

Vingt-cinquième réunion
Luxembourg, 18 - 20 septembre 2015

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

I. Règles européennes sur la loi applicable aux sociétés
II. Projet de règlement sur le divorce
III. Statut juridique des personnes en demande de protection internationale dans une situation d'afflux massif
IV. L'avis 2/13 de la Cour de justice et le droit international privé
V. Gazprom: « Antisuit injunction » et arbitrage
VI. Présentation de l'actualité de la Conférence de La Haye
VII. Présentation des travaux de la Commission
VIII. Présentation de l'actualité de la Cour européenne des droits de l'homme
Annexe I : Regulation X on the law applicable to companies and other bodies (2nd draft)
Annexe II : Projet de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière de divorce
Annexe III : Quelques mots d'explication sur le projet de règlement de divorce
Annexe IV : Réfugiés, migrants, DIP et GEDIP, par Hans van Loon
Annexe V : "Gazprom Gedip"
Annexe VI : CEDH et droit international privé

Lors de sa réunion de Luxembourg, le Groupe européen de droit international privé a poursuivi ses travaux sur l'établissement de règles communes de conflit de lois en droit des sociétés, sur base des acquis de la réunion de Florence. Il a également entamé des travaux dans la perspective d'un instrument européen englobant la compétence internationale, la loi applicable et l'efficacité des décisions étrangères en matière de divorce. Par ailleurs, il a échangé des informations sur l'actualité du droit de l'Union, de la Conférence de La Haye et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il a également entendu les résultats d'une recherche portant sur le mouvement mondial de codification des règles de conflit de lois dans le domaine de la responsabilité civile. Enfin, dans le contexte de l'actualité des flux massifs de personnes déplacées dans les Etats membres de l'Union européenne, il a adopté une déclaration sur le statut juridique de demandeurs de protection internationale en provenance de pays tiers vers l'Union européenne.

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

I. Règles européennes sur la loi applicable aux sociétés

F. Garcimartin présente une nouvelle version du projet « *Regulation X on the law applicable to companies and other bodies* » (v. Annexe I) que le sous-groupe a préparée sur la base de l'acquis obtenu au terme de la discussion tenue lors de la réunion de Florence. Le texte veille à intégrer cet acquis, notamment en adoptant une nouvelle structure, composée de quatre chapitres :

- o Chapitre I. Champ d'application
- o Chapitre II. Loi applicable : il s'agit du chapitre central du règlement. Il reprend les règles de conflit de lois et le domaine de la loi applicable. Ce dernier a été étendu par rapport au premier projet
- o Chapitre III. Le changement de la loi applicable : ce chapitre a été abrégé par rapport au premier projet puisqu'il ne contient plus que deux dispositions.
- o Chapitre IV. Autres dispositions : ce nouveau chapitre a été sensiblement remodelé.

1. Articles 1er et 5. Champ d'application matériel — Domaine de la loi applicable

Article 1. Scope

1. This instrument determines the law applicable to companies and other bodies, corporate or unincorporated (hereinafter “companies”), including their creation, by registration or otherwise, legal capacity, internal organisation or winding-up, and the personal liability of officers and members as such for the obligations of the company or body.

[Alternative: “1. This instrument determines the law applicable to companies and other bodies, corporate or unincorporated, that, in accordance with that law, have their own personality different from the personality of their members”]

2. The following matters shall be excluded from the scope of this Regulation:

(a) Jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments;

(b) Contractual and non-contractual obligations, including the direct liability in tort of members and directors of a company, in particular liability resulting from misrepresentation or their allowing the company to continue carrying on business when undercapitalized;

(c) Rights in rem over shares or other participation rights;

(d) Insolvency;

(e) The constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries”;

(f) Labour relationships and employees rights [other than rights of participation in the organs [or other bodies] of a company]; and

(g) Public law, including taxes, social security or other administrative matters, and public-law entities.

