

**UPDATE ON THE DEVELOPMENTS IN INTERNAL LAW AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW
CONCERNING COHABITATION OUTSIDE MARRIAGE,
INCLUDING REGISTERED PARTNERSHIPS**

drawn up by the Bureau Permanent

* * *

**MISE À JOUR DES DÉVELOPPEMENTS EN DROIT INTERNE ET DROIT
INTERNATIONAL PRIVÉ SUR LA COHABITATION HORS MARIAGE,
Y COMPRIS LES PARTENARIATS ENREGISTRÉS**

établi par le Bureau Permanent

*Preliminary Document No 5 of March 2015 for the attention
of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference*

*Document préliminaire No 5 de mars 2015 à l'attention
du Conseil de mars 2015 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*

I. Introduction

1. Les personnes qui vivent ensemble sans être mariées peuvent rencontrer de nombreuses difficultés lorsqu'elles quittent l'État où le concubinage ou le partenariat enregistré a été formé et deviennent sujets d'un système juridique étranger qui ne reconnaît pas nécessairement leur statut l'une par rapport à l'autre ou par rapport à des tiers, comme les enfants adoptés.

2. La Conférence de La Haye de droit international privé a donc décidé d'inclure ce sujet dans son programme et suit les aspects de droit international privé des « couples non mariés » (sujet renommé par la suite « cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés ») depuis 1987¹. Les premières recherches ont porté sur la loi applicable dans ce domaine, mais elles ont été élargies en 1995 à la « compétence, la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution des jugements relatifs aux couples non mariés »².

3. En avril 2013, le Conseil sur les affaires générales et la politique a invité le Bureau Permanent à continuer à suivre les développements intervenant dans ce domaine et, si ses ressources le permettent, à mettre à jour sa « Note sur les développements en droit interne et en droit international privé concernant la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés » de 2008 (ci-après, « Document préliminaire No 11 / 2008 »)³. Une mise à jour est effectivement opportune étant donné le nombre croissant d'individus qui vivent en concubinage ou ont enregistré un partenariat et les développements du droit et de la jurisprudence au niveau national et international, notamment en ce qui concerne les règles de conflit de lois dans ce domaine.

4. Au niveau national par exemple, la « Loi sur le partenariat enregistré » est entrée en vigueur en Autriche le 1^{er} janvier 2010. En Bolivie, l'*Unión conyugal libre o de hecho* (union libre ou de fait) pour les couples de sexe opposé sera admise par simple enregistrement dès l'entrée en vigueur du nouveau *Código de Familias y del Proceso Familiar* (Code de la famille), en août 2015⁴. La Croatie a adopté la « Loi sur le partenariat de vie », qui est entrée en vigueur en août 2014. En Équateur, la Constitution de 2008 confère les mêmes droits et obligations aux couples qui vivent ensemble, qu'ils soient ou non mariés⁵ et en 2014, la Résolution No 174 sur l'enregistrement des partenariats civils a été adoptée⁶. En Estonie, la « Loi sur la cohabitation » entrera en vigueur en 2016. Elle prévoit une procédure pour conclure un « contrat de cohabitation », définit les droits et les obligations des partenaires civils enregistrés et les motifs de résiliation du contrat⁷. En Irlande, le *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010* est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 ; cette loi permet l'enregistrement de « partenariats civils » et confère aux couples de même sexe des droits et devoirs similaires à ceux qui naissent du mariage civil. Elle instaure également des droits pour les personnes (de

¹ Voir (1) « Note sur le problème de la loi applicable aux couples non mariés », Doc. prélim. No 8 de décembre 1987, *Actes et documents de la Seizième session* (1988), tome I, *Matières diverses*, La Haye, SDU, 1991, p. 158 et s. ; (2) « Note sur le problème de la loi applicable aux couples non mariés », Doc. prélim. No 5 d'avril 1992 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1992 sur les affaires générales et la politique de la Conférence, *Actes et documents de la Dix-septième session* (1993), tome I, *Matières diverses*, La Haye, SDU, 1995, p. 109 et s. ; (3) « Aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage et des partenariats enregistrés », Doc. prélim. No 9 de mai 2000 à l'intention de la Commission spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence et (4) « Note sur les développements en droit interne et droit international privé sur la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés », Doc. prélim. No 11 de mars 2008 à l'intention du Conseil d'avril 2008 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (ci-après, « Doc. prélim. No 11 / 2008 »). (Les documents Nos (3) et (4) sont disponibles à l'adresse < www.hcch.net > sous la rubrique « Travaux en cours », puis « Affaires générales »). Ces Notes rendent compte des diverses discussions intervenues lors des réunions du Conseil et de la Commission spéciale.

² « Conclusions de la Commission spéciale de juin 1995 sur les affaires générales et la politique de la Conférence », Doc. prélim. No 9 de décembre 1995, *Actes et documents de la Dix-huitième session* (1996), tome I, *Matières diverses*, La Haye, SDU, 1999, p. 108 et s. et *Acte final de la Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé*, 19 octobre 1996, Partie B 4 c.

³ Conclusions et Recommandations adoptées par le Conseil de 2013 (9-11 avril 2013), para. 11(c), disponibles à l'adresse < www.hcch.net > sous la rubrique « Travaux en cours », puis « Affaires générales ».

⁴ Voir art. 137 et 164 du *Código de Familias y del Proceso Familiar* bolivien du 23 octobre 2014. La reconnaissance d'une *Unión conyugal libre o de hecho* exige que certaines conditions soient remplies dans le cadre d'une procédure devant le tribunal de la famille ; la nouvelle loi prévoit l'enregistrement de l'union par procédure administrative.

⁵ Art. 68 de la Constitution de 2008 d'Équateur.

⁶ *Resolución General de Registro Civil, Identificación y Cedulación No 174* entrée en vigueur le 15 septembre 2014.

⁷ Bien que la Loi estonienne sur le droit de la famille de 2009 définisse le mariage comme l'union entre un homme et une femme, la Loi sur la cohabitation ne fait aucune référence au sexe des cohabitants, ce qui étend la reconnaissance juridique à tous les partenaires enregistrés indépendamment du sexe, voir « *Sitting Review* » « *Riigikogu approved Cohabitation Act* » du 9 octobre 2014, à l'adresse < www.riigikogu.ee >.

même sexe ou de sexe opposé) qui vivent ensemble depuis longtemps et n'ont pas enregistré de partenariat civil ou contracté de mariage⁸. En 2008, l'Uruguay a adopté l'« union de concubinage » pour les couples de même sexe et de sexe opposé⁹.

5. Au niveau régional, la Commission européenne (ci-après, la « Commission ») a proposé un règlement sur les régimes patrimoniaux des partenariats enregistrés¹⁰ faisant suite, notamment, aux constats d'une évaluation d'impact selon lesquels les problèmes découlant de l'incertitude relative aux aspects patrimoniaux coûtent chaque année un montant estimé à 17 millions d'euros aux couples de l'Union européenne (ci-après, l'« UE ») qui ont enregistré un partenariat¹¹.

6. Ce document examine les développements intervenus depuis 2008 en ce qui concerne les aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage, et plus particulièrement des partenariats enregistrés. Il ne prétend pas faire le point sur l'ensemble des évolutions enregistrées dans les droits nationaux même si les tendances du droit interne qui ont une incidence sur les partenariats enregistrés seront analysées.

II. Définition de la « cohabitation hors mariage » et autre terminologie

7. Le terme « cohabitation hors mariage » employé dans ce document couvre le « concubinage » et les « partenariats enregistrés ».

8. Le terme « **concubinage** », tel qu'il est employé dans ce document, renvoie à l'union de fait formée par la cohabitation effective des parties sans enregistrement auprès d'une autorité. Puisque la plupart des systèmes juridiques ne définissent pas ce terme, il s'agit simplement d'une définition de travail¹². Les individus qui vivent en concubinage sont appelés dans ce document « concubins ».

9. Le terme « **partenariat enregistré** » renvoie quant à lui à une forme de cohabitation hors mariage qui, pour produire ses effets, requiert l'accomplissement de certaines formalités, en particulier l'inscription dans un registre central. Étant donné que la terminologie diffère d'un État à l'autre, le terme tel qu'il est employé dans ce document a une signification large couvrant toutes les formes de cohabitation hors mariage qui doivent être enregistrées pour produire des effets. Il comprend donc également, pour donner quelques exemples, le « partenariat domestique », le « partenariat civil », l'« union civile », l'« union stable de couple », la « cohabitation légale », les « relations de fait » enregistrées et le « pacte civil de solidarité ». Les individus qui ont enregistré un partenariat sont appelés dans ce document « partenaires enregistrés ».

10. Le Document préliminaire No 11 / 2008¹³ explique comment le concubinage et les partenariats enregistrés sont nommés et définis dans différents États et territoires ; cette explication ne sera pas redonnée ici.

III. Progression de la cohabitation hors mariage à l'échelle mondiale

11. À l'échelle mondiale, on observe une progression de la cohabitation hors mariage, aussi bien comme substitut au mariage que comme étape précédant celui-ci. Cette évolution s'accompagne d'une augmentation des naissances hors mariage. Les difficultés rencontrées par les concubins ou les partenaires enregistrés en contexte international touchent donc un nombre

⁸ Pour plus d'informations, voir par exemple < www.citizensinformation.ie >, sous la rubrique « Family and Relationships ».

⁹ *Ley No 18.246, Unión Concubinaria*, de 2008. Pour plus d'informations sur les États d'Amérique latine, voir N. Rubaja, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, éd. Abeledo Perrot, 2012, Argentine, p. 190 et s.

¹⁰ « Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés » (COM(2011)127 du 16 mars 2011), à l'adresse < <http://eur-lex.europa.eu> >. Étant donné que le mariage et les partenariats enregistrés ont des caractéristiques différentes et produisent des effets juridiques différents, la Commission a présenté deux propositions : la proposition précitée sur les conséquences patrimoniales des partenariats enregistrés et une autre proposition sur les régimes matrimoniaux.

¹¹ Voir « Impact Assessment Study on Community Instruments concerning matrimonial property regimes and property of unmarried couples with transnational elements (Final Report of 2010) » (en anglais), ci-après l'« Étude d'évaluation d'impact », à l'adresse < http://ec.europa.eu/justice/civil/files/ia_on_mpr_main_report_en.pdf >, p. 157-158.

¹² Pour une explication de la terminologie, voir Doc. prélim. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 10 et s.

¹³ Doc. prélim. No 11 / 2008 (*ibid.*), para. 18 et s. et para. 72 et s.

croissant de personnes, dont un nombre grandissant d'enfants qui peuvent avoir besoin de protection dans un contexte de droit international privé.

12. Sans prétendre donner des statistiques exhaustives, il convient de mentionner certains faits afin d'appréhender l'ampleur grandissante du phénomène¹⁴.

13. Au Royaume-Uni, par exemple, la cohabitation hors mariage est le type de famille qui connaît la plus forte croissance, le nombre de personnes concernées ayant doublé depuis 1996, passant de 6,5 % à 11,7 % de la population, soit 5,9 millions de personnes en 2012¹⁵. On prévoit que d'ici 2031, un quart des couples vivront ensemble sans être mariés¹⁶.

14. En Australie, le pourcentage de couples qui vivent ensemble sans se marier augmente régulièrement : alors qu'en 1971, la grande majorité des couples vivant ensemble étaient mariés (plus de 99 %), la cohabitation hors mariage s'est développée et atteignait 16 % en 2011¹⁷.

15. En Nouvelle-Zélande, le taux de mariage recule depuis plusieurs années, ce phénomène étant en partie attribuable à la montée en puissance des « unions de fait »¹⁸. En 1996, à peu près un quart des hommes et des femmes âgés de 15 à 44 ans qui vivaient ensemble n'étaient pas mariés. En 2006, ils étaient environ deux sur cinq¹⁹. Une proportion croissante des Néozélandais vivent donc ensemble sans formaliser leur union.

16. Aux États-Unis d'Amérique également, la cohabitation hors mariage fait couramment partie de la formation d'une famille et constitue à la fois une étape vers le mariage et un substitut à celui-ci²⁰. Le recensement de 2010 a révélé que les partenaires non mariés représentent 6,6 % des ménages, totalisant 7,7 millions de couples, soit 41 % de plus que lors du recensement de 2000²¹.

17. Au Canada, le couple marié était encore la structure familiale prédominante (67 %) en 2011 mais entre 2006 et 2011, le nombre de couples non mariés a augmenté de 13,9 %, ce qui représente plus de quatre fois l'augmentation de 3,1 % observée pour les couples mariés²².

18. Le nombre de partenariats enregistrés augmente lui aussi, par exemple en Europe, où de nombreux États autorisent désormais les couples à enregistrer leur relation²³. Les chiffres sont plus élevés pour les États qui, comme la France, ont créé un système de partenariats enregistrés

¹⁴ Des statistiques sont également présentées dans le Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*ibid.*), voir par ex. para. 6 pour une sélection d'États africains et latino-américains.

