJ peut reposer sur le droit européen sans la nécessité de dispositions spécifiques (P. A. DE MIGUEL ASENSIO et J.-S. BERGÉ, article préc., p. 210). D'autre part, c'est l'irréductibilité des deux matières (*V. supra*, nos 31 s.) qui justifie une telle solution : dès lors que le droit international privé ne peut absorber convenablement les questions propres au droit européen, le code de droit international privé européen ne serait pas légitime pour résoudre, à travers des dispositions spécifiques, les rapports entre règles et régimes contraignants liant l'ensemble du système de l'Union européenne (*ibid.*, p. 211. – Rapp. S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 267).

155. Articulation avec les sources internationales. — Au-delà des difficultés liées à l'articulation des compétences externes de l'Union et des États membres au stade de la conclusion des conventions de droit international privé, la perspective d'une codification globale repose la question de la détermination de la relation entre les règles européennes et ces conventions (A. BORRÁS, *La relation des textes de référence avec les textes internationaux*, in *La matière civile et commerciale...*, *op. cit.*, p. 141 s. – A. DE MIGUEL ASENSIO et J.-S. BERGÉ, article préc., p. 187 s.). À cet égard, il convient de distinguer les conventions conclues par l'Union de celles conclues par les États membres. Quant aux conventions conclues par l'Union, un principe de primauté des conventions sur le droit dérivé est établi à l'article 216-2 TFUE. Cette primauté s'entend à l'égard de l'Union aussi bien que des États membres. Parce que la codification ne saurait ignorer, ce principe devrait faire l'objet d'une disposition spécifique (A. DE MIGUEL ASENSIO et J.-S. BERGÉ, article préc., p. 198). L'importance de cette articulation tient à la participation accrue de l'Union dans la négociation et l'adoption des conventions internationales, notamment au sein des organisations internationales dont elle est membre. Dans ce contexte, certaines conventions sont intégrées dans l'ordre juridique européen pour compléter le régime purement européen, à l'instar du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires qui complète, dans le domaine du conflit de lois, le règlement obligations alimentaires (art. 15), alors que d'autres, comme la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, le sont pour permettre l'appréhension des situations concernant les États tiers dans le cadre d'un effort d'harmonisation universelle dans un domaine concerné.

156. Cependant, dans la perspective d'une codification articulée, les caractéristiques du droit international privé européen réclament l'adaptation de ce principe à deux titres. D'une part, la géographie variable de l'ELSJ conduit à relativiser sa portée. En effet, la position particulière de certains pays, comme le Danemark, évince son application (*V.*, par ex., l'art. 5 de l'Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale [JOUE, n° L 299, 16 nov. 2005, p. 62] ; *idem*, p. 198, note 34). D'autre part, des exceptions à l'applicabilité des conventions sont actuellement admises lorsqu'il s'agit des rapports purement intra-européens. Dans cette hypothèse, des clauses de déconnexion sont rédigées à la faveur des textes régionaux, comme l'illustrent l'art. 26-6 de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for ou encore l'article 64-1 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007. Cette exception concilie ainsi les compétences de l'Union pour conclure des conventions internationales dans le domaine du droit international privé avec l'applicabilité des règles européennes à certains rapports couverts par ces conventions, dans la mesure où ces rapports en sont déconnectés (A. DE MIGUEL ASENSIO et J.-S. BERGÉ, article préc., p. 199). L'élaboration des dispositions d'articulation

du code avec les conventions conclues par l'Union appelle ainsi une attention particulière pour accommoder les exceptions au principe de primauté des conventions. D'aucuns estiment que cela pourrait être l'occasion de repenser certaines articulations à l'origine d'une fragmentation des solutions au plan européen. C'est particulièrement le cas dans les domaines non investis, comme celui de la loi applicable aux obligations alimentaires, où le recours au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 a été préféré. Dès lors que le Royaume-Uni et le Danemark ne sont pas liés par ce protocole, une fragmentation des solutions demeure à l'intérieur de l'Union. On s'est demandé s'il est opportun de favoriser une telle fragmentation lorsqu'une convention n'a pas réussi à réaliser, au plan global, l'harmonie internationale de solutions recherchée (A. DE MIGUEL ASENSIO et J.-S. BERGÉ, article préc., p. 201-202. – Pour le *statu quo* : G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 730. – Sur la nécessité de faire face à cette question : A. BORRÁS, article préc., p. 154 s.).