L'article 1er comprend deux paragraphes, selon le modèle d'autres instruments européens : le premier paragraphe définit ce qui entre dans le champ d'application matériel du règlement alors que le second reprend une liste de matières exclues. Il doit se lire en combinaison avec l'article 5 consacré au domaine de la loi applicable et libellé comme suit :

Article 5. Scope of the applicable law

The law designated by articles 4 and 5 shall govern, in particular:

(a) the foundation of the company, its re-organization and winding-up⁽¹⁾;

(b) the name of the company;

(c) without prejudice to article 6, its legal nature, general capacity, capacity to act and representative bodies;

(d) its internal functioning, organization and capital structure⁽²⁾;

(e) accounts, auditing and disclosure;

(f) membership, including:

(i) conditions of membership;

(ii) the rights and obligations associated with membership;

(iii) the acquisition and disposition of those rights; and

(iv) entitlement to exercise the rights of shareholders against the company⁽³⁾;

(g) the liability of directors vis à vis the members of the company and the company itself;

(h) without prejudice to article 7, the liability of directors and members for obligations of the company⁽⁴⁾; and

(i) the consequences of failure to fulfil the formal requirements for incorporation on the validity of the incorporation of a company.

1.1. Paragraphe 1er — Matière visée

Les membres du sous-groupe se sont heurtés à la difficulté de distinguer ce qui relève de la matière contractuelle et tombe par conséquent dans le champ d'application du règlement Rome I, de ce qui relève de la présente proposition. La difficulté trouve sa source dans le fait que toutes les sociétés sont, au départ, fondées sur un contrat. L'objectif du sous-groupe est d'assurer que le règlement Rome I et le règlement sur la loi applicable aux sociétés se complètent, sans jamais se superposer et sans exclure des entités qui se trouveraient alors dépourvues d'un règlement relatif à la loi applicable. Trois options ont été envisagées par le sous-groupe :

- **Option 1** : reprendre les éléments exclus du règlement Rome I dans le champ d'application du présent projet et indiquer, dans un considérant, que le présent règlement s'applique à toutes les matières relevant du droit des sociétés et exclues du règlement Rome I. Le premier paragraphe traduit cette option.
- **Option 2** : définir le champ d'application du projet de manière autonome en faisant référence au concept de personnalité juridique. Le texte aurait par conséquent vocation à s'appliquer uniquement aux entités revêtant une personnalité juridique différente de celle de leurs membres. Le fait que les membres ont une responsabilité limitée ne devrait pas entrer en considération. Les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée et les contrats de partenariat seraient également exclus du champ d'application matériel du règlement en projet. Ces derniers seraient soumis au champ d'application du règlement Rome I. Un considérant pourrait clarifier ces différentes exclusions. Le concept de personnalité juridique est néanmoins un concept ambigu, même s'il est déjà repris dans d'autres instruments européens. Le risque est également de se trouver dans un cercle vicieux si la loi applicable à la société détermine si une société a une personnalité juridique.
- **Option 3** : le champ d'application pourrait se définir comme incluant les sociétés de personnes organisées. La difficulté est que plusieurs Etats membres ne connaissent pas ce concept et que l'interprétation de la notion de « société de personnes organisée » peut se révéler ambiguë. Une possibilité serait d'inclure une annexe au règlement indiquant ce que chaque Etat membre considère comme étant une entité de personnes organisée.

Le sous-groupe marque sa préférence pour la première option.

La discussion au sein du Groupe porte essentiellement sur les moyens permettant de distinguer les matières relevant du champ d'application du règlement Rome I et celles relevant du présent projet, tout en relevant la difficulté inhérente à une définition suffisamment précise du concept de société.

Les membres conviennent que les champs d'application du règlement Rome I et du règlement sur la loi applicable aux sociétés ne se superposent pas, tout en s'assurant que des entités ne se trouvent pas exclues des deux règlements. Les discussions portent sur la manière de distinguer les entités qui devraient être soumises au règlement Rome I de celles qui devraient être soumises au présent texte.

- Le concept de personnalité juridique

Le concept de personnalité juridique est à contenu variable en droit comparé. Certains Etats lui donnent une définition large alors que d'autres optent pour une définition beaucoup plus étroite. Il est suggéré de dire que l'élément central est celui de savoir si la société a une personnalité différente de celles de ses membres et si elle peut agir de manière différenciée par rapport à ses membres. Cependant, cette définition risque de donner naissance à des cas dans lesquels l'entité concernée n'entre dans le champ d'application d'aucun instrument.