¹⁵ Office for National Statistics, « Short Report: Cohabitation in the UK, 2012 » du 1^{er} novembre 2012, p. 1, à l'adresse < <http://www.ons.gov.uk/ons/rel/family-demography/families-and-households/2012/cohabitation-rpt.html> >. Aux fins des statistiques, la cohabitation consiste à vivre avec un partenaire mais sans être marié ni avoir conclu un partenariat civil. Le rapport indique (p. 4) que le nombre de couples cohabitants de même sexe a augmenté de 345 % depuis 1996 tandis que le nombre de couples cohabitants de sexe opposé augmentait de 98 % ; en 2012, le Royaume-Uni comptait 2,9 millions de couples cohabitants de sexe opposé et 69 000 couples cohabitants de même sexe.

¹⁶ Office britannique des actuaires cité par la Baronne Hale dans *Stack v. Dowden* [2007] UKHL 17.

¹⁷ R. Weston et L. Qu, « Working Out Relationships », Australian Institute of Family Studies 4, 2013, p. 4-5 (2013), à l'adresse < <http://www.aifs.gov.au/institute/pubs/factsheets/2013/familytrends/aft3/aft3.pdf> >. J. Price déclare que l'Australie compte plus de personnes vivant en union de fait ou qui n'ont jamais été mariées que de personnes mariées, voir « No stats support adjectival stoning of Gillard », *The Sydney Morning Herald* du 2 juillet 2013, à l'adresse < www.smh.com.au >.

¹⁸ Statistics New Zealand, « Marriage rate drops to a historic low », du 17 juin 2011, à l'adresse < www.stats.govt.nz >.

¹⁹ Depuis 2005, deux personnes de sexe opposé ou de même sexe peuvent contracter une union civile. À la fin de 2011, 2 152 unions civiles de résidents de Nouvelle-Zélande et 439 unions civiles de résidents étrangers avaient été enregistrées en Nouvelle-Zélande. Voir Statistics New Zealand, « Demographic Trends: 2012 », publié en janvier 2013, à l'adresse < www.stats.govt.nz >, p. 17-18. Voir aussi J. Cribb, « Focus on Families: New Zealand Families of Yesterday and Tomorrow », *Social Policy Journal of New Zealand*, No 35, juin 2009.

²⁰ C.E. Copen, K. Daniels et W.D. Mosher, « First premarital cohabitation in the United States: 2006-2010 national survey of family growth », *National Health Statistics Report*, No 64 du 4 avril 2013, à l'adresse < <http://www.cdc.gov/nchs/data/nhsr/nhsr064.pdf> >, p. 7. Voir aussi S.K. Berenson, « Should Cohabitation Matter in Family Law? », *Journal of Law and Family Studies*, vol. 13, p. 289-328 de 2011, en particulier p. 308.

²¹ « Households and Families: 2010 », Office du recensement américain, avril 2012, p. 3 et p. 7-8, à l'adresse < <http://www.census.gov/prod/cen2010/briefs/c2010br-14.pdf> >. Le total comprend des partenaires de mêmes sexe, qu'ils soient ou non mariés dans un certain État.

²² Statistique Canada, « Portrait des familles et situation des particuliers dans les ménages au Canada, Familles, ménages et état matrimonial, Recensement de la population de 2011 », à l'adresse < <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2011/as-sa/98-312-x/98-312-x2011001-fra.pdf> >, p. 5.

²³ Voir < http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/index_fr.htm > pour des informations sur les États membres de l'UE. Voir aussi Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 73 et s.

ouvert à la fois aux couples de sexe opposé et aux couples de même sexe²⁴. Ainsi, en France en 2000, un an après l'entrée en vigueur de la loi portant création du pacte civil de solidarité (ci-après, le « pacs »), on dénombrait environ 23 000 pacs ; ce chiffre avoisinait 77 400 en 2006 et 160 000 en 2012²⁵.

19. En Allemagne, le nombre de couples mariés a reculé d'environ 8 % entre 1996 et 2012 tandis que le nombre de « partenariats » augmentait d'environ 50 %²⁶.

20. Les chiffres ne sont pas aussi élevés mais ils n'en restent pas moins remarquables dans les systèmes juridiques qui ont institué une forme de partenariat enregistré réservé aux couples de même sexe²⁷. Ainsi, en Suisse, plus de 2 000 partenariats de même sexe ont été enregistrés la première année de leur autorisation (2007). Ce chiffre a été ramené à 695 nouveaux partenariats en 2012 et à 693 en 2013²⁸.

21. Une évolution de l'attitude de la société à l'égard de la cohabitation hors mariage est également rapportée en Afrique, bien que les données mesurant la fréquence de ce phénomène soient peu nombreuses. En Afrique du Sud par exemple, le déclin continu du nombre de mariages s'explique en partie par le fait que les couples cohabitent sans se marier²⁹. Les statistiques de 2006 concernant le Nigéria montrent que de nombreux adultes de la tranche d'âge dans laquelle on se marie habituellement retardent le mariage ou le reportent indéfiniment. Ce phénomène pourrait s'expliquer par le fait que nombre d'entre eux se contentent de cohabiter³⁰.

22. En Asie, bien que le mariage reste la structure familiale dominante dans de nombreux pays, de récentes études indiquent que la cohabitation hors mariage, notamment prémaritale, est en progression³¹.

23. Outre le développement de la cohabitation hors mariage, on observe dans certaines régions que les naissances hors mariage sont plus nombreuses, ce qui engendre des difficultés de droit international privé, par exemple lorsque les deux parents déménagent avec leur enfant dans un autre pays.

24. Dans le cas de l'Europe, le pourcentage de naissances hors mariage en 2012 allait d'environ 7 % (Grèce) à près de 67 % (Islande)³². Il augmente régulièrement dans presque tous les pays, ce qui signale de nouveaux modes de formation de la famille aux côtés de la

²⁴ Aux Pays-Bas par ex., où le partenariat enregistré est ouvert aux couples de même sexe et de sexe opposé, le nombre de mariages a fortement reculé tandis que les partenariats civils enregistraient une légère augmentation en 2013 ; voir « Statistics Netherlands » à l'adresse < <http://www.cbs.nl/en-GB/menu/themas/bevolking/publicaties/artikelen/archief/2014/2014-006-pb.htm> >, communiqué de presse du 6 février 2014.

²⁵ Institut national de la statistique et des études économiques (Insee), « Évolution du nombre de mariages et de pacs conclus jusqu'en 2013 », disponible à l'adresse < http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?ref_id=NATTEF02327 >.

²⁶ Ce chiffre comprend les partenariats enregistrés et non enregistrés, de même sexe et de sexe opposé ; voir W. Hammes, « Haushalte und Lebensformen der Bevölkerung – Ergebnisse des Mikrozensus 2012 », *Statistisches Bundesamt*, novembre 2013, à l'adresse < <https://www.destatis.de> >, sous la rubrique « Publikationen », puis « Wirtschaft und Statistik », p. 789.

²⁷ En Finlande par ex., le nombre de partenariats enregistrés est en progression régulière ; 373 partenariats ont été enregistrés en 2013, voir « Statistics Finland », puis « Vital Statistics » à l'adresse < www.stat.fi/tup/suoluk/suoluk_vaesto_en.html >.

²⁸ Office fédéral de la statistique à l'adresse < <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/en/index/themen/01/06/blank/key/07.html> >.

²⁹ Voir Statistics South Africa, « Marriages and divorces 2001 », publié en décembre 2012, p. 2 et s., à l'adresse < <http://www.statssa.gov.za/publications/P0307/P03072011.pdf> >, et « South Africans marrying less », *Times Life* du 6 février 2013, à l'adresse < <http://www.timeslive.co.za/lifestyle/2013/02/06/south-africans-marrying-less> >.

³⁰ Voir par ex. M. Attah, « Extending family law to non-marital cohabitation in Nigeria », *International Journal of Law, Policy and the Family* (2012), p. 162-186, en particulier p. 167.

³¹ J.M. Raymo, M. Iwasawa et L. Bumpass écrivent que « des études plus récentes démontrant de fortes augmentations de la fréquence de la cohabitation au Japon [...] donnent des indications apparemment convaincantes de la généralisation de la cohabitation non maritale dans des sociétés où l'on a peu d'enfants et on se marie tard » (traduction du Bureau Permanent) dans « Cohabitation and family formation in Japan », *Demography*, 2009, vol. 46(4), p. 785-803, disponible à l'adresse < <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2831360/> >. Voir aussi Cao Yin, « Rise in unmarried splits a headache », *China Daily* du 20 novembre 2012, à l'adresse < http://www.chinadaily.com.cn/china/2012-11/20/content_15942937.htm >, et *The Economist*, « The flight from marriage » du 20 août 2011, à l'adresse < <http://www.economist.com/node/21526329> >.

³² Voir Eurostat, « Live births outside marriage » à l'adresse < <http://ec.europa.eu/eurostat> >.

forme plus traditionnelle³³. Au Royaume-Uni par exemple, 1,8 million d'enfants vivaient avec des parents non mariés en 2012, soit deux fois plus qu'en 1996 (0,9 million)³⁴.

25. Aux États-Unis d'Amérique, entre 2002 et 2010, le pourcentage de naissances au sein de couples cohabitant hors mariage est passé de 41 à 58 %, tandis que le pourcentage de naissances d'enfants de femmes non mariées et vivant seules diminuait³⁵. On peut donc penser que les naissances d'enfants hors mariage seront de plus en plus fréquentes dans le cadre de cohabitations hors mariage.

26. En Australie, environ 35 % des enfants nés entre 2006 et 2011 sont nés hors mariage³⁶ et deux tiers d'entre eux de couples vivant ensemble sans être mariés. Des études indiquent que la proportion de naissances de mères célibataires est restée stable tandis que le pourcentage global de naissances hors mariage a augmenté. Il semble donc que l'augmentation des naissances hors mariage observée ces dernières années soit presque entièrement expliquée par la proportion plus forte d'enfants nés de parents cohabitants et que la cohabitation hors mariage soit un cadre de plus en plus fréquent pour élever des enfants³⁷.

27. Certes, de nombreux concubins ou partenaires enregistrés ne connaîtront peut-être jamais de contexte transfrontalier susceptible de soulever des questions de droit international privé, mais il faut néanmoins souligner l'augmentation globale du nombre de couples internationaux ou de couples ayant une dimension internationale. Le fait qu'un nombre croissant d'individus franchissent les frontières nationales pour vivre, étudier ou travailler entraîne une augmentation du nombre de couples dont les partenaires sont de nationalité différente, de couples vivant dans un État dont aucun des partenaires n'est ressortissant, d'enfants qui déménagent dans un État qui n'est pas celui de leur naissance ou de partenaires qui achètent ou possèdent des biens dans différents États.

28. Ainsi, l'Étude d'évaluation d'impact précitée a constaté que sur les quelque 211 000 partenariats enregistrés dans l'UE, environ 36 000 (17 %) auraient des aspects internationaux et qu'un quart des 53 000 nouveaux partenariats enregistrés chaque année (autour de 13 000) concernent des individus de pays différents. On anticipe que le nombre de partenariats enregistrés internationaux augmentera³⁸.

IV. Des législations nationales toujours diversifiées

29. Le développement de la cohabitation hors mariage et le fait que de plus en plus d'États aient institué des régimes de partenariat enregistré révèlent une tendance à l'expansion et à une acceptation grandissante de formes familiales différentes du mariage et de nouvelles institutions offrant une protection juridique aux concubins et aux partenaires enregistrés.

30. Il y a pourtant peu d'harmonie entre les approches nationales. En effet, le régime de partenariat enregistré n'est pas prévu dans la loi de certains États³⁹ mais il l'est dans d'autres⁴⁰ et parmi ces derniers, certains réservent leur régime de partenariat enregistré aux couples de

³³ *Revue trimestrielle sur l'emploi et la situation sociale dans l'UE*, Commission européenne, Supplément spécial sur les tendances démographiques (en anglais), mars 2013, à l'adresse < ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=9967&langId=en >, p. 24-25.

³⁴ J. Papworth, « Why a Cohabitation Agreement is Essential for Non-Married Couples », *The Guardian* du 9 mars 2013 à l'adresse < www.guardian.co.uk >. Voir aussi à cet égard le « Short Report » (*op. cit.* note 15) p. 4 et s. qui indique que 39 % des couples cohabitants de sexe opposé ont des enfants à charge.

³⁵ Voir S.C. Curtin, S.J. Ventura et G.M. Martinez, *National Center for Health Statistics Data Brief*, No 162 d'août 2014, p. 4, à l'adresse < www.cdc.gov >, et C.E. Copen *et al.* (*op. cit.* note 20), p. 7.