157. Quant aux conventions conclues par les États membres, l'article 351 TFUE pose le principe du respect de leurs engagements internationaux. Ce principe est assorti d'une obligation pour ces États d'éliminer les incompatibilités entre les conventions et le droit de l'Union. Les règlements actuels concrétisent ce principe au regard des conventions conclues avant leur adoption (par ex., art. 71-1 du Règl. Bruxelles I refondu). Dans les rapports entre les États membres, en revanche, les règlements remplacent, dans les matières qu'ils couvrent, les conventions liant auparavant ces États (par ex., art. 69 du Règl. Bruxelles I refondu). Dans la perspective d'une codification articulée, le code pourra couvrir le même domaine appréhendé par les conventions. Aucune limite n'en résulterait, puisque tous les États membres ne sont pas parties aux mêmes traités (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 730). Cependant, la reprise de certaines règles actuelles d'articulation ne saurait négliger l'apport jurisprudentiel les concernant. D'abord, l'application supplémentaire des dispositions d'un règlement couvrant la même matière est admise dans les cas non réglés par la convention (CJCE 6 déc. 1994, aff. C-406/92, *The Ship Tatry*, Rec. I-5439, concl. G. Tesaurò, points 22 à 28). Ensuite, l'application de ces conventions ne saurait porter atteinte aux principes qui sous-tendent la coopération judiciaire en matière civile et commerciale au sein de l'Union (CJUE 4 mai 2010, aff. C-533/08, *TNT Express Nederland*, point 49). La logique d'adaptation du principe de la primauté des conventions devrait également concerner la tendance, exprimée dans certains règlements, consistant à donner primauté aux règles européennes dans les rapports entre les États membres (Règl. Bruxelles II bis, art. 60. – Règl. obligations alimentaires, art. 69-2 ; en ce sens, A. DE MIGUEL ASENSIO et J.-S. BERGÉ, article préc., p. 204).

158. Comme à propos de certaines conventions conclues par l'Union, il est estimé que la codification constitue l'opportunité de dénoncer certaines conventions pour accroître l'unification des régimes au sein de l'Union, à l'instar de la matière délictuelle (*idem.*, p. 204-205). Quoi qu'il en soit, le code doit s'intégrer dans son environnement normatif, qui est aujourd'hui richement composé. Alors que l'articulation n'est envisagée qu'à l'égard des textes contraignants, la question se posera de la place à accorder aux instruments de droit souple. Cette question sera d'autant plus prégnante que ces instruments ne se limitent plus à établir des règles matérielles uniformes, mais proposent des microsystèmes de conflits de lois, comme les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux de 2015, ou de procédure civile internationale, comme les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale de 2004. Une réflexion sur la place de ces instruments au regard du futur code reposera nécessairement la question de la réforme

de l'article 3 du règlement Rome I pour permettre le choix éventuel des normes matérielles souples en matière contractuelle. Toujours au plan international, certaines articulations s'imposent par l'exclusion pure et simple des matières relevant nécessairement du domaine conventionnel, comme les privilèges et immunités dont jouissent les États ou les organisations internationales. Une telle solution trouverait la faveur des auteurs (I. RUEDA, article préc., p. 236. – P. LAGARDE, *En guise de synthèse*, article préc., p. 371), sauf en cas de violation des Droits l'homme où l'admission de fors exorbitants est préconisée (H. MUIR WATT et E. PATAUT, article préc., n^{os} 21 s.).

159. Articulation avec le droit des États membres. — Cette articulation doit être organisée dans les situations non couvertes par la règle européenne. La première articulation concernera les matières et les méthodes de résolution des conflits non codifiées. Deux modalités antagoniques d'articulation sont envisageables. Il pourrait s'agir d'une règle générale de renvoi aux dispositions nationales, assortie d'une règle d'assimilation des résidents ou des personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre aux nationaux de cet État (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 267, qui préconisent toutefois cette assimilation aux seuls ressortissants d'un autre État membre). Cette règle serait complétée, dans les parties spéciales, par les dérogations existant actuellement dans certains instruments, comme celle prévue à l'article 6 du règlement obligations alimentaires (*ibid.*). Il pourrait, à l'inverse, s'agir d'une règle générale d'exclusion de toute compétence au droit national, à laquelle il serait ponctuellement dérogé dans les parties spéciales du code (*ibid.*). Quoi qu'il en soit, la définition des situations réclamant une telle articulation dépendra d'un certain nombre de choix, dont celui d'accorder ou pas un « caractère universel » au régime européen des compétences juridictionnelles ou de reconnaissance et d'exécution lors de la codification. La seconde articulation portera sur les situations où le retour au droit interne sera nécessaire au bon fonctionnement des règles codifiées. Le domaine de coopération judiciaire et de la procédure – notamment dans les règlements sur les procédures simplifiées – est particulièrement visé. Les renvois devraient être soigneusement maintenus en l'absence des nouvelles règles européennes en la matière (B. VILÀ et M. ATTAL, article préc., p. 237 s. – Rapp. S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 267).

§ 2. – Codification dynamique

160. Facteurs inéluctables d'évolution du code. — Même globale, la codification du droit international privé européen ne pourrait prétendre à l'exhaustivité et à la complétude (S. POILLOT-PERUZETTO, *La priorité...*, article préc., p. 66). Elle doit donc être dynamique. D'abord, elle ne saurait ignorer le caractère évolutif de l'ELSJ. Les programmes de la Commission révèlent le souhait de compléter les normes européennes non seulement dans les domaines déjà investis, mais aussi dans ceux encore vierges. Si la codification apparaît comme une opportunité pour combler les lacunes actuelles du droit international privé européen, certaines persisteront. Ce sera particulièrement le cas des matières où il est difficile de parvenir à un consensus, notamment quant à la loi applicable, à l'instar des droits de la personnalité, de la représentation ou encore des sociétés (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 730). Ainsi, l'europanisation du droit international privé continuera. Il s'agit de favoriser l'absorption par le code de l'évolution législative afin d'éviter toute nouvelle fragmentation des sources. L'articulation pourra alors se faire en adoptant une architecture apte à accueillir, sans bouleversement, de nouveaux régimes.