- Une référence à l'article 54 TFUE

Pour certains, il ne faut pas chercher à définir le champ d'application du règlement sur la loi applicable aux sociétés par rapport au champ d'application du règlement Rome I car ces deux règlements poursuivent des objectifs différents. Opter pour une référence à l'article 54 TFUE pourrait donc être plus adéquat⁽⁵⁾.

- Limitation du premier paragraphe et référence au règlement Rome I

Une option serait d'explicitier, dans un autre alinéa, les relations entre ce projet et le règlement Rome I. Une indication dans le texte aura en effet plus de poids, sur le plan juridique, que dans un considérant. Certains craignent cependant que d'autres difficultés d'articulation surviennent avec d'autres instruments qui ne seraient pas mentionnés. Il leur semble par ailleurs évident que les champs d'application de ces textes ne se superposent pas en raison du postulat de cohérence systémique entre eux.

Au terme de la discussion, trois options sont envisageables : l'articulation entre ces deux

textes peut être insérée directement dans l'article 1er, dans un considérant ou dans une note de bas de page. Le Groupe s'entend pour dire que les relations entre le règlement et les autres instruments de droit international privé seront inscrites dans un considérant.

En outre, il est convenu que tout double emploi doit être évité entre l'article 1er et l'article 5. Comme la liste des points de droit énoncée dans le paragraphe 1er de l'article 1er affecte en réalité l'objet même de la disposition sur le domaine de la loi applicable, il est convenu de supprimer cette liste. Par conséquent, le premier paragraphe sera rédigé comme suit : « *This instrument determines the law applicable to companies* », sans préciser qu'il s'applique notamment à la création, l'enregistrement ou la liquidation des sociétés.

De plus, les relations entre ce règlement et les autres règlements de droit international privé seront explicitées dans un considérant.

Lors de la discussion sur le second paragraphe (*infra*), certains membres ont suggéré d'ajouter que le règlement porte sur « *the personal law applicable to the companies* » afin de préciser que ce qui est visé par le règlement est le statut personnel des sociétés uniquement.

Suite aux discussions portant sur l'exclusion reprise à l'article 1, §2, g) (*infra*), il est décidé d'ajouter « *civil and commercial matters* » dans le premier paragraphe.

1.2. Paragraphe 2 : matières exclues

Le second paragraphe vise à clarifier ce qui est exclu du champ d'application matériel du règlement. Certaines exclusions sont évidentes.

- a) Article 1, §2, a) : “*Jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments*”

Le Groupe s'accorde pour supprimer cette exclusion qui pourrait mener à des interprétations *a contrario* des règlements Rome I et Rome II qui ne reprennent pas cette exclusion.

Il est suggéré d'ajouter une disposition similaire à l'article 1, §3, du règlement Rome I qui dispose que « *Le présent règlement ne s'applique pas à la preuve et à la procédure, sans préjudice de l'article 18* ». Cependant, il est observé que cette disposition a du sens dans le règlement Rome I en raison de la présence de l'article 18 relatif à la charge de la preuve. Un tel article ne figure pas dans le règlement relatif à la loi applicable aux sociétés si bien que cet ajout n'a pas de sens.

- b) Article 1, §2, b) : *Contractual and non-contractual obligations, including the direct liability in tort of members and directors of a company, in particular liability resulting from misrepresentation or their allowing the company to continue carrying on business when undercapitalized*

Le sous-groupe présente une explication du point b).

Deux types de responsabilité doivent être distingués. D'une part, la responsabilité peut trouver son fondement dans le droit des sociétés. C'est l'exemple d'une personne désignée comme responsable en raison du fait qu'elle appartient à une société. Son degré de responsabilité dépendra du type de société à laquelle elle appartient. Pour ces situations, le droit applicable aux sociétés détermine si et dans quelle mesure une personne est responsable. D'autre part, la responsabilité peut se fonder sur d'autres dispositions juridiques. Par exemple, une personne peut être désignée comme étant responsable des actes d'une société parce qu'elle a donné l'impression que la société était solvable alors qu'elle ne l'était pas. Ce second type relève du champ d'application du règlement Rome II et est par conséquent exclu de ce règlement. Le sous-groupe indique qu'il a eu des difficultés pour verbaliser ces différences entre ces deux types de responsabilité dans le texte. Le point b) essaye de refléter cette volonté.