³⁶ R. Weston et L. Qu (*op. cit.* note 17), p. 12. Ce pourcentage comprend les enfants nés de couples cohabitants et de mères célibataires.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ En outre, « [sur] les 8 500 partenariats qui se sont terminés par une séparation dans 11 des 13 États membres de l'UE qui autorisaient l'enregistrement de partenariats au niveau fédéral à fin 2009, environ 25% (près de 2 100) concernaient des couples internationaux. » (traduction du Bureau Permanent). Voir l'Étude d'évaluation d'impact (*op. cit.* note 11), p. 156 et le document « *Commission staff working document impact assessment* », document (en anglais) accompagnant la proposition de Règlement européen sur les partenariats enregistrés, SEC(2011)0327, disponible à l'adresse < <http://eur-lex.europa.eu> >, p. 20.

³⁹ Par ex. les États de l'UE suivants ne reconnaissent pas le partenariat enregistré : Bulgarie, Chypre, Estonie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie (voir le site indiqué à la note 23) mais la question est en cours de discussion dans certains d'entre eux (par ex. en Lettonie).

⁴⁰ L'Équateur, par ex., a adopté la Résolution No 174 en 2014 (voir *supra* para. 4) ; voir aussi *supra* para. 18 pour les États européens.

sexe opposé⁴¹, d'autres exclusivement aux couples de même sexe⁴², tandis que d'autres l'autorisent aux deux⁴³.

31. Pour les États, la question de savoir s'il y a lieu de créer un régime de partenariat enregistré et si oui, sous quelle forme, est souvent liée à celle de l'opportunité d'autoriser ou non le mariage homosexuel⁴⁴. Plusieurs États se sont dotés d'une législation autorisant le mariage homosexuel⁴⁵ tandis que d'autres ont interdit une telle législation par un amendement de la Constitution⁴⁶ et des contrôles judiciaires sur cette question sont en cours dans plusieurs États⁴⁷. Lorsque la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après, la « Cour EDH ») a statué en juin 2010 sur la question de savoir si la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après, la « CEDH ») imposait aux États l'obligation d'accorder l'accès au mariage aux couples de même sexe, elle a noté que bien qu'un consensus se dégage en Europe en faveur de la reconnaissance légale des couples de même sexe et que « l'attitude de la société envers les couples homosexuels a[it] connu une évolution rapide », il n'y avait pas encore une majorité d'États qui la prévoient et que les États jouissent d'une grande marge d'appréciation⁴⁸.

32. Lorsque les États ont légiféré, ils ont adopté leur propre définition du partenariat enregistré et ont décidé des formalités et des conséquences juridiques qui lui sont attachées⁴⁹.

⁴¹ En Albanie par ex., les individus de sexe opposé qui vivent ensemble peuvent signer un contrat devant un notaire public par lequel ils déterminent les conséquences de la cohabitation en ce qui concerne les enfants et les biens acquis au cours de la cohabitation (voir art. 163 et 164 du Code de la famille albanais). En Grèce, afin de mieux protéger un nombre croissant de couples non mariés qui ont des enfants, la Loi No 3719/2008 (adoptée le 15 novembre 2008) a introduit l'« union civile ». Elle prévoit une forme officielle de partenariat qui autorise deux adultes de sexe opposé à enregistrer leur relation dans un cadre juridique plus souple que celui du mariage. (Il faut souligner que la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a jugé dans son arrêt *Vallianatos et autres c. Grèce* (No 29381/09 et 32684/09) du 7 novembre 2013 que l'État n'avait « pas fait état de raisons solides et convaincantes pouvant justifier l'exclusion des couples de même sexe du champ d'application de la loi No 3719/2008 » et concluait à la violation de l'art. 14 (« Interdiction de discrimination ») combiné avec l'art. 8 (« Droit au respect de la vie privée et familiale ») de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH). À ce jour [dernière vérification effectuée le 5 février 2015], bien qu'elle ait été condamnée par la Cour EDH, la Grèce n'a pas modifié la loi pour y incorporer les couples de même sexe.)

⁴² La loi autrichienne sur le partenariat enregistré (voir *supra* para. 4) prévoit, pour les couples de même sexe, un mécanisme de reconnaissance de leur relation qui lui donne un effet juridique. Le *Civil Partnership Act 2004* britannique ne s'applique qu'aux couples de même sexe ; les couples de sexe opposé n'y ont pas accès, tout comme les couples de même sexe n'ont pas accès au mariage (l'art. 1 dispose : « Un partenariat civil est une relation entre deux personnes du même sexe (« partenaires civils ») [...] ».) (traduction du Bureau Permanent) ; pour plus d'informations, voir K. McK Norrie, « Recognition of Foreign Relationships under the Civil Partnership Act 2004 », *Journal of Private International Law (J. Priv. Int. L.)*, 2006.

⁴³ Au Québec (Canada), l'union civile est ouverte aux couples de sexe opposé et aux couples de même sexe ; l'art. 521.1. du Code civil québécois dispose (sans faire de référence au sexe des partenaires) : « L'union civile est l'engagement de deux personnes âgées de 18 ans ou plus qui expriment leur consentement libre et éclairé à faire vie commune et à respecter les droits et obligations liés à cet état. [...] ». L'art. 515-1 du Code civil français dispose : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. » Pour plus d'exemples, voir Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 73-76.

⁴⁴ En Suède, les partenariats enregistrés ont été abolis lorsque le mariage entre partenaires de même sexe a été reconnu en 2009, mais ceux qui ont été conclus avant mai 2009 restent en vigueur. Voir aussi P. Wautelet, « Private International Law Aspects of Same-sex Marriages and Partnerships in Europe – Divided we Stand? », *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe: National, Cross-Border and European Perspectives*, K. Boele-Woelki et A. Fuchs (dir. pub.), Intersentia, 2012, p. 143.

⁴⁵ C'est le cas du Danemark (2012), de la France (2013), de l'Islande (2010), du Luxembourg (2015), de la Norvège (2009), de la Nouvelle-Zélande (2013), du Portugal (2010), du Royaume-Uni (2014, excepté pour l'Irlande du Nord), de la Suède (2009).

⁴⁶ Par ex. l'Australie (*Marriage Amendment Act 2004 No 126*) et la Hongrie (art. L de la Constitution de 2011). En Croatie, lors d'un référendum constitutionnel du 1^{er} décembre 2013, la majorité a voté en faveur d'un amendement de la Constitution qui définirait le mariage comme une union entre un homme et une femme, créant une interdiction constitutionnelle du mariage entre partenaires de même sexe.

⁴⁷ Aux États-Unis d'Amérique par ex., les mariages homosexuels sont autorisés dans 36 états et demeurent interdits dans les 14 autres (qui font l'objet d'une contestation judiciaire). En janvier 2015, La Cour suprême américaine a accepté d'entendre quatre nouvelles affaires sur le mariage entre partenaires de même sexe (*Bourke v. Beshear*, *DeBoer v. Snyder*, *Obergefell v. Hodges*, *Tanco v. Haslam*) déclarant qu'elle statuerait sur le pouvoir des états d'interdire les mariages entre partenaires de même sexe et de refuser la reconnaissance de ces mariages conclus dans un autre état.

⁴⁸ Voir *Schalk et Kopf c. Autriche* (No 30141/04) du 24 juin 2010, para. 92-93. En conclusion, la Cour EDH a jugé que l'art. 12 (« Droit au mariage ») et l'art. 14 (« Interdiction de discrimination ») combinés avec l'art. 8 (« Droit au respect de la vie privée et familiale ») de la CEDH n'imposaient pas à l'Autriche une obligation de consentir l'accès au mariage aux couples de même sexe. Voir aussi *supra* note 42 à propos du partenariat enregistré en Autriche.

⁴⁹ Pour enregistrer un partenariat, plusieurs obligations et formalités doivent être remplies devant l'autorité compétente de l'État (comme des conditions relatives au sexe et à l'âge des partenaires, ainsi qu'à la durée minimale de leur vie commune, la condition que les deux personnes ne soient pas mariées et l'obligation d'avoir

Si certains États limitent essentiellement les effets d'un partenariat enregistré aux droits patrimoniaux et aux droits en matière fiscale, d'autres prévoient des effets plus larges, certains même équivalents au mariage⁵⁰.

33. Étant donné la grande diversité des approches nationales, il est impossible de dégager une tendance unique couvrant véritablement tous les développements législatifs.

V. Aspects de droit international privé

34. La diversité des formes de cohabitation hors mariage et les différentes conséquences juridiques qui s'y attachent, lorsqu'elles sont prévues par le droit interne, soulèvent des questions quant aux règles de droit international privé organisant le statut juridique, les effets et la reconnaissance des relations étrangères⁵¹. Cette situation est notamment reconnue par l'UE, qui indique que « [l]a législation dans ce domaine est très différente selon les pays, non seulement en ce qui concerne les possibilités offertes, mais aussi l'étendue de la reconnaissance des partenariats conclus dans un autre pays de l'UE (lorsque celle-ci existe) »⁵².

35. La diversité prédominante entraîne une insécurité juridique pour les concubins ou les partenaires enregistrés en situation transfrontalière où se posent notamment des questions quant à la loi applicable et à la reconnaissance de leur concubinage ou de leur partenariat enregistré⁵³. Si, dans certains États, il n'existe aucun cadre clairement défini organisant les affaires internationales, d'autres ont adopté des règles de conflit mais il arrive qu'elles ne traitent que d'une forme de concubinage ou de partenariat enregistré qui correspond à leur concept national⁵⁴.

36. L'absence de législation nationale sur la cohabitation hors mariage ou de règle de conflit de lois applicable peut engendrer une situation dans laquelle aucune autorité n'est compétente pour gérer les questions juridiques (par exemple en ce qui concerne la dissolution d'un partenariat enregistré) et conduire ainsi à un conflit négatif de compétence. D'un autre côté, l'existence de règles de droit international privé conflictuelles peut inciter à rechercher le for le plus avantageux et favoriser une « ruée vers le tribunal »⁵⁵.

37. Une réflexion sur les moyens de diminuer cette insécurité juridique a ses limites en ce qui concerne le concubinage. En effet, dans la plupart des États⁵⁶, le concubinage (ou l'union de fait non enregistrée) n'est pas considéré comme un concept juridique mais comme un incident purement factuel⁵⁷ et les concubins n'ont pas de statut juridique clairement défini⁵⁸. L'absence de cadre de droit matériel dans la plupart des États conduit à douter qu'il soit possible d'élaborer des règles de droit international privé pour cette forme de cohabitation hors mariage. La situation est différente pour les partenariats enregistrés⁵⁹. En dépit des différences de législation nationale, leur traitement en droit international privé a suscité des réflexions peu après leur apparition, révélant diverses approches⁶⁰, et certains États et territoires – pas tous – ont

la capacité de contracter). Ces exigences et formalités varient d'un État à l'autre ; voir Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 81 et s.

⁵⁰ Voir, notamment, à cet égard, I. Curry-Sumner, « Uniform Patterns Regarding Same-Sex Relationships », *International Law, FORUM du droit international*, vol. 7, No 3 (2005), p. 186-194 et N Rubaja (*op. cit.* note 9), p. 192, citant S.L. Feldstein de Cardenas et L.B. Scotti. Voir aussi Doc. pré. No 11 / 2008 (*ibid.*), para. 72 et s.

⁵¹ Voir à cet égard Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 156 et s.

⁵² Voir le site de l'UE indiqué à la note 23.

⁵³ Des scénarios pour explorer diverses questions liées aux aspects de droit international privé sont notamment proposés par K. McK Norrie (*op. cit.* note 42) et dans le Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 253 et s.

⁵⁴ Voir la discussion sur ce point dans le Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 174 et s.

⁵⁵ Voir, par ex. « Bringing legal clarity to property rights for international couples », COM(2011) 125 du 16 mars 2011, disponible à l'adresse < <http://eur-lex.europa.eu> > avec un exemple concernant les règles de conflit de lois grecques et hongroises.

⁵⁶ Très peu d'États emploient le terme union « de fait » dans leur droit interne pour décrire une forme de cohabitation hors mariage ; la relation de fait est définie, par ex., à l'art. 4AA du *Family Law Act 1975* de l'Australie.

⁵⁷ Proposer une définition de l'union de fait pourrait être une tentative d'identifier un « objet juridique non identifié », voir D. Nkounkou, « Le pré-mariage: un O.J.N.I. (objet juridique non identifié) », *Revue congolaise de droit et des affaires*, 2010, vol. 3, p. 25-60.

⁵⁸ Voir la discussion sur ce point dans Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 156 et s.

⁵⁹ Voir aussi le préambule de la proposition de Règlement de l'UE sur les partenariats enregistrés (*op. cit.* note 10), point 9.

⁶⁰ De nombreuses études sur cet aspect ont porté sur les partenariats enregistrés entre partenaires de même sexe, voir, par ex., I. Curry-Sumner, *All's well that ends registered? The Substantive and Private International Law Aspects of Non-Marital Registered Relationships in Europe*, Intersentia, 2005, p. 38 et s. et P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 151 et s.

introduit des dispositions expresses de droit international privé. C'est pourquoi les parties qui suivent sont consacrées aux partenariats enregistrés.