161. Ensuite, l'activité jurisprudentielle qui suivra le code sera tout aussi riche en la matière qu'elle l'est aujourd'hui (V. *supra*, n^{os} 86 s.). Elle mettra en évidence les éventuelles déficiences et

lacunes du texte et apportera des précisions complémentaires, notamment au plan des concepts (A. MARMISSE-D'ABADDIE D'ARRAST, article préc. p. 324 s.). Comme dans le contexte national, une pression jurisprudentielle sur l'évolution du futur code est à envisager soit pour en confirmer les solutions, en les codifiant, soit pour les rectifier. Avec cependant cette difficulté par rapport aux codifications nationales : à l'échelle européenne, la jurisprudence européenne est formée tant par la Cour de justice que par les milliers de juges et tribunaux nationaux (J. MEEUSEN, article préc., p. 69 s.). Cette évolution sera facilitée par l'existence d'une clause de révision périodique du code et par l'amélioration du cadre institutionnel de l'Union pour le droit international privé (V. *infra*, n° 182).

162. En effet, et enfin, la codification devrait intégrer la politique européenne d'évaluation périodique des textes. Mis à l'épreuve du temps, le code aura alors vocation à évoluer périodiquement. Ce sera particulièrement le cas à propos des annexes qui font souvent l'objet de modifications dans certaines matières comme la procédure d'insolvabilité (E. FABRIÈS-LECEA, article préc., p. 386). Son rajeunissement par les apports de la jurisprudence et de la pratique rendra le processus de codification dynamique, comme le sont le marché intérieur et l'ELSJ.

ART. 3. – ÉTAT DES PROPOSITIONS

163. Du débat sur la codification du droit international privé européen ressortent plusieurs propositions tenant aussi bien à la structure du code (V. *infra*, n°s 164 s.) qu'aux solutions de fond (V. *infra*, n°s 171 s.).

§ 1^{er}. – Propositions tenant à la structure du code

164. *Points communs à tous les modèles susceptibles d'être retenus.* — Concernant les considérants, ils sont obligatoires en raison de leur importance justificative (Règles de technique législative à l'usage des services de la Commission, Bruxelles, 1985, points 5.1 et 5.2). Certains auteurs suggèrent une reformulation plutôt qu'une reproduction des considérants des règlements actuels. Ce serait l'occasion d'exposer les grands principes du code. Seulement, cette approche a pour inconvénient de ne plus disposer d'endroit pour présenter les différents motifs ayant conduit à l'adoption de chacun des instruments actuels (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 264. – E. FABRIÈS-LECEA, article préc., p. 385-386. – P. LAGARDE, En guise de synthèse, article préc., p. 367-368). Quant aux annexes, elles seraient reproduites à la fin du code, selon le même plan adopté pour la partie normative du code (*ibid.*). Concernant la numérotation des articles, le modèle de la Commission de codification française est préconisé afin de permettre l'intégration de nouvelles dispositions sans bouleverser l'intégralité des numérotations (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 264. – P. LAGARDE, En guise de synthèse, article préc., p. 368). Cette solution implique, cependant, de restreindre la division habituelle des codes à neuf, en raison de la numérotation décimale des articles (un article figurant dans le chapitre IV du titre V du livre II portera un numéro commençant par 254, chaque chiffre correspondant à une subdivision, suivi éventuellement d'un tiret et d'une numérotation séquentielle ; ainsi, la cinquième disposition au sein du chapitre IV portera le numéro 2545 ou 254-5) (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 265). Cette solution est également prônée outre-Rhin (T. RAUSCHER, article préc., 673).

165. *La partie générale.* — La conception retenue par les auteurs français semble être celle de se limiter aux « dispositions communes ». Deux approches sont concevables. Dans une approche minimaliste, à droit constant, les règles communes à

tous les instruments existants seraient regroupées en deux chapitres : l'un dédié à la compétence et à l'efficacité internationale des décisions, l'autre, à la loi applicable. Le premier comporterait des dispositions sur les demandes reconventionnelles, la litispendance, la connexité, la date de la saisine d'une juridiction, la vérification de la compétence (assortie de dérogations dans les parties spéciales), les vérifications de recevabilité en cas de non-comparution, la reconnaissance de plein droit des décisions prononcées dans un autre État membre et l'interdiction de révision au fond. Le second contiendrait des dispositions sur le caractère universel de la règle de conflit, l'exclusion du renvoi (assortie des dérogations dans les parties spéciales), l'exception d'ordre public et les systèmes non unifiés (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 267 s.). Si l'approche maximaliste devait l'emporter, la partie générale pourrait contenir cinq chapitres. Le premier regrouperait les définitions communes à différents instruments (certaines méritant de figurer dans les parties spéciales). Le deuxième réglerait les rapports de système (droit de l'Union, traités, droits internes). Le troisième énoncerait les règles de compétence (y compris dérivées et sur les mesures provisoires) et de procédure (signification et notification des actes, frais, légalisation, traduction, obtention de preuves ; *contra* : B. VILÀ et M. ATTAL, article préc., p. 249), précédées des principes fondamentaux. Le quatrième porterait sur la loi applicable, la qualification, les lois de police et les systèmes non unifiés (la clause d'exception étant reléguée aux parties spéciales). Le dernier chapitre régirait la reconnaissance des décisions (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 267-269). Dans un « Embryon » de code unique, P. LAGARDE propose une partie générale comportant quatre chapitres. Le premier contient les « dispositions préliminaires », les trois chapitres correspondant au triptyque : compétence-loi applicable-efet des décisions (en guise de synthèse, article préc., p. 367 s.).