Le point b) vise en particulier à protéger les tiers afin qu'ils ne soient pas soumis au droit choisi pour régir la société.

La discussion au sein du Groupe porte sur les différents types de responsabilité, les rapports entre le point b) et l'article 5, la définition du terme « *obligations* » et d'autres termes repris dans la disposition.

- **Les différents types de responsabilité**

La répartition exacte des responsabilités respectivement couvertes par le règlement Rome I, par le règlement Rome II et par le présent projet reste délicate à tracer.

Par exemple, une société s'établit dans un Etat dont le droit prévoit que le directeur ne peut

pas prendre certains types de décisions. Le directeur passe outre cette interdiction, ce qui cause un dommage à un tiers. Pour certains, ce litige doit être réglé par le règlement Rome II qui renverra peut-être au droit applicable à la société. Selon d'autres, cette situation tombe précisément dans le champ d'application du nouveau règlement : si le directeur n'a pas respecté toutes ses obligations, ce sont les règles du droit applicable à la société qui devraient trouver à s'appliquer.

Une clarification des domaines respectifs des instruments pourrait reposer sur une distinction entre la détermination, d'une part, du fondement et de l'étendue de la responsabilité qui relèvent des règlements Rome I ou Rome II, et, d'autre part, de la personne responsable qui relève du champ d'application du règlement sur la loi applicable aux sociétés.

◦ Rapport entre le point b) et l'article 5

Des difficultés émergent sur l'articulation entre l'article 1er, § 2, b), et l'article 5, g) et h).

L'article 1, § 2, b), traite de « *direct liability* », ce qui laisse sous-entendre qu'il y aurait une « *indirect liability* ». Il est donc suggéré de faire écho aux termes de l'article 5, g), qui traite de « *liability vis-à-vis the members of the company and the company itself* ».

L'article 5, h), prévoit que la loi applicable s'applique à « *the liability of directors and members for obligations of the company* ». Certains membres ont des difficultés à différencier ces termes de ce qui est exclu par le paragraphe 2.

◦ La définition du terme « *obligations* »

Certains membres suggèrent que soit défini le terme « *obligations* ». Un renvoi au droit applicable aux sociétés ne leur semble pas cohérent si, en raison de la définition, cette action doit par la suite être jugée en application du droit désigné par le règlement Rome II.

◦ Sur les exemples repris après les termes « *in particular* »

Certains membres s'interrogent sur l'utilité de ces exemples car ils risquent de limiter l'exclusion à ceux qui sont cités. Il faudrait soit supprimer ces exemples soit en ajouter. Le sous-groupe indique qu'il n'a pas trouvé d'autres exemples et qu'il a donc le sentiment d'avoir été exhaustif. D'autres craignent qu'en mettant des exemples, il y ait un risque qu'en appliquant le texte, les praticiens considèrent que tous les cas doivent tomber dans l'un des exemples pour être considérés comme exclus du règlement sur la loi applicable aux sociétés.

Pour certains, le maintien des exemples est important car il permet de préciser l'intention du Groupe en adoptant cette exclusion.

Le sous-groupe cherchera à clarifier les rapports entre le point b) et l'article 5.

Le Groupe s'accorde pour ôter les exemples repris dans le point b) (voy. après « *in particular* [...]») et pour les inscrire dans un considérant.

La version pourrait devenir : « *contractual and non-contractual obligations of the company itself and its members and officers* ».