A. Compétence et loi applicable

1. Compétence et loi applicable à la formation des partenariats enregistrés

38. Dans un contexte transfrontalier, des questions concernant l'accès au partenariat enregistré et les exigences relatives à sa formation⁶¹ peuvent se poser notamment lorsqu'un des partenaires ou les deux n'ont pas la nationalité de l'État dans lequel ils souhaitent enregistrer leur partenariat ou lorsque l'un d'eux ou les deux ont la nationalité de l'État alors que le couple réside habituellement dans un autre État.

39. Puisque les exigences applicables à la formation des partenariats enregistrés diffèrent d'un État à l'autre, allant des modèles imposant un strict critère de nationalité ou de résidence (commune) aux modèles sans exigence de résidence ou de nationalité (mais parfois avec diverses exigences intermédiaires)⁶², il se pose deux questions importantes : dans quel État un partenariat peut-il être enregistré et quelle loi s'applique à l'enregistrement ?

40. Alors que certains États traitent les partenariats sur la base des règles adoptées pour le mariage⁶³, d'autres considèrent que ces relations familiales doivent être soumises à des règles particulières. Ces règles déterminent si une autorité d'un État est compétente ou non pour enregistrer un partenariat et diffèrent ainsi d'un État à l'autre.

41. En ce qui concerne la formation du partenariat, plusieurs États appliquent la loi de l'État dans lequel les partenaires souhaitent enregistrer leur union ou la faire autrement formaliser (*lex loci registrationis*)⁶⁴, tandis que d'autres ont adopté une règle prévoyant (exclusivement) l'application du droit interne⁶⁵.

42. Bien que leurs législations nationales diffèrent, la plupart des États n'autorisent que la création d'un partenariat sous la forme qu'ils ont acceptée et évitent de créer un partenariat régi par un droit étranger, ce qui se conçoit, car le contenu d'un partenariat peut être très différent d'un État à l'autre. Contrairement au mariage, qui peut être considéré comme un concept universel, la question du lieu où le partenariat a été enregistré reste pertinente car il peut produire des effets différents dans les diverses législations⁶⁶.

⁶¹ Voir Doc. pré-l. No 11 /2008 (*ibid.*), para. 193 et s. pour une explication des aspects de la loi applicable concernant les exigences de forme et de fond (avec des exemples pris dans les législations nationales).

⁶² Voir, par ex. d'une part le Canada, Nouvelle Écosse, Loi sur les statistiques de l'état civil 2003 § 52-55 (pas d'exigence de nationalité ou de résidence pour conclure un partenariat domestique enregistré ; Nouvelle-Zélande, Loi du 5 juillet 1997 (pas d'exigence de nationalité ou de résidence pour conclure une union civile) ; États-Unis d'Amérique, *Hawaii Reciprocal Beneficiaries Act 1997* HB 118 (pas d'exigence de nationalité ou de résidence) ; et d'autre part, Argentine (exigence de deux années de résidence) ; Tasmanie (Australie), *Relationships Act 2003*, art. 11 (exigence de domicile ou de « résidence ordinaire » pour conclure une « relation significative » (« *significant relationship* »)) ; Pays-Bas, Loi du 5 juillet 1997 (exigence de nationalité ou de résidence pour au moins une des parties pour conclure un partenariat enregistré). Pour plus d'informations, voir aussi P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 154 et s. Voir aussi Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 180-192.

⁶³ Par ex., l'art. 3(2) de la Loi danoise sur le partenariat enregistré prévoit que les dispositions de la loi danoise relative au mariage et aux époux s'appliquent à l'identique au partenariat enregistré et aux partenaires enregistrés. En Suisse, l'art. 65a de la Loi fédérale sur le droit international privé prévoit que les dispositions du chapitre 3, c'est-à-dire le chapitre consacré au mariage (art. 43 et s.), doivent s'appliquer par analogie aux partenariats enregistrés (avec une exception). Voir, pour plus d'informations, A. Bucher (dir. pub.), *Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 541 et s.

⁶⁴ Par ex., l'art. 17b(1) de la Loi d'introduction au Code civil allemand (*EGBGB*) dispose : « La formation d'un partenariat de vie enregistré, ses effets généraux et son régime patrimonial, ainsi que sa dissolution sont régis par les dispositions matérielles du pays d'enregistrement du partenariat de vie. [...] » (traduction du Bureau Permanent). Voir aussi P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 151 et s. pour les partenariats de même sexe en Autriche, en Belgique, au Danemark et en France, qui soumettent les partenaires aux exigences de la *lex loci registrationis*.

⁶⁵ La Loi finlandaise sur le partenariat prévoit à l'art. 11 : « Le droit à l'enregistrement du partenariat devant une autorité finlandaise est déterminé conformément aux lois de la Finlande. » (traduction du Bureau Permanent).

⁶⁶ Selon P. Wautelet (*op. cit.* note 44), « qu'il soit conclu en vertu du droit interne ou d'un droit étranger, le mariage est un concept universel. Même s'il peut exister des différences lorsqu'on compare les conséquences attachées au mariage dans divers droits internes, le « contenu » de la relation ne sera pas nécessairement dicté par la loi de l'État dans lequel le mariage a été contracté » (traduction du Bureau Permanent) ; voir P. Wautelet, p. 156-157, qui développe d'autres arguments en faveur de l'application du droit interne.

2. Compétence et loi applicable à la dissolution des partenariats enregistrés

43. En contexte transfrontalier, la question de savoir s'il est possible de dissoudre un partenariat enregistré ailleurs que sur le lieu de son enregistrement peut se poser. Un couple pourrait, par exemple, souhaiter dissoudre son partenariat dans son État de résidence habituelle en raison de la proximité avec les autorités locales.

44. Il est possible que le droit national que les partenaires souhaiteraient choisir ne reconnaisse pas les partenariats enregistrés et que les juridictions nationales n'aient de ce fait aucun chef de compétence spécifique pour régler l'affaire. Pour résoudre ce problème et prévenir le risque du déni de justice, certains États prévoient un « *forum necessitatis* »⁶⁷. Une autre solution a été trouvée dans la reconnaissance judiciaire de ces relations aux fins de la dissolution du partenariat. Au Canada par exemple, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a reconnu en 2013 une union civile entre partenaires de même sexe conclue au Royaume-Uni comme un mariage en droit canadien aux fins de la dissolution de la relation⁶⁸. Cependant, des difficultés juridiques peuvent subsister, notamment lorsque les autorités locales ont compétence pour dissoudre le partenariat mais que leurs règles de droit international privé exigent l'application d'une loi qui ne reconnaît pas le partenariat ou que les partenaires ne souhaitent pas voir appliquer.

45. Concernant la question de la loi qui serait applicable lorsque les partenaires souhaitent mettre fin à leur partenariat⁶⁹, une approche retenue en droit interne est l'application de la loi de l'État d'enregistrement du partenariat (*lex loci registrationis*), solution qui a l'avantage d'appliquer une loi prévisible pour les partenaires et qui contient nécessairement des règles relatives aux partenariats enregistrés⁷⁰. Une autre approche consiste à appliquer le droit interne, parfois avec un recours limité à l'autonomie de la volonté des parties à travers une *optio juris* en faveur de la *lex loci registrationis*⁷¹ ou l'application de la loi de la nationalité étrangère commune des partenaires (sous réserve, notamment, que cette loi prévoit des règles sur les partenariats enregistrés)⁷².

⁶⁷ Voir par ex. l'art. 65b de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé : « Lorsque les partenaires ne sont pas domiciliés en Suisse et qu'aucun d'eux n'est suisse, les tribunaux suisses du lieu d'enregistrement sont compétents pour connaître des actions ou des requêtes relatives à la dissolution du partenariat enregistré, si l'action ne peut être intentée ou la requête déposée devant le tribunal du domicile de l'un des partenaires, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elles le soient. » Voir aussi l'art. 7 de la proposition de règlement européen sur les partenariats enregistrés (*op. cit.* note 10), qui dispose : « Lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4, 5 ou 6, ou que la juridiction a décliné sa compétence, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel et à condition que l'affaire présente un lien suffisant avec cet État membre, statuer sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés si une procédure se révèle impossible ou ne peut raisonnablement être introduite ou poursuivie dans un État tiers ».

⁶⁸ Voir par ex. J. Bingham, « Civil partnership recognised as « marriage » by court » dans *The Telegraph* du 9 janvier 2013 à l'adresse < <http://www.telegraph.co.uk/women/sex/divorce/9791152/Civil-partnership-recognised-as-marriage-by-court.html> >. Dans les États fédéraux ou les territoires dont les unités territoriales sont autonomes, il arrive aux autorités judiciaires d'appliquer le principe de courtoisie pour permettre la reconnaissance des relations formées dans d'autres États ou territoires aux fins de la dissolution ou du contrôle de la validité ; ainsi, la Cour suprême du Massachusetts aux États-Unis a reconnu par courtoisie une union civile entre partenaires de même sexe contractée dans le Vermont comme équivalente à un mariage aux fins d'une analyse des degrés d'alliance prohibés (*Elia-Warnken v. Elia*, 972 N.E.2d 17, 33-36, Ma. S. Ct. 2012). Elle a jugé le mariage entre partenaires de même sexe conclu au Massachusetts nul *ab initio* au motif que l'un des époux était partie à une union civile non dissoute conclue dans le Vermont à l'époque du mariage. Toutefois, voir *B.S. v. F.B.*, 883 N.Y.S.2d 458 (N.Y. Sup. Ct. 2009) où il a été jugé qu'une union civile valablement contractée dans le Vermont n'était pas un mariage, condition requise pour prononcer un divorce dans l'État de New York.

⁶⁹ Les diverses approches que les États ont choisies concernant la fin d'un concubinage (par ex. par décision unilatérale d'un des concubins ou par décision mutuelle des deux concubins) et la dissolution des partenariats enregistrés (par ex. par décision de justice, déclaration commune devant notaire, accord ou déclaration unilatérale) sont expliquées dans le Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 70 et para. 141 et s.

⁷⁰ Par ex., l'art. 60 de la Loi belge portant le Code de droit international privé du 16 juillet 2004 dispose : « La relation de vie commune est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel elle a donné lieu à enregistrement pour la première fois. Ce droit détermine, notamment, les conditions d'établissement de la relation, les effets de la relation sur les biens des parties, ainsi que les causes et les conditions de la cessation de la relation. [...] » ; en France, l'art. 515-7-1 du Code civil dispose : « Les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement. ».

⁷¹ Par ex., l'art. 10:87 du Code civil néerlandais dispose que la loi néerlandaise s'applique à la question de savoir s'il peut être mis fin à un partenariat enregistré hors des Pays-Bas et si oui, sur quel fondement. Par exception à cette règle, il autorise dans certaines circonstances l'application de la loi de l'État dans lequel le partenariat a été enregistré, notamment lorsque les partenaires ont choisi cette loi pour gouverner leur contrat ou pour les procédures judiciaires.

⁷² Voir art. 65a combiné avec les art. 61(2) et 65c de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé.

3. Compétence et loi applicable aux effets généraux des partenariats enregistrés

46. Lorsque des partenaires enregistrés déménagent dans un autre État que celui dans lequel ils ont enregistré leur partenariat, il peut se poser la question de savoir quel est l'État dont les autorités sont compétentes pour gérer les effets du partenariat enregistré⁷³. Une question liée est celle de la loi qui gouverne les effets du partenariat enregistré, comme les droits patrimoniaux, les droits en matière financière (impôt, protection sociale et pensions), aliments dus au partenaire et droits de la famille relatifs aux enfants.

47. Pour la plupart, les règles de conflit de lois établies pour les partenariats enregistrés ne concernent que les effets généraux du partenariat (suivant l'approche traditionnelle concernant les effets du mariage) tels que l'effet du partenariat sur les droits et les devoirs réciproques des partenaires et sur les droits patrimoniaux. Les effets concernant les enfants et les questions d'héritage sont souvent régis par des règles spécifiques à ces questions⁷⁴.

48. Pour que l'autorité d'un État soit compétente en ce qui concerne les effets généraux d'un partenariat enregistré étranger, il faut en premier lieu que cet État ait reconnu le partenariat en tant que tel (voir plus loin à la section B.). En outre, le droit interne, y compris les règles de conflit de lois, qui s'applique aux effets spécifiques comme les droits patrimoniaux, peut déterminer l'État dont les autorités sont compétentes en la matière.

49. Les États n'ont pas tous adopté les mêmes règles pour déterminer la loi applicable. Certains appliquent exclusivement le droit interne en ce qui concerne les conséquences des partenariats enregistrés et traitent donc les partenariats enregistrés étrangers comme des partenariats domestiques, indépendamment du lieu d'enregistrement⁷⁵. Cette méthode conduit à « réécrire » le partenariat, la conséquence possible étant que le partenariat produira moins, ou au contraire plus, d'effets que ce que les partenaires prévoyaient initialement⁷⁶.

50. Dans certains cas, les effets généraux du partenariat sont régis par la loi du lieu de résidence commune des partenaires, ce qui peut souvent conduire à appliquer le droit interne⁷⁷.