166. *La partie spéciale.* — Quant à cette partie, la liberté de conception est ample. Dans la perspective d'une compilation restructurée, les auteurs proposent leur répartition en deux grands blocs : d'un côté, les règles relatives aux obligations, biens et entreprises et, de l'autre, les règles relatives aux personnes et à la famille. Cette partition se justifie dans la mesure où la catégorie générale obligations, biens et entreprises renferme une unité thématique directement liée au marché intérieur, ce qui donne à cet ensemble une certaine cohérence par rapport aux règles relatives aux personnes et à la famille, davantage liées à la citoyenneté européenne. Aussi, la partition proposée faciliterait l'intégration ultérieure des nouvelles matières (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 271).

167. *Le bloc « obligations, biens et entreprises ».* — Concernant ce premier bloc, deux structures sont concevables. La première retient la distinction entre conflits de juridiction et conflits de lois. Adaptée à la triade Bruxelles I refondu-Rome I-Rome II, elle conviendrait peu aux procédures d'insolvabilité. Une seconde structure fondée sur la distinction entre les obligations et les biens d'un côté, et l'entreprise de l'autre est alors privilégiée. Pour chacune de ces matières, une option s'ouvre. Pour les obligations et les biens, l'option consiste à garder la distinction entre les méthodes conflictuelles ou à retenir une répartition selon la logique partie générale-partie spéciale. Cette dernière ferait ressortir des dispositions communes aux trois règlements qui, à défaut d'être suffisamment généralisées pour intégrer la partie générale du code, composeraient une partie générale dans cette partie spéciale. Elle serait suivie d'une partie encore plus spéciale, ordonnée par des matières constituant des sous-catégories regroupant, pour chacune, les règles de conflit de juridictions et des conflits de lois. Au sein des obligations contractuelles, par exemple, il y aurait une section sur le champ d'application, suivie d'une section sur les contrats en général et d'une section sur les contrats spéciaux (trust, contrats d'assurance, contrats

de consommation, contrats de travail). À l'intérieur figureraient des règles de compétence juridictionnelle et des règles sur la loi applicable issues des règlements Bruxelles I refondu et Rome I, auxquelles s'ajouteraient opportunément les règles spécifiques figurant dans certaines directives. Sophistiquée, cette formule présenterait quelques inconvénients. D'abord, elle implique de découper les instruments actuels, dont le résultat est une perte de vue d'ensemble des règles applicables. Ensuite, elle réclame l'utilisation des renvois pour garantir la cohérence entre les dispositions, au prix d'un maniement difficile du code. Enfin, elle est moins adaptée à la réception des certaines dispositions héritées du découpage, comme les règles de compétence en matière de trust et en matière maritime. Dès lors, une structure plus simple et préférable garderait la distinction entre les méthodes conflictuelles. Un chapitre dédié au champ d'application serait suivi d'un chapitre consacré aux règles de compétence, de procédure et de circulation de décisions, au sein duquel seraient regroupés le règlement Bruxelles I refondu et ses satellites. Un dernier chapitre porterait sur la loi applicable et serait divisé selon les sources de l'obligation, chaque section reprenant les dispositions des règlements Rome I et Rome II. Cette structure permettrait de conserver la cohérence interne des règlements codifiés sans découpage des règlements antérieurs en différents éléments (*idem*, p. 272 à 274).

168. Concernant les entreprises, l'option consiste à étendre la codification au-delà des procédures d'insolvabilité ou de la limiter à cette matière. La proposition retient une avancée prudente. Un premier chapitre dédié à la procédure d'insolvabilité contiendrait les règles du règlement insolvabilité, des dispositions visant les demandes se situant à cheval entre ce règlement et le règlement Bruxelles I refondu et, peut-être, les règles issues de différents règlements et directives visant certaines entreprises (assurances, établissements de crédits, etc.). Un second chapitre voué aux personnes morales codifierait les principes en matière de transfert du siège, d'exploitation d'une succursale, de fusion et de scission transfrontières. Il conviendrait d'être prudent à propos de la codification des solutions jurisprudentielles relatives à la circulation des sociétés et à la loi applicable aux personnes morales (*idem*, p. 277).

169. Le bloc « personnes et famille ». — Pour ce qui est de ce second bloc, une structure tripartite se limiterait à accueillir les instruments actuels. Le premier titre serait voué à la matière matrimoniale (divorce, régimes matrimoniaux et régimes patrimoniaux) et à la responsabilité parentale. Il contiendrait deux chapitres régissant le conflit de juridictions et la loi applicable, respectivement. Le deuxième titre porterait sur les obligations alimentaires, alors que le troisième traiterait des successions (S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 278). Cette structure accessible retient une approche élargie de la catégorie « personnes et famille », dans laquelle peuvent être inclus les règlements relevant de la coopération renforcée, dont le champ d'application peut être aisément défini par des techniques proches de celle de la réserve du droit conventionnel. L'absence d'un volet statut personnel montre la préférence des auteurs pour une règle de renvoi au préambule ou au TUE pour régler les questions sur la double nationalité (*idem*, p. 277-279).