Une nouvelle version du paragraphe est ensuite proposée au nom du sous-groupe, comme suit:

(a) *Contractual and non-contractual obligations of the company itself, and the liability in tort of the members and directors of a company vis à vis third parties.*

Le nouveau paragraphe (a) est accompagné de deux notes de bas de page, comme suit:

(3) A Recital should clarify that the liability of member and directors ("as such") is governed by this instrument [*"This Regulation determines the law applicable to the liability of members and directors of a company as such for the obligations of the company. Conversely, the liability in tort of members and directors of a company vis à vis third parties, in particular resulting from misrepresentation or undercapitalization, should be governed by Rome II. In this case, the law applicable to the company may, if appropriate and as a matter of fact, be taken into account when judging the conduct of members and directors within the framework of Article 17 of the Rome II Regulation"*]

(4) A Recital should clarify that this instrument applies to groups of companies but does not establish any special conflict of law rule on this matter [*"In accordance with the conflict of law rules of this Regulation, where one undertaking controls another governed by a different legal*

system, its ensuing rights and obligations as regards the protection of minority shareholders and third parties are governed by the law governing the controlled undertaking, without prejudice to the obligations imposed on the controlling undertaking by its own law, for example the requirement to prepare consolidated accounts” see Recital 15 Reg SE].

La nouvelle version entend préciser la portée du renvoi vers le règlement Rome II. Celui-ci couvre la responsabilité externe de la société, ainsi que de ses membres et directeurs en tant que tels, alors que la responsabilité liée à des rapports internes relève de la loi de la société. Par ailleurs, cette loi devrait être prise en considération, lors de l'application de la loi désignée par le règlement Rome II, pour la prise en compte du standard de comportement au sens de l'article 17 de ce règlement.

La nature précise d'une combinaison de la loi de la société et de la loi de la responsabilité prête encore à discussion, dans la mesure où l'objet des normes de comportement visées par l'article 17 du règlement Rome II vise essentiellement à protéger, respectivement, les intérêts de la victime et de la personne prétendument responsable. La question est alors posée si, au lieu d'une référence à l'article 17, une règle matérielle ne serait pas préférable.

Sous l'angle de la formulation des textes, il y a lieu d'uniformiser l'évocation des « *members and directors* » visés aux articles 1.2(a) et 5(g)(h), en couvrant les uns et les autres dans chacune des dispositions.

- *c) Article 1, §2, c) : Rights in rem over shares or other participation rights;*

Ce point reste inchangé.

- *d) Article 1, §2, d) : insolvency*

L'articulation entre cette exclusion et l'article 5, a) est la suivante : la liquidation d'une société qui n'est pas insolvable entre dans le champ d'application de ce règlement alors que la liquidation d'une société insolvable en est exclue.

- *e) Article 1, §2, e) : The constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries*

Ce point reste inchangé.

- *f) Article 1, §2, f) : Labour relationships and employees rights [other than rights of participation in the organs [or other bodies] of a company]*

Certains membres souhaiteraient préciser que les syndicats sont exclus du champ d'application du règlement, même si certains droits nationaux considèrent qu'ils font partie intégrante d'une société. Ils suggèrent que ce soit inscrit dans un considérant.

Il est décidé de laisser ce point inchangé.

- *g) Article 1, §2, g) : Public law, including taxes, social security or other administrative matters, and public-law entities*

Les discussions sur ce point portent sur l'analogie entre cette exclusion et les exclusions inscrites dans d'autres règlements de droit international privé, sur la définition de certains termes et sur les relations entre ce point et l'article 10 relatif aux lois de police.

- **Analogie avec les autres règlements de DIP**

Il est suggéré de reprendre la formulation de l'article 1, § 1, de Rome I (« *il ne s'applique pas, notamment, aux matières fiscales, douanières et administratives* ») qui a la même portée.

- **Cohérence avec le droit primaire et le droit dérivé**

Cette exclusion soulève des problèmes potentiels de cohérence avec le droit primaire et le droit dérivé. En effet, le règlement semble exclure les entreprises de droit public alors que l'article 54 TFUE s'applique tant aux entreprises de droit privé qu'aux entreprises de droit public. Par ailleurs, le droit dérivé ne reprend jamais le terme « *public law* ».

- **Définition de « *public law* »**

Plusieurs membres considèrent que le concept de « *public law* », repris dans l'exclusion, est trop large et qu'il doit être défini.

Certains s'interrogent sur l'opportunité d'inclure les sociétés de droit public. D'autres considèrent que les règles du règlement, consacrant la théorie de l'incorporation, ne peuvent s'appliquer à ces sociétés.