51. D'autres États appliquent la règle de la *lex loci registrationis*⁷⁸. Bien qu'elle impose à l'autorité de l'État d'accueil des partenaires d'appliquer le droit étranger lorsque le partenariat a été conclu à l'étranger, elle semble relativement simple : un partenariat étranger est régi par le droit étranger, tandis qu'un partenariat local est soumis au droit interne⁷⁹. Ce principe peut être toutefois tempéré par l'application d'une exception d'ordre public ou par des lois de police nationales⁸⁰. En outre, certains États ont limité les effets qu'un partenariat étranger peut produire à ceux qui sont prévus par le droit interne⁸¹.

⁷³ Voir, pour plus d'informations, Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 109 et s.

⁷⁴ Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 220 et s. et P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 170 et s.

⁷⁵ Par ex., l'art. 215 du *Civil Partnership Act* britannique dispose : « Deux personnes doivent être considérées comme ayant formé un partenariat civil par suite de l'enregistrement d'une relation étrangère si, en vertu de la loi en question, (a) elles avaient la capacité de conclure la relation et (b) elles réunissaient tous les critères pour garantir la validité formelle de la relation. » (traduction du Bureau Permanent). Lorsqu'un partenariat étranger satisfait à la définition d'une « relation étrangère » (art. 212), il sera reconnu au Royaume-Uni et traité comme un « partenariat civil » en droit britannique dès lors que les critères de reconnaissance prévus à l'art. 215 sont satisfaits. Voir pour plus d'informations K. McK Norrie (*op. cit.* note 42), p. 139-147.

⁷⁶ P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 173. Le problème de la « réécriture » existe aussi pour les mariages mais il pose plus de problèmes pour les partenariats enregistrés en raison de la diversité des régimes nationaux.

⁷⁷ En Suisse par ex., les effets généraux du partenariat sont régis par la loi de la résidence commune des partenaires ou, lorsque les partenaires ne résident pas dans le même État, par la loi de l'État de résidence avec lequel le lien est le plus étroit, voir art. 65a combiné avec l'art. 48 de la Loi fédérale sur le droit international privé.

⁷⁸ En Belgique et en France par ex., voir *supra*, note 70. Le Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1) donne d'autres exemples de législations nationales aux para. 222 et s.

⁷⁹ Voir, pour une analyse de l'utilisation de la règle du *lex loci registrationis* P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 161-171.

⁸⁰ P. Wautelet (*ibid.*) écrit, en p. 167, qu'un État peut, par ex., refuser de reconnaître la possibilité à un partenaire de même sexe d'adopter l'enfant de son partenaire, alors même que le droit étranger appliqué l'autorise. Il montre ensuite que la pratique peut être néanmoins différente et attire l'attention sur un arrêt de la Cour de cassation française du 8 juillet 2010 (No 08-21.740) qui a accepté de donner effet à l'adoption par une femme d'un enfant né de sa partenaire, une femme également, excluant l'application de l'exception d'ordre public sur laquelle les juridictions inférieures s'étaient fondées pour refuser de reconnaître l'adoption conclue aux États-Unis d'Amérique. Voir aussi les art. 17 (« Loi de police ») et 18 (« Ordre public du for ») de la proposition de Règlement européen sur les partenariats enregistrés (*op. cit.* note 10).

⁸¹ Par ex., l'art. 17b(4) de l'*EGBGB* allemand dispose : « Les effets d'un partenariat de vie enregistré à l'étranger ne sont pas supérieurs à ceux qui résultent des dispositions du Code civil allemand et de la loi sur le partenariat enregistré. » (traduction du Bureau Permanent). Sur l'approche allemande et le « *Kappungsgrenze* » voir K. Thorn, « The German conflict of law rules on registered partnerships », K. Boele-Woelki et A. Fuchs (dir. pub.)

52. Une autre approche consiste à appliquer par analogie les règles relatives au mariage, ce qui peut impliquer certaines adaptations si le résultat de l'application de ces règles diffère notablement des effets de l'application de la loi en vertu de laquelle le partenariat a été créé⁸².

53. En outre, certains États autorisent les partenaires à choisir la loi applicable à certains effets du partenariat enregistré. L'autonomie de la volonté des parties est en particulier prévue en ce qui concerne les effets patrimoniaux du partenariat⁸³.

4. Compétence et loi applicable à certains effets des partenariats enregistrés

54. Comme il est expliqué plus haut, les règles de conflit de lois établies pour les partenariats enregistrés, comme la règle de la *lex loci registrationis*, peuvent ne s'appliquer qu'aux effets généraux du partenariat tandis que les autres conséquences obéissent à d'autres règles de conflit de lois déterminant la compétence et la loi applicable.

55. En situation transfrontalière, l'application d'une autre loi que la loi de l'État d'enregistrement du partenariat pourrait produire des effets plus ou moins importants que ceux qui étaient souhaités au moment de la conclusion du partenariat⁸⁴. Puisque les droits nationaux, par exemple en matière de successions, diffèrent considérablement (les droits sur la succession peuvent être déterminés par la loi de la nationalité ou du domicile du défunt), la prétention successorale d'un partenaire survivant peut être soumise à une loi qui prévoit plus ou moins de droits que la loi de l'État d'enregistrement du partenariat. Cette situation pourrait être prise en compte de diverses manières. Si la loi de l'État d'enregistrement du partenariat ne reconnaît au partenaire survivant aucun droit sur la succession, les autorités de l'État dans lequel la prétention successorale est présentée pourraient refuser tous droits sur la succession alors même que le droit interne les reconnaît normalement⁸⁵. Si, dans le cas opposé, la loi applicable à la prétention successorale ne reconnaît aucun droit au partenaire survivant alors que la loi de l'État d'enregistrement du partenariat le ferait normalement, une règle spécifique pourrait permettre l'application de la loi de l'État d'origine du partenariat afin de pouvoir consentir des droits sur la succession au partenaire survivant⁸⁶.

56. Un autre domaine qui soulève des questions, notamment lorsque les partenaires enregistrés changent de résidence habituelle, est celui des droits et obligations des parents non mariés vis-à-vis de leurs enfants, comme le statut de parent, la garde et l'adoption. La plupart des États reconnaissent que les enfants nés hors mariage ne doivent pas subir de discrimination due au statut de leurs parents⁸⁷. Chaque droit interne a ses règles propres et certains États ont adapté le leur en raison de discussions relatives à la non-discrimination entre parents mariés et non mariés et entre couples de sexe opposé et de même sexe⁸⁸.

57. De nombreux États ont choisi de ne pas étendre aux partenaires enregistrés l'application des règles d'établissement de la filiation applicables aux couples mariés et ont préféré adopter des règles particulières. L'établissement d'une relation parent-enfant entre un enfant et le partenaire de la mère peut être plus difficile pour les couples non mariés puisque la présomption de paternité prévue par de nombreux États lorsque les parents sont mariés n'est pas nécessairement applicable aux couples non mariés⁸⁹. Dans certains États, les mères non mariées ont automatiquement la garde de leurs enfants tandis que le père non marié ou le

(*op. cit.* note 44), et Buschbaum, « Kollisionsrecht der Partnerschaften außerhalb der traditionellen Ehe – Teil 1 », *RNotZ* 2010, 73.

⁸² Voir A. Bucher (*op. cit.* note 63), p. 556-557 et P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 174-175 sur le droit suisse.

⁸³ Voir par ex. l'art. 10.4.4 (« Le régime patrimonial du partenariat »), les art. 10:70 et s., du Code civil néerlandais. L'Agence des droits fondamentaux (FRA) de l'Union européenne a commenté la proposition de Règlement européen sur les partenariats étrangers, notant que « [l']interdiction de discrimination énoncée à l'article 21 de la Charte interdirait un traitement qui est, en ce qui concerne le choix de la loi applicable, favorable aux couples mariés mais qui désavantage les personnes qui, bien qu'ayant besoin de reconnaissance pour leur partenariat, tiennent pour des raisons politiques ou d'autres raisons, à mener leur vie privée et leur vie familiale avec la plus grande autonomie personnelle possible » (traduction du Bureau Permanent), voir Avis de la FRA (en anglais) – 1/2012, p. 15, à l'adresse < <http://fra.europa.eu/en> >.

⁸⁴ Voir P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 170-171 avec des exemples.

⁸⁵ Voir sur cet aspect A. Bucher (*op. cit.* note 63), p. 558-559 et P. Wautelet (*ibid.*), p. 172.

⁸⁶ Voir art. 17b(1) 2^e phrase de l'EGBGB allemand.

⁸⁷ Voir, par ex. l'art. 2 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et l'art. 9 de la *Convention européenne du 15 octobre 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage* (« Convention européenne de 1975 »).

⁸⁸ Ainsi, le 11 janvier 2013, l'Autriche a publié une loi qui poursuit l'alignement des droits des enfants nés de parents non mariés sur ceux des enfants nés de parents mariés (*Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013*) ; le 16 avril 2013, l'Allemagne a adopté une loi concernant la responsabilité parentale des parents non mariés (*Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern*).

⁸⁹ Voir Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 127 et s.

partenaire enregistré de la mère doit accomplir d'autres formalités pour acquérir ces droits (comme l'obtention d'une décision de justice octroyant la garde ou la reconnaissance de l'enfant)⁹⁰.

58. À quelques occasions, des juridictions nationales et internationales⁹¹ ont également examiné la question des droits de garde de la mère ou du père non marié en contexte transfrontalier, notamment dans des affaires d'enlèvement international d'enfants⁹². Ainsi, en 2010, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, « CJUE ») a eu à déterminer si le Règlement Bruxelles II *bis*⁹³ empêchait un État membre d'exiger que le père non marié d'un enfant obtienne une décision de justice lui accordant la garde pour établir des « droits de garde » en vertu de l'article 2(11) de ce Règlement⁹⁴. Hormis les dispositions correspondantes du Règlement⁹⁵, la CJUE a considéré l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et a tenu compte en cela de la jurisprudence de la Cour EDH. Elle a conclu que le fait que, contrairement à la mère, le père naturel (non marié) n'était pas automatiquement titulaire de droits de garde vis-à-vis de son enfant n'avait aucune incidence sur son droit fondamental au respect de sa vie privée et de sa vie familiale, sous réserve qu'il puisse, avant le déplacement de l'enfant, s'adresser à un tribunal et demander que des droits de garde lui soient reconnus⁹⁶.

59. Dans ce contexte, il faut aussi souligner que l'établissement de la filiation n'est pas toujours suffisant en lui-même pour conférer la responsabilité parentale. Bien que dans certains États, les parents non mariés aient la responsabilité conjointe dès lors que la paternité est établie, dans d'autres, le père non marié ne peut obtenir la responsabilité qu'en prenant d'autres

⁹⁰ En Irlande par ex., la loi dispose qu'une mère non mariée est l'unique gardien d'un enfant né hors mariage. À moins que la mère accepte de signer une déclaration légale, un père non marié doit s'adresser au tribunal pour devenir gardien légal de son enfant (art. 6A du *Guardianship of Infants Act 1964*, tel qu'incorporé par l'art. 12 du *Status of Children Act 1987* et art. 2(4) du *Guardianship of Infants Act*, tel qu'incorporé par l'art. 4 du *Children Act 1997*). À l'inverse au Portugal, aux termes des art. 1871(1)(c) et 1911(1) du *Código Civil Português*, il existe une présomption de paternité lorsque durant la période de conception légale, les parents vivaient dans une relation stable en tant que mari et femme et les parents ont la garde conjointe lorsqu'ils vivent comme mari et femme. Voir, pour plus d'exemples, N. Lowe, « Une étude sur les droits et le statut juridique des enfants qui sont élevés dans différentes formes maritales et non maritales de partenariat et de cohabitation », Rapport soumis à l'attention du Comité d'experts sur le droit de la famille du Conseil de l'Europe, 2009, p. 14 et s. Voir aussi dans ce contexte les art. 3-5 de la Convention européenne de 1975.

⁹¹ La Cour EDH, par ex., a examiné à plusieurs reprises la question de savoir si des pères non mariés peuvent avoir des droits familiaux en vertu de la CEDH. Dans l'affaire *Nylund c. la Finlande* (No 27110/95) du 29 juin 1999, elle a rappelé de ses arrêts *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994 et *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 20 septembre 1994 que la notion de « vie familiale » visée à l'art. 8 ne se bornait pas aux seules relations fondées sur le mariage et « peut englober d'autres liens « familiaux » *de facto* lorsque les personnes cohabitent en dehors du mariage ». La notion de « vie familiale » peut aussi s'étendre à la relation entre les pères naturels et leurs enfants nés hors mariage pour autant que le père naturel manifeste « [de] l'intérêt et [de] l'attachement pour l'enfant avant et après la naissance ». En l'espèce, la Cour a jugé que le lien du père avec l'enfant constituait une base insuffisante en droit et en fait pour que la relation alléguée puisse relever de la notion de « vie familiale ». Dans l'affaire *Guichard c. la France* (No 56838/00) du 2 septembre 2003, la Cour EDH a jugé que la législation nationale accordant la responsabilité parentale à la seule mère de l'enfant n'était pas contraire à l'art. 8 de la CEDH, pour autant que le père naturel puisse à tout moment demander une modification des dispositions sur l'autorité parentale (voir aussi *Balbontin c. Royaume-Uni*, No 39067/97, du 14 septembre 1999). Dans l'arrêt *Zaunegger c. Allemagne* (No 22028/04) du 3 décembre 2009, la Cour EDH a jugé que la législation nationale qui ne reconnaissait au père naturel aucune possibilité d'obtenir l'autorité parentale sur cet enfant en l'absence d'accord avec la mère constituait une discrimination injustifiée contre le père et donc une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 de la CEDH.