170. Les perspectives Outre-Rhin. — En Allemagne, la structure d'un code unique et global a été proposée par T. RAUSCHER (article préc., p. 675-676). Le code comporterait sept chapitres et des annexes. Le premier serait réservé aux définitions. Le deuxième chapitre régirait la compétence juridictionnelle, alors que le troisième traiterait de la procédure (règles européennes), le quatrième de la reconnaissance des décisions, des transactions et des actes authentiques, et le cinquième, de leur exécution. Le sixième chapitre traiterait de la loi applicable dans toutes

les matières, y compris en droit des personnes (physiques et morales), en droit de la famille et en droit des biens ; il serait doté d'une sous-partie relative à la théorie générale du conflit de lois. Le septième chapitre contiendrait les dispositions finales. Cette structure suit les grandes étapes du raisonnement conflictuel où les questions de compétence, voire de procédure précèdent, le plus souvent, celles liées à la loi applicable.

§ 2. – Propositions tenant aux solutions de fond

171. *Éléments d'une partie générale.* — L'« Embryon » de code proposé par P. LAGARDE (en guise de synthèse, article préc.) contient 24 dispositions générales distribuées dans quatre chapitres. Le chapitre préliminaire définit les champs d'application matériel et spatial du code. Il offre une liste de définitions et une règle sur la loi applicable à la nationalité et sur le conflit de nationalités. Des solutions innovantes sont proposées. Dans le domaine d'application, le code s'étendrait à la reconnaissance des situations, avec une ouverture possible aux situations constituées dans un État tiers (art. 111), et poserait le principe de primauté du règlement sur les conventions liant antérieurement les États membres (art. 112). En matière de nationalité, outre l'introduction d'une règle de conflit de lois sur la détermination de la nationalité des personnes physiques (compétence de la loi de l'État dont la nationalité est en cause), l'article 114 retient un système unifié des solutions des conflits de nationalité en cas de nationalité d'un État tiers d'un citoyen européen (la citoyenneté européenne est retenue pour la jouissance des droits et pour déterminer la compétence juridictionnelle) et en cas de nationalité de plusieurs États membres (placés sur un pied d'égalité pour déterminer la compétence juridictionnelle).

172. Le chapitre « compétence judiciaire » retient une règle claire sur l'immunité de juridictions des États et des organisations (art. 121), qui pourrait admettre des fors exorbitants en cas d'action en réparation pour atteinte aux Droits de l'homme. L'universalité des règles de compétence est affirmée comme principe (art. 122). Il contient des dispositions communes sur la vérification de sa compétence par le tribunal saisi, sur la litispendance et sur la connexité (art. 123 à 126). Enfin, il formule le principe de l'application subsidiaire du droit du for pour les questions de procédure non réglées par le droit de l'Union, dans le respect de l'effet utile des dispositions de ce dernier (art. 127).

173. Le chapitre « conflit de lois » retient une approche universelle des situations et du droit applicable (art. 131 et 132). Aussi, il réglemente de façon inédite l'office du juge et le rôle des parties dans l'établissement du contenu du droit étranger, ainsi que l'accord procédural et la compétence subsidiaire du droit du for en cas d'impossibilité manifeste d'établir le contenu du droit étranger (art. 133). Le renvoi est admis à moins qu'il n'aille à l'encontre du sens de la règle de conflit (art. 134). L'exception d'ordre public a son contenu enrichi des droits fondamentaux et conditionné à l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique du for (art. 135). Le jeu des lois de police (art. 136) et d'une clause d'exception fondée sur la proximité (art. 137) est également prévu.

174. Le dernier chapitre est dédié à la reconnaissance des décisions et des situations. Il ne touche pas à l'exécution, dont le régime varie d'un règlement à l'autre. Les articles 141 à 144 reprennent les règles sur la reconnaissance des décisions communes à plusieurs règlements, dont celles consacrant la reconnaissance de plein droit des décisions rendues dans un État membre et l'interdiction de révision au fond. La reconnaissance des situations est régie par les deux dernières dispositions de l'Embryon. L'art. 145 pose le principe de la reconnaissance d'une situation juridique valablement constituée dans un État

membre et formalisée dans un acte public, quelle que soit la loi applicable à sa constitution. L'art. 146 énonce les motifs (non exhaustifs) de non-reconnaissance d'une situation par l'État membre requis (situation manifestement contraire à l'ordre public de cet État ; absence totale de lien entre l'État en conformité de la loi duquel la situation a été créée et l'État de la résidence ou de la nationalité des personnes concernées).