- **Relation avec l'article 10**

Certains membres attirent l'attention du Groupe sur le fait que si le règlement exclut le « *public law* » mais laisse intacte la disposition sur les lois de police, des problèmes de qualification risquent de survenir car de nombreuses lois de police relèvent du droit public.

- **Suppression du point g)**

Il est décidé de supprimer la mention des exclusions du point g) et de reprendre en substance l'exclusion des matières administrative, fiscale et de sécurité sociale sous l'article 1er, dans une formulation analogue à celle utilisée dans les règlements Rome I et Rome II.

- *h) Sur l'opportunité d'ajouter d'autres exclusions*

La question est soulevée de l'inclusion de la problématique de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), tout en veillant que le choix fait de la loi applicable à la société par le biais du critère d'incorporation ne devrait pas porter sur la RSE. Pour certains cependant, cette notion reste encore vague et recouvre des éléments différents d'un Etat membre à l'autre. A moins de la définir clairement, ils sont réticents à l'idée de la mentionner dans le règlement.

Il est également proposé d'ajouter une précision relative à la responsabilité environnementale, dans une exception ou dans un considérant.

Certains membres s'étonnent que le texte ne dise rien sur les groupes de sociétés alors que la question de la levée du voile de la personnalité morale est essentiellement soulevée dans les groupes de sociétés. Pour eux, il faudrait au moins mentionner ce problème. En réalité, la difficulté est de déterminer une règle de conflit de lois adéquate pour ce type de sociétés et le sous-groupe n'y est pas parvenu.

Il n'y a pas non plus de définition précise de la notion d'abus de droit, dont la Cour de justice tarde à donner une définition précise. Plusieurs membres considèrent qu'une mention de l'abus de droit n'aurait de toute façon pas sa place dans le règlement.

La majorité du Groupe s'accorde à dire que pour ajouter une exclusion, il faut avoir une idée claire de ce qui est exclu. Il est donc décidé de ne pas en ajouter.

2. Article 2- application universelle

Article 2. Universal application

Unless provided otherwise, any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

L'ensemble du Groupe avait convenu de l'application universelle du règlement lors de la réunion de Florence et la solution n'est pas remise en cause a priori, non sans certaines réserves exprimées eu égard au lien entre le critère d'incorporation énoncé à l'article 3 et le niveau de rapprochement des législations des Etats membres, lequel peut faire défaut en cas de désignation du droit d'un pays tiers (voy. ci-dessous).

3. Articles 3 et 4

Article 3. General rule

A company shall be governed by the law of the country under which it has been incorporated or, if it is an unincorporated entity, under which it has been [formed].

Article 4. Default rule

Where the law applicable cannot be determined under Article 3, a company shall be governed by the law of the country within the territory of which its [centre of main interest/centre of administration] is located at the moment of formation of the company. [However, if the company is manifestly more closely connected with the law of another country, that law will apply].

Les discussions ont porté essentiellement sur l'articulation entre l'article 3 et l'article 10 relatif aux lois de police, ainsi que sur son articulation avec l'article 2 et sur les définitions de certains termes.

- **L'articulation entre les articles 3 et 4 et les lois de police**

Les membres se sont interrogés sur l'opportunité de modifier l'article 10 en considération du fait que la loi applicable est désignée en application de la théorie de l'incorporation — sans remettre pour autant en cause ce principe de rattachement —, pour évoquer ensuite la manière dont l'article 10 pourrait être reformulé.

- L'opportunité de modifier l'article 10

■ Arguments en défaveur de la modification de l'article 10

Pour certains, il n'est pas utile de préciser d'avantage l'article 10 dès lors que la Cour de justice se montre très libérale à l'égard des lois de police, notamment dans l'arrêt *Unamar*(9). Ils ne voient pas non plus l'intérêt de modifier l'article 10 dès lors que les matières administratives sont exclues du règlement. Si une société s'incorpore aux Bahamas, aux îles Caïman ou dans l'Etat du Delaware, c'est essentiellement pour des raisons fiscales et non pour le choix du bon régime sociétal. Or, la fiscalité est exclue du règlement.