⁹² Voir par ex., *T. v. O.* [2007] IEHC 326 du 10 septembre 2007 où la Haute Cour irlandaise (et en appel la Cour suprême, *T. v. O.* [2007] IESC 55 du 22 novembre 2007) a examiné la question de savoir si un père non marié auquel la loi irlandaise ne reconnaissait aucun droit de garde, a un « droit de garde » au sens de l'art. 3 de la *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*.

⁹³ Règlement (CE) No 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) No 1347/2000. Sur la question de savoir si le Règlement Bruxelles II *bis* s'applique aux partenariats enregistrés, voir, par ex., T. Garber, « Sind eingetragene Partnerschaften vom Anwendungsbereich der VO Brüssel IIa erfasst? », *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht*, juillet 2012, p. 204 et s.

⁹⁴ *J. McB v. L. E.*, C-400/10 du 5 octobre 2010. Pour une analyse de cette affaire, voir entre autres P. Jiménez Blanco, « Unmarried fathers and child abduction in European Union law », *Journal of Private international Law*, vol. 8, No 1, p. 135-137 (2012).

⁹⁵ La CJUE a jugé à cet égard que selon l'art. 2(11)(a) du Règlement, le caractère illicite du déplacement d'un enfant dépend de l'existence d'un « droit de garde » acquis par jugement ou de plein droit ou par un accord produisant des effets en vertu de la loi de l'État membre où l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement ou le non-retour et que, dès lors, le Règlement ne déterminait pas quelle personne avait ces droits de garde, mais renvoyait la question au droit de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant (voir para. 39-44 de *J. McB v. L. E.*, *ibid.*).

⁹⁶ Voir para. 45 et s. de *J. McB v. L. E.* (*ibid.*). Voir aussi *supra* note 91 pour la jurisprudence de la Cour EDH.

mesures, comme la conclusion d'un accord avec la mère ou l'obtention d'une décision de justice⁹⁷.

60. Une des questions qui peut se poser en contexte transfrontalier est celle de savoir si la responsabilité parentale d'un père non marié acquise dans un État (par ex. en vertu de la loi de l'État d'origine du partenariat, où la famille avait sa résidence habituelle) subsiste lorsque la famille s'installe dans un autre État (et que l'enfant change ainsi de résidence habituelle). Une solution est donnée à l'article 16(3) de la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants⁹⁸ qui, afin de garantir la continuité des relations parent-enfant, dispose qu'un changement de résidence habituelle de l'enfant ne peut entraîner la perte de la responsabilité parentale⁹⁹.

61. L'adoption est un autre sujet de discussion. Certains systèmes juridiques qui autorisaient l'enregistrement d'un partenariat refusaient l'adoption aux partenaires. Cette situation évolue sous l'effet de modifications apportées à la loi¹⁰⁰ et a été occasionnellement traitée par les juridictions nationales¹⁰¹ et internationales¹⁰² mais elle reste diversifiée. Alors que certains États exigent que les parents soient mariés, d'autres autorisent l'adoption aux partenaires enregistrés¹⁰³. Certains États refusent l'adoption aux couples de même sexe, tandis que d'autres l'autorisent¹⁰⁴.

62. En situation transfrontalière, les parents non mariés peuvent demander la reconnaissance de l'adoption de leur enfant réalisée dans un autre État. Un problème peut se poser dans les États dont le droit interne n'autorise pas les couples non mariés à adopter ou qui réservent l'adoption aux couples de sexe opposé¹⁰⁵. Ainsi, en 2012, les médias internationaux ont évoqué la situation de deux partenaires enregistrées, l'une finlandaise, l'autre italienne, qui avaient chacune donné naissance à une fille légalement adoptée en Finlande par l'autre partenaire, en soulignant le fait que lorsqu'une des partenaires se rend de Finlande en Italie avec sa fille

⁹⁷ Voir N. Lowe (*op. cit.* note 90), p. 30.

⁹⁸ *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.*

⁹⁹ L'art. 16(3) dispose en effet : « La responsabilité parentale conférée par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre État. ».

¹⁰⁰ Par ex. la *Convention européenne en matière d'adoption des enfants (révisée) du 27 novembre 2008* (« Convention de 2008 ») s'applique aux couples non mariés qui ont contracté un partenariat enregistré dans les États qui reconnaissent cette institution. Alors que le champ d'application de la *Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants* se limite aux couples mariés, le champ d'application de la Convention de 2008 a été étendu aux couples ayant contracté un partenariat enregistré afin de tenir compte d'une évolution constatée dans de nombreux États membres du Conseil de l'Europe ; voir le Rapport explicatif sur la Convention de 2008 révisée disponible à l'adresse < <http://conventions.coe.int/> >.

¹⁰¹ Ainsi, dans l'affaire *Re application of AMM and KJO to adopt a child* [2010] NZFLR 629 du 24 juin 2010, la Haute Cour de Nouvelle-Zélande a étudié si l'expression « époux » de l'art. 3 de l'*Adoption Act 1955* recouvre un homme et une femme qui ne sont pas mariés mais ont une relation stable et sérieuse. Elle a jugé qu'une telle interprétation était autorisée et qu'une lecture du mot « époux » réservant la possibilité d'adoption conjointe aux seuls couples mariés semblait opérer une discrimination à l'encontre d'autres types de relations courantes en Nouvelle-Zélande.

¹⁰² Par ex., dans l'arrêt *X et autres c. Autriche* (No 19010/07) du 19 février 2013, la Grande Chambre de la Cour EDH a examiné la requête déposée par deux femmes vivant en couple à la suite du refus des tribunaux autrichiens de consentir à l'une des partenaires le droit d'adopter le fils de l'autre. Elle a jugé qu'il y avait eu violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 de la CEDH en raison de la différence de traitement des requérantes par rapport aux couples non mariés de sexe opposé dans lesquels un parent souhaitait adopter l'enfant de l'autre partenaire.

¹⁰³ L'Allemagne, la Belgique, le Danemark, les Pays-Bas et la Suède, par ex., autorisent les partenaires enregistrés à adopter, voir N. Lowe (*op. cit.* note 90), p. 15-16. Voir aussi Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 130-134.

¹⁰⁴ L'Autriche, l'Italie, la Lituanie le Portugal et la République tchèque, entre autres, refusent l'adoption aux couples de même sexe, voir N. Lowe (*ibid.*). Voir aussi *supra* note 80 concernant un arrêt de la Cour de cassation française sur la reconnaissance de l'adoption par un couple de même sexe.

¹⁰⁵ Certains États fédéraux rencontrent des problèmes similaires. Aux États-Unis d'Amérique, c'est la loi des états qui détermine qui peut adopter et on observe une grande diversité entre les états à l'égard des cohabitants de même sexe et non mariés, ce qui engendre des difficultés comparables à celles rencontrées en contexte international. Dans l'affaire *In re Sebastian*, 881 N.Y.S.2d 297 (Surr. Ct. 2009), un tribunal new-yorkais a autorisé une mère biologique à adopter l'enfant qui avait été porté jusqu'au terme par son épouse de même sexe, alors que les deux femmes avaient le statut de parent, car elles craignaient que leurs droits parentaux ne soient pas reconnus dans d'autres États, voir L.D. Elrod et R.G. Spector, « A review of the year in family law: looking at interjurisdictional recognition », *Family Law Quarterly* vol. 43, No 4, p. 923, 933 (2010). Dans l'affaire *Chatterjee v. King*, 280 P.3d 283 (N.M. 2012), un tribunal du Nouveau-Mexique a jugé en 2012 que l'ex-partenaire de même sexe d'une mère adoptive avait qualité pour adopter l'enfant parce que le *Uniform Parentage Act* de l'état s'appliquait à tout parent « qui considère ouvertement l'enfant comme son enfant naturel et a établi une relation personnelle ou financière avec celui-ci ou s'en occupe » (traduction du Bureau Permanent).

adoptive, elle est confrontée à une insécurité quant à la réalité de ses droits parentaux hors de l'État de résidence habituelle, c'est-à-dire, la Finlande¹⁰⁶.

63. Bien que la question soit de plus en plus souvent abordée, les partenaires enregistrés – de sexe opposé ou de même sexe – peuvent encore subir une insécurité importante concernant leur statut de parents d'enfants avec lesquels ils n'ont pas de lien biologique ou qu'ils ont adoptés à l'étranger dans le cadre d'une adoption par le deuxième parent. Il en va de même du recours à la procréation médicalement assistée, qui peut être réservée aux partenaires de sexe opposé ou refusée aux partenaires enregistrés.

64. D'autres difficultés concernent les droits patrimoniaux et les autres droits d'ordre financier. Alors que tous les États qui prévoient la possibilité d'enregistrer un partenariat donnent à celui-ci, au minimum, certains effets en matière patrimoniale¹⁰⁷, la diversité est la règle en ce qui concerne les droits matériels correspondants et les règles de conflit de lois appliquées dans ces affaires¹⁰⁸.

65. Hormis les développements au niveau national et bilatéral¹⁰⁹ dans ce domaine, la proposition précitée de Règlement de l'UE sur les partenariats enregistrés, qui adopte des règles de droit international privé couvrant les conséquences patrimoniales des partenariats enregistrés, est une importante initiative multilatérale. Partant du constat que l'insécurité qui entoure les droits patrimoniaux des couples internationaux est un des principaux obstacles auxquels se heurtent les citoyens de l'UE dans leur vie quotidienne lorsqu'ils franchissent des frontières, le Règlement vise à établir un cadre juridique clair au sein de l'UE pour déterminer la compétence et la loi applicable aux conséquences patrimoniales des partenariats enregistrés¹¹⁰. Mais s'il offre un cadre juridique quant aux effets d'un partenariat enregistré, il n'offre pas de reconnaissance du statut lui-même, qui demeure régi par le droit interne.

66. Quant à la loi applicable aux effets patrimoniaux, la proposition de Règlement applique la règle de la *lex loci registrationis*¹¹¹. L'application d'une règle de droit fixée par le Règlement ne peut être écartée que si « cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for » mais l'application d'une règle de droit « ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que la loi du for ne connaît pas l'institution du partenariat enregistré »¹¹².

¹⁰⁶ En Finlande, les couples de même sexe peuvent enregistrer un partenariat et l'adoption est ouverte aux partenaires en tant que deuxième parent. Toutefois, l'Italie n'autorise pas les mariages ou les partenariats enregistrés de même sexe et un enfant ne peut avoir deux mères en droit interne. Voir P. Geitner, « On gay marriage, Europe strains to square 27 interests », *The New York Times* du 25 juillet 2012, disponible à l'adresse : < www.nytimes.com >.

¹⁰⁷ Voir dans ce contexte Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 110 et s.

¹⁰⁸ Voir par ex. « Bringing legal clarity to property rights for international couples » (*op. cit.* note 55), p. 5.

¹⁰⁹ L'Allemagne et la France ont conclu, en février 2010, un accord bilatéral établissant un nouveau régime matrimonial avec communauté des acquêts qui peut être choisi par les époux. C'est le premier régime matrimonial commun dont le fonctionnement et la liquidation obéissent aux mêmes règles dans les deux États et on le considère comme une avancée juridique majeure en droit international de la famille. Les couples ayant enregistré un partenariat en Allemagne (*eingetragene Lebenspartnerschaft*) peuvent aussi choisir ce régime (voir § 7(2) LPartG). Bien qu'il s'agisse d'un accord bilatéral, tout autre État membre peut adopter ce régime matrimonial optionnel par adhésion à l'accord. Voir par ex. les informations du ministère fédéral allemand de la Justice et de la Protection des consommateurs à l'adresse < http://www.bmjv.de/DE/Themen/Gesellschaft/Wahlgueterstand/_doc/_doc.html >, et N. Dethloff, « Der deutsch-französische Wahlgüterstand - Wegbereiter für eine Angleichung des Familienrechts? », *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, No 3 de juillet 2012, p. 509-539.

¹¹⁰ Voir la proposition de Règlement sur les partenariats enregistrés, COM(2011)127 (*op. cit.* note 10), p. 2-3.