175. Dépassement d'incohérences. — Deux mesures complémentaires sont proposées pour assurer l'harmonie et la cohésion entre les règles, d'une part, et la sécurité juridique, d'autre part. La première consiste à ériger l'autonomie des concepts en principe directeur. La seconde consiste à poser une liste de définitions légales, dans laquelle figureraient notamment celles éprouvées (A. MARMISSE-D'ABADDIE D'ARRAST, article préc. p. 320 s. — T. RAUSCHER, article préc., p. 673. — S. CORNELOUP et C. NOURISSAT, article préc., p. 266, en excluent cependant les notions correspondant à des catégories de rattachement pour garantir des marges aux juges).

176. Métamorphoses des systèmes de rattachement. — Pour un auteur, le découplage du droit international privé du marché intérieur et l'ouverture de l'ELSJ aux traditions juridiques nationales, opérés par le traité de Lisbonne, offrent l'occasion de retourner aux solutions classiques et neutres, fondées sur l'équivalence des ordres juridiques. Il s'agirait d'admettre la dématérialisation de la règle de conflit de lois et la mise en jeu plus fréquente des clauses d'exception (M.-Ph. WELLER, article préc., p. 333 s.). Toujours en matière contractuelle, on s'est demandé si le rattachement à la résidence habituelle d'une des parties à un contrat — qui est devenu, en l'absence de choix de loi, le rattachement principal de désignation de la loi applicable dans les règles spécifiques de l'article 4 du règlement Rome I — exprime un lien approprié pour toute sorte de contrat, et s'il n'aurait pas fallu donner plus de poids à d'autres éléments de la relation contractuelle, comme le lieu de stipulation ou celui d'exécution du contrat (F. POCAR, Quelques réflexions sur le choix des sous-catégories et des éléments de rattachement dans les textes de référence, *in* La matière civile et commerciale, ... p. 69-76). Dans le but de lutter contre les confusions, les fraudes à la loi et les discriminations existantes dans l'Union entre les ressortissants des États membres et les ressortissants des États tiers, un auteur suggère l'abandon pur et simple de la nationalité comme critère de rattachement et d'ancrer la citoyenneté européenne dans la résidence habituelle. Ce serait la seule manière de concrétiser le principe de non-discrimination et celui de traitement égal sur lesquels le droit européen s'est bâti (C. KESSEDIAN, article préc., *passim*). Cette métamorphose pourrait se conclure par l'universalisation complète des règles de compétence judiciaire et d'effet des décisions, pour toute situation externe présentant un rattachement avec l'Union (M. FALLON, Le domaine spatial d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 167 s.).

177. Place au droit souple. — Au plan des sources, certains auteurs estiment que le code devrait faire une place à la *soft law* narrative : celle qui explique la genèse des règles retenues, leur interdépendance, leur sens, leur objectif (S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc., p. 65-66. — A. MAC ELEAVY FIORINI, article préc., p. 46). Toutes les modalités sont envisageables (considérants, *reporter's & commentaries* des *restatements*, rapports explicatifs accompagnant une convention internationale, guide pratique ou de question-réponse). Outre son utilité pour les juges et les justiciables, la mesure permettrait d'intégrer les dispositions de droit international privé actuellement contenues dans les actes d'unification matérielle (A. MAC ELEAVY FIORINI, article préc., p. 47, note 85. — Rapp. G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 746).

178. Propositions novatrices au plan de la procédure. — Afin de sanctionner l'abus processuel et de garantir l'effet utile des dispositions européennes, un auteur estime que le code devrait libérer, dans le respect des droits processuels fondamentaux, le jeu des injonctions de ne pas poursuivre, des exceptions d'abus de droit et des actions en responsabilité pour *forum shopping* abusif (M.-L., NIBOYET, article préc., p. 286 s., qui préconise une rupture avec la jurisprudence Turner. — CJCE 27 avr. 2004, aff. C-159/02).

179. Concernant les mesures provisoires rendues par un juge non compétent au fond, ce même auteur préconise une règle générale édictant leur caducité dès que le juge du fond s'est prononcé. Le but est d'éliminer la possibilité pour une partie perdante de tenter d'obtenir du juge des référés d'un autre État membre une mesure provisoire afin de s'opposer à l'exécution du jugement de fond (*idem*, p. 291-292).

180. En matière d'autorité de la chose jugée (autorité positive), des règles matérielles fixant le moment auquel se produit la force de chose jugée des décisions sont réclamées. Leur utilité se mesure par le dépeçage juridictionnel dont peut faire l'objet un même litige, comme en matière de divorce. Quant à la portée de l'autorité négative de la chose jugée (obstacle au renouvellement du procès), l'adoption d'un régime fondé sur les notions d'objet et de cause du litige, telles que définies par la Cour de justice en matière de litispendance, est également préconisée (*idem*, p. 292-293).

ART. 4. — PERSPECTIVES

181. La codification offre des perspectives d'amélioration du cadre institutionnel de l'Union pour le droit international privé européen (V. *infra*, n° 182) et de construction d'une théorie générale de ce nouveau droit (V. *infra*, nos 183 s.).