¹¹¹ L'art. 15 de la proposition de Règlement sur les partenariats enregistrés (*ibid.*) dispose : « La loi applicable aux effets patrimoniaux du partenariat est la loi de l'État dans lequel il a été enregistré. » L'Exposé des motifs (*ibid.*, p. 8) note à cet égard que « [c]e principe apparaît conforme aux législations des États membres sur le partenariat enregistré, qui prévoient le recours généralisé à la loi de l'État de son enregistrement, et n'envisagent pas la possibilité pour les partenaires de choisir une autre loi que celle de l'État d'enregistrement, même s'il leur est reconnu la possibilité de conclure des conventions entre eux ».

¹¹² Voir art. 18 de la proposition de Règlement. De même, la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère ne peuvent être refusées au seul motif que la loi interne ne reconnaît pas le partenariat enregistré ou ne lui attribue pas les mêmes effets patrimoniaux (art. 24). Selon C. González Beilfuss, ce sont précisément ces dispositions qui pourraient faciliter la vie des partenaires enregistrés, voir « The Proposal for a Council Regulation on the Property consequences of Registered Partnerships », *Yearbook of Private International Law*, vol. 13 (2011), p. 183-198.

67. Concernant l'accès des concubins et des partenaires enregistrés aux droits sociaux et financiers, une série de décisions importantes des juridictions nationales¹¹³ et internationales¹¹⁴ a clarifié et en partie renforcé d'une part, le droit de ces couples à bénéficier de droits équivalents à ceux des couples mariés, et d'autre part, le droit des couples de même sexe à être traités comme les couples de sexe opposé. Ainsi, en 2013, la Cour suprême du Canada a eu à statuer sur une contestation fondée sur la Charte de certains articles du Code civil québécois relatifs à l'obligation alimentaire entre conjoints et au partage des biens¹¹⁵. Dans son arrêt historique *United States v. Windsor* rendu en 2013, la Cour suprême américaine a jugé que restreindre l'interprétation fédérale américaine du « mariage » et des « époux » aux seules unions hétérosexuelles était contraire à la constitution en vertu de la clause de protection due par le droit (« *due process* ») du Cinquième amendement¹¹⁶.

68. Toutefois, malgré des décisions favorables à la non-discrimination, les couples qui vivent dans une institution que tous les États ne reconnaissent pas se heurtent encore à des réalités pratiques complexes. L'insécurité juridique demeure puisqu'il arrive fréquemment qu'on ne sache pas dans quelle mesure les couples non mariés doivent être assimilés aux couples mariés aux fins des allocations publiques et des règles de droit civil. De plus, puisque les États appliquent des critères différents pour déterminer si un partenariat est valable sur leur territoire, les couples qui vivent dans un État qui refuse de reconnaître leur statut pourraient se voir refuser les allocations.

B. Reconnaissance des partenariats enregistrés étrangers

69. Une discussion sur la question de la compétence ou sur celle de la loi qui gouverne les effets d'un partenariat enregistré perdrait tout intérêt si le partenariat étranger n'est pas reconnu en tant que tel dans le « nouvel » État, et donc capable d'y produire des effets. Il est possible, par exemple, que les règles de conflit de lois permettent de déterminer la loi applicable mais que celle-ci ne reconnaisse pas le partenariat¹¹⁷.

70. La reconnaissance d'un partenariat enregistré étranger apporte une sécurité juridique aux couples et aux familles. Elle évite les relations boiteuses et les situations dans lesquelles un

¹¹³ Par ex., le *Bundesverfassungsgericht* allemand (Cour constitutionnelle) a jugé le 7 mai 2013 (2 BvR 909/06) que l'exclusion des partenaires enregistrés de même sexe du bénéfice de l'« Ehegattensplitting » (« partage de l'impôt pour les couples mariés ») était contraire à l'art. 3(1) de la Constitution allemande (*Grundgesetz*).

¹¹⁴ La Cour EDH a examiné dans l'arrêt *P.B. et J.S. c. Autriche* (No 18984/02) du 22 juillet 2010 la situation dans laquelle seul un parent proche ou un concubin de sexe opposé pouvait être qualifié de personne à charge d'un fonctionnaire pour l'extension de la couverture d'assurance ; un partenaire de même sexe était exclu des garanties en tant que personne à charge. L'arrêt *Kozak c. Pologne* (No 13102/02) du 2 mars 2010 concernait l'exclusion d'un concubin de même sexe de la reprise d'un bail et la question de savoir si le refus de transmission d'un bail était nécessaire pour la protection de la famille. Dans les deux affaires, la Cour EDH a jugé qu'il y avait eu violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 8 de la CEDH. Dans l'arrêt *J.M. c. le Royaume-Uni* (No 37060/06) du 28 septembre 2010, la Cour EDH a jugé qu'une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle en ce qui concerne les aliments dus à un enfant constituait une violation de l'art. 14 combiné avec l'art. 1 du Protocole No 1. La CJUE s'est également penchée sur la question des pensions de réversion au titre d'un régime de retraite professionnelle obligatoire pour les partenaires enregistrés dans l'affaire *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (C-267/06) du 1^{er} avril 2008 et sur le calcul d'une pension de retraite complémentaire pour les partenaires enregistrés dans *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg* (C-147/08) le 10 mai 2011.

¹¹⁵ Dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 SCC 5 du 25 janvier 2013, il était allégué que certains articles du Code civil du Québec sur l'obligation alimentaire et le partage des biens entre conjoints étaient inconstitutionnels en vertu de l'art. 15(1) de la Charte puisqu'ils ne s'appliquaient qu'aux époux mariés ou aux époux ayant contracté une union civile mais non aux concubins. La majorité des juges de la Cour suprême ont considéré que les lois violaient en effet la Charte mais que la violation pouvait être justifiée sur le fondement de l'art. 1 ; la loi a donc été jugée conforme à la Constitution.

¹¹⁶ *U.S. v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675, U.S., 2013 ; voir aussi *Cozen O'Connor v. Tobits*, No 2:11-cv-00045-CDJ (E.D. Pa. Jul. 29, 2013). L'affaire *Windsor* concernait un couple de même sexe résidant à New York, qui s'était légalement marié en Ontario, Canada, en 2007. Au décès d'un des époux, l'autre demanda l'exonération de l'impôt fédéral sur les successions pour les époux survivants mais il fut empêché de le faire par l'art. 3 du *Defense of Marriage Act* (codifié à 1 U.S.C. § 7) aux termes duquel le terme « époux » ne s'applique qu'aux mariages entre un homme et une femme. La décision rendue dans cette affaire a eu un impact retentissant car les couples mariés de même sexe vivant dans des états américains qui reconnaissaient leur union avaient désormais accès à plus de 1 000 allocations fédérales. Néanmoins, les couples ayant contracté un mariage ou une union civile de même sexe ne sont toujours pas assurés que leur mariage ou leur union sera effectivement reconnue dans un autre état. Voir, par ex., pour plus d'informations, L.R. Westfall, « Looking Beyond DOMA: The Effects of *United States v. Windsor* on Federal Tax Law », *ABA Section of Taxation NewsQuarterly*, vol. 33, No 1, Automne 2013, et Crowell & Moring, « Same-Sex Spouse Has Right to Pension Benefits Under ERISA - First Case Following *Windsor* Decision and its Implications for Benefit Plans » du 7 août 2013 à l'adresse < <http://www.crowell.com> >.

¹¹⁷ Voir pour plus d'informations sur ce point P. Wautelet (*op cit.* note 44), p. 176 et s.

partenaire enregistre un deuxième partenariat ou contracte un mariage sans avoir dissous un partenariat enregistré antérieur¹¹⁸.

71. Le seul instrument international sur cette question spécifique, la *Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés* du 5 septembre 2007 élaborée par la Commission internationale de l'état civil, n'est pas encore entré en vigueur¹¹⁹.

72. Certains États ont recensé les partenariats enregistrés étrangers¹²⁰ équivalents ou correspondant aux partenariats enregistrés nationaux et qui seront par conséquent reconnus de plein droit¹²¹. Si un partenariat enregistré ne figure pas dans la liste, il doit remplir des conditions supplémentaires.

73. La règle de la *lex loci registrationis* qui est appliquée par plusieurs États garantit également la reconnaissance des partenariats enregistrés étrangers : ceux-ci sont reconnus sous réserve qu'ils remplissent les conditions du pays d'enregistrement. La règle fonctionne ainsi comme une règle de conflit de lois et comme une règle de reconnaissance¹²². Toutefois, les couples peuvent demeurer confrontés à l'insécurité juridique car l'application de la règle de la *lex loci registrationis* peut être limitée par des exigences spécifiques du droit interne.

74. Certains États ont incorporé une disposition explicite dans leurs règles de conflit de lois expliquant dans quelles circonstances un partenariat enregistré étranger sera reconnu¹²³.

75. Une autre question est celle de savoir si, même s'il devait être reconnu en tant que tel dans un autre État, le partenariat enregistré étranger devrait quand même être enregistré auprès d'un tribunal local ou d'une autre autorité pour produire des effets (dans tous les domaines ou seulement dans certains). Les effets de la reconnaissance vis-à-vis des tiers, par exemple, peuvent être liés en droit interne à la publication du partenariat enregistré au registre d'état civil¹²⁴.

76. Dans l'ensemble, la reconnaissance d'un partenariat enregistré dans un autre État que l'État d'origine soulève encore des questions juridiques et pratiques qui engendrent des situations difficiles et parfois inattendues pour les partenaires. Afin d'éviter l'insécurité, un couple peut choisir de réenregistrer son partenariat dans un autre État lorsqu'il forme un lien particulier avec celui-ci ou s'y installe¹²⁵. Cependant, cette solution n'est pas toujours possible, notamment parce que certains États ont limité leur régime de partenariats enregistrés aux partenaires de sexe opposé ou de même sexe¹²⁶. La conséquence serait un déni complet d'un statut juridique qui avait été valablement obtenu et une relation boiteuse.

¹¹⁸ Voir pour plus d'informations Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 234-252.

¹¹⁹ La *Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés* a été ratifiée par l'Espagne et signée par le Portugal ; voir < <http://ciec1.org/> > (dernière consultation le 11 février 2015).

¹²⁰ Les partenariats étrangers recouvrent, par exemple, les unions civiles, les partenariats de vie, les partenariats domestiques, les partenariats civils.

¹²¹ Voir, par ex., pour la Nouvelle-Zélande le *Civil Unions (Recognised Overseas Relationships) Regulations 2005* (SR 2005/125), pour le Royaume-Uni le *Civil Partnership Act 2004 (Overseas Relationships) Order 2012*, pour l'Irlande le *Civil Partnership (Recognition of Registered Foreign Relationships) Orders*, pour l'Australie, par ex. le *Relationships Act 2003* § 65A et le *Civil Union Bill 2011* pour la Tasmanie.

¹²² P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 167.

¹²³ À titre d'exemple, l'art. 10:61 du Code civil néerlandais dispose au para. 1 qu'un partenariat étranger reconnu par la loi de l'État dans lequel il a été enregistré est reconnu aux Pays-Bas comme un partenariat enregistré valable. Au para. 5, cette disposition est nuancée en exigeant que, pour être reconnu, un partenariat enregistré concerne « une forme de cohabitation légalement régulée de deux personnes maintenant une relation personnelle étroite l'une avec l'autre qui, au minimum (a) est enregistrée par une autorité publique compétente pour procéder à de tels enregistrements [...] ; (b) exclut l'existence d'un mariage ou d'une autre forme de cohabitation avec un tiers régulée par la loi et (c) crée des devoirs (obligations) entre les partenaires qui correspondent essentiellement aux devoirs maritaux des époux que la loi associe à mariage » (traduction du Bureau Permanent).

¹²⁴ Le Code civil français, par ex., applique la règle de la *lex loci registrationis* (*supra* note 70). L'art. 515-3-1(2) dispose : « Le pacte civil de solidarité ne prend effet entre les parties qu'à compter de son enregistrement, qui lui confère date certaine. Il n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies. Il en va de même des conventions modificatives. ».

¹²⁵ Voir Doc. pré. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 248 et s. sur la question des enregistrements multiples.

¹²⁶ P. Wautelet (*op. cit.* note 44) analyse (p. 177) l'exemple de partenaires enregistrés néerlandais de sexe opposé qui déménagent en Allemagne où leur partenariat ne sera pas reconnu car le régime allemand ne s'applique qu'aux partenaires de même sexe et conclut que les partenaires « sont littéralement pris au piège d'une relation qu'il peut être difficile d'exporter dans le pays de leur nouvelle résidence » (traduction du Bureau Permanent).

C. Application d'instruments internationaux à certains aspects des partenariats enregistrés

77. Une question qui découle des difficultés précitées du point de vue des aspects de droit international privé des partenariats enregistrés est celle de savoir s'il existe des instruments internationaux qui apportent des solutions à ces difficultés ou, autrement dit, dans quelle mesure les instruments internationaux existants s'appliquent aux partenariats enregistrés ou en couvrent au moins certains aspects.

78. Comme il est indiqué plus haut, la *Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés* du 5 septembre 2007 n'est pas encore entrée en vigueur. Cet instrument permettrait la reconnaissance d'un partenariat enregistré et ses effets sur l'état civil dans d'autres États contractants, mais elle ne constituerait pas un cadre complet pour les partenariats enregistrés.