§ 1^{er}. — Amélioration du cadre institutionnel de l'Union

182. Améliorations attendues. — Une première évolution pourrait résulter de la méthode retenue : une codification globale permettrait une plus grande coordination des services concernés pour éviter les anomalies législatives pouvant dériver de la nature transversale du droit international privé et de la répartition sectorielle des matières entre les diverses directions de l'administration européenne (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 27). Une deuxième amélioration impliquerait des mesures plus globales. Pour un auteur, ce serait l'occasion de promouvoir la spécialisation des tribunaux tant au plan européen qu'au niveau national et de créer un *Acquis Group* pour le droit international privé européen (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 744 s.). À ce dernier égard, l'Union pourrait s'appuyer davantage sur l'expertise du Groupe européen de droit international privé, dont les travaux ont déjà servi de base à l'élaboration de plusieurs actes européens de droit international privé (M. FALLON *et alii* [dir.], *in* Le droit international privé européen en construction — Vingt ans de travaux du GEDIP, *op. cit.*). Une troisième évolution pourrait résulter des règles sur l'application du droit étranger. Afin de faciliter leur mise en œuvre, le code pourrait instituer une procédure préjudicielle entre les tribunaux des États membres. Il s'agirait d'autoriser le for saisi à adresser une question d'interprétation du droit national à la cour supérieure de l'État membre d'origine de la norme (G. RÜHL et J. VON HEIN, article préc., p. 749). Une telle procédure serait particulièrement utile lorsque la constitutionnalité, voire la conventionnalité de la norme étrangère désignée est débattue dans le for saisi (G. CERQUEIRA et N. NORD [dir.], Le droit étranger face à la hiérarchie des normes

– Le contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité de la norme étrangère, Société de législation comparée, 2017, à paraître). D'autres évolutions pourraient découler d'une mise à profit de l'environnement technologique et des réseaux universitaires européens. Il s'agirait d'intégrer la *soft law* dans le code par des liens figurant sur support informatique. Il en irait *a fortiori* de même pour la jurisprudence de la Cour de justice et des tribunaux nationaux, voire pour la doctrine répertoriée sur chaque question (S. POILLOT-PERUZZETTO, La priorité..., article préc., p. 66). Par ailleurs, l'existence de deux grandes bases de données jurisprudentielles en ligne sur le droit international privé européen (EUpillar [https://w3.abdn.ac.uk/clsm/eupillar/#/home] et lynxlex [http://www.lynxlex.com]) permettra de mieux connaître les évolutions susceptibles d'être codifiées lors des révisions futures du code (V. *supra*, n^{os} 161 s.).

§ 2. – Contribution à une théorie générale du droit international privé européen

183. Perspectives fonctionnelles et méthodologiques. — Dans la mesure où les débats sur la codification ont une dimension largement prospective, il serait prématuré d'évaluer la contribution de la codification à la construction d'une théorie générale du droit international privé européen. Quelques perspectives peuvent néanmoins être avancées. Fonctionnellement, le droit international privé européen pourrait être définitivement projeté par la codification comme un droit de protection des intérêts unilatéraux de l'ordre juridique européen. En achevant l'europanisation du droit international privé, la codification renforcerait une approche européenne unilatérale du traitement des conflits entre systèmes juridiques en garantissant l'applicabilité tant du droit matériel dérivé que du droit matériel des pays européens (M. FALLON, Les conditions d'un code européen de droit international privé, article préc., p. 18 s.). C'est la dimension politique de la codification qui porterait à considérer le droit international privé européen moins comme un droit uniforme que comme un « droit unilatéral des relations privées internationales ». Dès lors, la codification pourrait trancher avec les réticences d'universalisation des solutions et couvrir également les relations avec des pays tiers dans la mesure où elles affectent l'espace européen (*idem*, p. 32). Le droit international privé européen émergerait alors comme un « système portant de manière unilatérale les intérêts de l'ordre juridique auquel il appartient » (*idem*, p. 34 ; favorable à une telle approche : A. BONOMI, *European Private International Law and Third States*, IPRax 2 (2017), p. 184 s.). Une telle approche affecterait sans doute la manière dont l'Union participerait à l'élaboration des conventions de droit international privé au sein des organisations internationales, comme la Conférence de La Haye. Le risque d'accentuation de l'eurocentrisme jadis souligné sera

certain (G. CERQUEIRA, La Conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des organisations régionales d'intégration économique, RDUE 2007-4, p. 761 s. – V. en dernier lieu : J. BASEDOW, *EU-Kollisionsrecht und Haager Konferenz – Ein schwieriges Verhältnis*, IPRax 2 (2017), p. 194 s.). Méthodologiquement, les apports peuvent être nombreux. Par exemple, si la reconnaissance des situations constituées dans les États tiers est consacrée, elle éliminerait à ce stade la question du conflit de lois et déplacerait le problème sur le terrain de la compétence (P. LAGARDE, En guise de synthèse, article préc., p. 368). La place du conflit de lois dans la codification pourrait alors être sensiblement réduite au profit des règles de compétence directe. Aussi, la codification pourrait consolider ou repenser la modulation jurisprudentielle actuelle de l'exception de l'ordre public selon la nature interne ou externe à l'Union des rapports en cause. Elle pourrait encore être l'occasion de définir la place de l'autonomie de la volonté – plus au moins pressentie dans les arrêts *García Avelo* (CJCE 2 oct. 2003, préc.) et *Grukin & Paul* (CJCE 14 oct. 2008, préc.) – dans un futur droit international privé européen du statut personnel.

184. Impossibilité d'une approche globale de l'apport de la codification. — Toujours est-il que l'apport de la codification sera à mesurer sur chacun des problèmes de la théorie générale du droit international privé, une approche globale étant impossible à ce stade (S. BARIATTI et E. PATAUT, article préc., p. 342). Cela d'autant plus que les questions concernant l'office du juge, la qualification, le renvoi, l'ordre public, les questions préalables, les lois de police, la reconnaissance, la nationalité, la condition juridique de l'étranger, entre autres, n'ont jamais fait l'objet d'une analyse systématique de la part du législateur européen ; le droit international privé européen a été conçu comme un droit tourné vers l'efficacité et dépourvu d'un quelconque *a priori* théorique (S. FRANCO, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé, *op. cit.*, 48-49). Dès lors, la codification pourrait offrir une très belle occasion pour théoriser, à l'échelle européenne, le droit international privé européen dans sa globalité (T. AZZI et O. BOSKOVIC [dir.], Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun, *op. cit.*, *passim*. – C. HEINZE, *Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen internationalen Privatrecht*, in *Die Richtig Ordnung – Festschrift Fur Jan Kropholler Zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2008, Mohr Siebeck, p. 105 s. – H. J. SONNENBERGER, *Randbemerkung zum Allgemeinen Teil eines europäisierten IPR*, in *Die Richtig Ordnung*, *op. cit.*, p. 227 s.) et pour ne plus retarder le traitement des interrogations fondamentales de cette rencontre – souvent fortuite – du droit européen avec le droit international privé.

INDEX ALPHABÉTIQUE

- Approche historique, 3 s.
- conventions fermées, 5
- Cour de justice, 9 s.
- europanisation, 16 s.
- jurisprudence interprétative, 13
- règlements (place des), 11 s.
- système européen (affirmation), 15
- textes dérivés (éparpillement), 7 s.
- Base juridique de la codification, 115 s.
- citoyenneté européenne, 117
- clause horizontale, 117
- coopération renforcée, 117
- espace de liberté, de sécurité et de justice, 115
- marché intérieur, 116
- Codification, 112 s.
- Codification articulée, 153 s.
- droit des États membres, 159
- sources européennes, 154
- sources internationales, 155
- Codification dynamique, 160 s.
- Compétence externe, 25 s.
- enchevêtrement des compétences, 26
- préemption des compétences nationales externes, 27 s.
- Compétences internes, 20 s.
- base juridique, 21
- données institutionnelles, 21 s.
- données matérielles, 23 s.
- traités (évolution), 22
- Coopération préjudicielle, 64 s.
- contraintes d'interprétation, 66 s.
- interprétation autonome, 78 s.
- juge national, 81 s.
- méthode comparative, 77
- méthode littérale et historique, 71 s.
- méthode systémique et téléologique, 74 s.
- Cour de justice (rôle), 86 s.
- approche fonctionnelle des rattachements, 92 s.
- citoyenneté européenne, 107
- création, 99 s.
- exécution transfrontière, 104 : ordre public, 104
- liberté d'établissement, 101

- lois de police étatiques, 95 s. :
 - identification, 96 ; mise en œuvre, 97
- objectifs substantiels, 109 s.
- qualification, 88 s.
- reconnaissance mutuelle, 100 s.
- Domaine matériel du code**, 137 s.
- Domaine spatial du code**, 134 s.
- Juge du droit international privé européen**, 63 s.
- Méthodes**, 30 s.
 - cohabitation, 32
 - droit européen (développement), 33 s.
 - droit international privé (constructions), 35 s.
 - équivalence, 43 s.
 - espace commun européen, 49
- méthode de la double approche, 37 s.
- méthodes du droit international privé, 50 s. *V. Méthodes du droit international privé*
- reconnaissance mutuelle, 49
- relation triangulaire, 45 s.
- retour à l'unilatéralisme, 42
- uniformité du droit européen, 40 s.
- Méthodes du droit international privé**, 50 s.
 - droit de la condition des étrangers, 52
 - droit des conflits de juridictions, 54
 - droit des conflits de lois, 53
 - droit européen des activités, 56 s.
 - droit international privé des actes, 56 s.
- droit de la reconnaissance, 55
- lois de police européennes, 58 s.
- lois de police nationales, 58 s.
- ordre public européen, 58 s.
- ordre public national, 58 s.
- Modèle du code**, 141 s.
 - forme, 144 s.
 - structure, 147 s.
 - typologie, 142 s.
- Motivation de la codification**, 121 s.
 - codification correctrice, 121
 - comblement des lacunes, 124
 - concision des régimes, 123
 - droit fragmenté, 122
- Perspectives**, 181 s.
 - cadre institutionnel de l'UE, 182 s.
- théorie générale du droit international privé européen, 183 s.
- Principes de la codification**, 127 s.
 - fond, 129
 - forme, 128
 - objectifs, 127
- Propositions**, 163 s.
 - Allemagne, 170
 - bloc obligations, biens et entreprises, 167
 - bloc personnes et famille, 169
 - droit souple, 177
 - fond, 171 s.
 - partie générale, 165, 171
 - partie spéciale, 166
 - procédure, 178
 - structure, 164 s.
 - système de rattachement, 176 s.