79. Par définition, les Conventions de la Haye de 1978 sur la célébration des mariages et sur les régimes matrimoniaux¹²⁷ ne s'appliquent à aucune forme de cohabitation hors mariage, partenariats enregistrés compris¹²⁸. Toutefois, d'autres Conventions de La Haye relatives au droit de la famille couvrent certains aspects de la vie familiale des partenaires enregistrés¹²⁹ :

- Aux termes de son article 2(1)(a), la Convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement des aliments¹³⁰ s'applique aux obligations alimentaires « découlant d'une relation parent-enfant » et son article 2(4) ajoute expressément que ses dispositions « s'appliquent aux enfants indépendamment de la situation matrimoniale de leurs parents ». Lorsqu'une demande étrangère ou une décision d'aliments se fonde sur une relation parent-enfant, le fait que cette relation soit basée sur un partenariat enregistré ne doit donc pas avoir d'importance. À l'article 2(1)(b), la Convention emploie le terme « obligations alimentaires entre époux et ex-époux » mais en vertu de l'article 2(3), les États ont la possibilité d'étendre l'application à d'autres obligations alimentaires « découlant de relations de famille ».
- Si un partenariat enregistré fait naître des obligations alimentaires, le Protocole de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires¹³¹ s'appliquera car l'article 1(2) ouvre son champ d'application aux obligations alimentaires « découlant de relations de famille », y compris les obligations alimentaires envers un enfant « indépendamment de la situation matrimoniale de ses parents ». Le Protocole prévoit à l'article 5 une règle spéciale concernant les époux et ex-époux. Bien qu'il ne mentionne pas d'autres institutions que le mariage, les États qui reconnaissent ces institutions dans leur système juridique peuvent les soumettre à la règle de l'article 5¹³².
- La Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants¹³³ dispose que les autorités de l'État dans lequel l'enfant a été déplacé ou dans lequel il est retenu doivent statuer sur la question de la violation d'un droit de garde (art. 3) conformément à la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. C'est donc le droit de l'État de résidence habituelle de l'enfant qui détermine si un partenaire enregistré avait des droits de garde au moment où l'enfant a été déplacé ou retenu¹³⁴. Il en va de même dans la Convention de La Haye

¹²⁷ *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux* et *Convention du 14 mars 1978 sur la célébration des mariages et la reconnaissance de la validité des mariages*.

¹²⁸ Selon H. van Loon, une partie des règles peuvent être toutefois appliquées par analogie aux partenariats, voir H. van Loon, « Hague Conventions on Private International Law, Same-Sex Marriage and Non-Marital Institutions », M. Piers, H. Storme et J. Verhellen (dir. pub.), *Liber Amicorum Johan Erauw*, Intersentia, 2014, p. 290-291 et 293-294.

¹²⁹ Voir à cet égard H. van Loon (*ibid.*) et P. Wautelet (*op. cit.* note 44), p. 158-161.

¹³⁰ *Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille*.

¹³¹ *Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*.

¹³² Le « Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires », Conférence de La Haye, 2013, par A. Bonomi, note aux para. 92-93 : « Malgré les propositions en ce sens [...], l'article 5 ne fait pas mention des institutions proches du mariage, telles que certaines formes de partenariats enregistrés, ayant, en matière d'obligations alimentaires, des effets comparables au mariage. Malgré le silence du texte, la Session diplomatique a admis que les États qui connaissent de telles institutions dans leurs ordres juridiques, ou qui sont prêts à les reconnaître, puissent les soumettre à la règle de l'art. 5. Cette solution permettra aux autorités de ces États d'éviter de traiter de manière différente des institutions qui, selon leur droit interne, sont équivalentes au mariage. [...] Cette solution est facultative, dans le sens qu'elle ne s'impose pas aux États qui refusent ce type de relations. ».

¹³³ *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*.

¹³⁴ Voir dans ce contexte, *supra*, para. 58 et note 92.

de 1996 sur la protection des enfants¹³⁵ (art. 7), qui complète la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement d'enfants.

- La Convention de La Haye de 1996 protège la responsabilité parentale qui a été acquise en vertu d'un certain droit lorsque l'enfant change de résidence habituelle dans un autre État (art. 16(3))¹³⁶. Ainsi, bien que les partenaires enregistrés puissent avoir des incertitudes quant à la reconnaissance de leur statut formel de parents, ils conservent leur responsabilité parentale lorsqu'ils déménagent d'un État contractant à la Convention de 1996 à un autre État contractant. Il est à souhaiter que dans ces situations, la disposition d'ordre public de l'article 22 soit appliquée de manière restrictive et que – comme elle l'exige – toute autorité qui souhaite appliquer cette réserve tienne compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel demanderait la continuité de la régulation de la responsabilité parentale. En général, cette Convention aide à garantir la reconnaissance et l'exécution de mesures visant la protection de la personne ou des biens de l'enfant dans tous les États contractants et n'opère pas de distinction entre un enfant dont les parents sont mariés et un autre dont les parents ne sont pas mariés.
- La Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale¹³⁷ ne dispose pas expressément que les couples qui souhaitent adopter un enfant doivent être mariés¹³⁸. La question de son application aux adoptions par des partenaires enregistrés peut donc se poser lorsque l'État d'origine et l'État d'accueil sont Parties à la Convention et que tous deux admettent ces adoptions. De plus l'article 23(1) de la Convention dispose qu'« une adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres États contractants ». Dès lors, si les autorités compétentes ont considéré que les partenaires enregistrés étaient « qualifiés et aptes à adopter » conformément à l'article 5(a), l'adoption doit être reconnue dans tous les autres États contractants indépendamment de la situation matrimoniale des parents. Un État étranger pourrait refuser la reconnaissance de l'adoption pour des motifs d'ordre public (art. 24) mais il devrait tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

80. Il ressort de ce qui précède que certaines Conventions de La Haye couvrent certains aspects de la vie familiale des partenaires enregistrés. Toutefois, il n'existe pas d'instrument international mondial traitant, de façon complète, les aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage, y compris les partenariats enregistrés.

VI. Conclusion

81. Un nombre croissant d'États autorisent des individus à enregistrer leur partenariat et établissent un cadre juridique déterminant les droits et les obligations des partenaires, l'un vis-à-vis de l'autre et vis-à-vis de leurs enfants. Lorsque les partenaires et leurs enfants franchissent des frontières et cherchent à « exporter » leur partenariat dans un autre État, plusieurs questions se posent concernant la compétence, la loi applicable et la reconnaissance de leur partenariat. De nombreux États n'ont pas de règles de conflit de lois régissant ces questions et même si certains législateurs ont adopté des règles de conflit de lois qui s'appliquent à ces situations, de multiples questions demeurent sans réponse.

¹³⁵ *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.*

¹³⁶ Voir *supra*, para. 60.

¹³⁷ *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.*

¹³⁸ Le Rapport explicatif sur la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale, Conférence de La Haye, 1994, par G. Parra-Aranguren, déclare au para. 79 que « [l]a question de savoir qui pourrait être parent adoptif a été longuement débattue au sein de la Commission spéciale, et l'on s'est demandé en particulier si la Convention devait s'appliquer aux demandes d'adoptions formulées par des couples de personnes non mariées, de sexe différent, formant une union stable, ou d'homosexuels ou de lesbiennes vivant seuls ou en couples. Bien que ces cas particuliers aient été abondamment discutés, les problèmes qu'ils soulèvent peuvent être qualifiés de faux problèmes, étant donné que l'État d'origine et l'État d'accueil collaboreront dès le début et pourront mettre un terme à la procédure à tout moment, par exemple en raison de la situation personnelle des futurs parents adoptifs. De plus, au cas où ils donneraient leur consentement à ce type particulier d'adoption, les autres États contractants auraient le droit de refuser de la reconnaître pour des raisons d'ordre public, ainsi que le prévoit l'article 24 ». Voir aussi para. 80-86 du Rapport explicatif.

82. L'insécurité juridique dans ce domaine du droit de la famille tient au fait que les États ont choisi des approches différentes – le corollaire étant que le droit interne diffère d'un État à l'autre – mais aussi aux différences entre les règles de droit international privé adoptées par certains États pour les partenariats enregistrés.

83. Des partenariats boiteux semblent donc encore inévitables. Les partenaires enregistrés sont exposés à l'insécurité non seulement quant à la reconnaissance à l'étranger du statut juridique qu'ils ont valablement acquis, mais aussi quant au statut juridique de leurs enfants. Ce dernier aspect met en jeu le besoin de protéger l'enfant et de considérer son intérêt supérieur.

84. De plus, des conséquences importantes du partenariat restent mal définies, comme les relations patrimoniales, les droits à la succession et d'autres droits d'ordre financier, en particulier lorsque les règles de conflit de lois conduisent à appliquer une loi qui confère aux partenaires enregistrés plus ou moins de droits que ce qu'ils pensaient initialement. Des problèmes voisins peuvent survenir dans le cas du mariage, mais ceux qui se posent dans le cas des partenariats enregistrés sont plus graves car les législations nationales sont très différentes.

85. Pour se soustraire à ces incertitudes, un couple peut décider de réenregistrer son partenariat conformément au droit d'un autre État (si c'est possible, car le sexe du couple peut jouer un rôle) avec pour conséquence que de multiples enregistrements peuvent compliquer la question et qu'il faudra peut-être accomplir des formalités dans plusieurs pays pour dissoudre le partenariat¹³⁹.

86. Certains aspects de la vie familiale des partenaires enregistrés entrent dans le champ d'application de certaines Conventions de La Haye mais à ce jour, aucun instrument mondial ne régle de façon exhaustive les aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage.

87. Cette situation, alliée aux aspects précités de l'insécurité juridique en contexte transfrontalier, a conduit certains auteurs à demander un instrument de droit international privé sur la cohabitation hors mariage qui, malgré la diversité des droits internes, pourrait apporter des solutions et de la clarté dans les situations internationales¹⁴⁰.

88. Ces demandes peuvent être étayées par le fait que le nombre de concubins et de partenaires enregistrés augmente dans la plupart des régions du monde si ce n'est pas toutes et qu'une « internationalisation » croissante de la famille entraîne une augmentation des affaires transfrontalières. Cette réalité sociale peut constituer la base sur laquelle pourraient s'appuyer de nouveaux efforts pour étendre le droit international privé de la famille à la cohabitation hors mariage¹⁴¹.

89. Face au nombre toujours croissant de concubins, de partenaires enregistrés et d'enfants nés de telles relations et aux difficultés qu'ils rencontrent en contexte transfrontalier, il semble légitime de poser la question de la nécessité d'un instrument mondial sur le sujet. Le moment est peut-être venu de poursuivre les discussions au niveau des experts concernant, notamment, la possibilité d'unifier les règles de conflit de lois ou de créer un ensemble de règles de conflit de lois apportant de la clarté, par exemple en ce qui concerne la compétence en matière d'enregistrement ou de dissolution des partenariats enregistrés, la loi applicable aux effets des partenariats enregistrés et leur reconnaissance à l'étranger.

90. Au vu de ces considérations, le Bureau Permanent pense que les aspects de droit international privé de la cohabitation hors mariage doivent rester au programme de la Conférence. Si le Conseil souscrit à cette approche, le Bureau Permanent propose d'établir un questionnaire en concertation avec des experts sélectionnés de différents systèmes juridiques et régions. Par ce questionnaire, le Bureau Permanent rechercherait des informations

¹³⁹ Voir Doc. pré-l. No 11 / 2008 (*op. cit.* note 1), para. 248-252 et art. 6 de la *Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés* du 5 septembre 2007, qui n'est pas encore entrée en vigueur (*supra* note 71).

¹⁴⁰ Voir, notamment, J. Erauw et J. Verhellen, « Het conflictenrecht van de wettelijke samenwoning. Internationale aspecten van een niet-huwelijkse samenlevingsvorm » in *Echtscheidingsjournaal 1999*, p. 150-161 (p. 160) ; K. Boele-Woelki, « De wenselijkheid van een IPR-verdrag inzake samenleving buiten huwelijk », *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 1999, p. 11-13, et « The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union », *Tulane Law Review*, vol. 82, n° 5 (mai 2008), p. 1949-1982 (en p. 1981, K. Boele-Woelki mentionne un instrument mondial et le rôle de la Conférence de La Haye de droit international privé) ; I. Curry-Sumner, « Uniform Patterns Regarding Same-Sex Relationships » (*op. cit.* note 50), p. 188 et 194 ; P. Wauteleat (*op. cit.* note 44), p. 170 et s.

¹⁴¹ M. Attah (*op. cit.* note 30), p. 163.

pertinentes afin d'étudier ensuite la faisabilité d'un instrument, y compris une stratégie pour élaborer une approche uniforme des questions de droit international privé soulevées dans le contexte de la cohabitation hors mariage, partenariats enregistrés compris.