Par ailleurs, il ne semble pas cohérent d'admettre la théorie de l'incorporation tout en la limitant par le biais de l'article 10, au risque de vider de son sens le choix de la théorie de l'incorporation. Les nombreux Etats ayant opté pour la théorie de l'incorporation ne semblent pas faire état de conséquences déplorables par rapport à ce choix. En Allemagne par exemple, suite à l'adoption d'une Convention avec les Etats-Unis mettant en œuvre la théorie de l'incorporation, les difficultés principales posées ne se situent pas au niveau de l'application des lois de police mais au niveau du statut de base des sociétés.

■ Arguments en faveur de la modification de l'article 10

Dans le règlement Rome I, l'intervention des lois de police est corrélée à la faculté pour les parties de choisir le droit applicable au rapport juridique. Cette tension est encore présente dans les dispositions visant à protéger les parties faibles. Dans le règlement Rome I, le lien est ainsi immédiat entre l'autonomie de la volonté et l'application des lois impératives. Par conséquent, si le Groupe ne remet pas en cause le choix de la théorie de l'incorporation, il est important, d'un point de vue technique, de travailler sur les lois de police.

Il est décidé de lier la portée des articles 3 et 4 à une reformulation de l'article 10.

- La reformulation de l'article 10

Une partie des débats relatifs à la reformulation de l'article 10 porte sur la question de savoir si cette disposition reste limitée à l'intervention des lois de police du for ou si elle pourrait ouvrir la possibilité d'appliquer les lois de police de l'Etat avec lequel la société présente des liens étroits. Pour certains, l'application d'une loi de police autre que celle du for reviendrait à adopter un règlement plus protecteur que si la théorie du siège social avait été adoptée. Ils n'y sont donc a priori pas favorables.

En admettant l'application des lois de police de l'Etat présentant des liens étroits, la question se pose de savoir s'il faut définir cette notion et comment. La plupart des membres souhaitent qu'une définition soit adoptée afin d'éviter trop d'imprévisibilité en laissant le juge appliquer les lois de police d'Etats variés. De nombreux membres sont favorables à une identification, à l'avance, des lois de police pouvant intervenir afin de garantir une certaine prévisibilité. Plusieurs suggestions sont faites à cet égard :

- adopter une disposition similaire à l'article 9, § 3, du règlement Rome I(7).
- indiquer que la loi présentant des liens étroits est la loi du siège statutaire.
- indiquer que la loi présentant des liens étroits est la loi du siège réel : il est cependant mis en avant que cette référence limite trop l'intervention des lois de police et qu'il y a un risque qu'une telle intervention, provenant d'un autre Etat, soit considérée comme exclue.
- Indiquer que la disposition vise les lois du lieu d'activité : il est notamment fait référence à un projet de loi français qui vise à imposer aux entreprises d'adopter un plan vigilance et d'avoir un département compliance. Plusieurs questions d'organisation relatives à la mise en place du département compliance se posent. Ce sont des questions d'organisation interne de la société qui entrent bien dans le champ d'application du règlement. Or, ce projet de loi français donnera naissance à une loi de police dont il est important de garantir le respect. Certains membres se montrent réticents à cette idée dès lors qu'une faculté est laissée à tout Etat de renforcer les lois qu'il considère comme essentielles lorsque des activités sont organisées sur son territoire risque de créer des entraves aux libertés de circulation.

Ces discussions démontrent l'intérêt de préciser les termes de l'article 10, notamment en ce qui concerne le fonctionnement interne des sociétés. En laissant l'article 10 comme tel, on risque d'ouvrir la boîte de pandore. La disposition permet en effet aux Etats de neutraliser le

rattachement principal tant qu'il ne contient aucun critère d'applicabilité. Il est suggéré au sous-groupe de soumettre une version plus précise de la disposition (voy. ci-dessous, à propos de l'art. 10).

- **L'articulation entre les articles 3 et 4 et l'article 2 relatif au champ d'application universel**

L'admission du critère d'incorporation se comprend dans un espace intégré, c'est-à-dire un espace connaissant une harmonisation minimale des législations nationales en droit des sociétés. Dans cette perspective, certains s'interrogent sur la justification d'une applicabilité universelle du règlement. En effet, le rapprochement des législations réalisé par le droit dérivé et soutien de la théorie de l'incorporation, n'existe pas *de jure* avec les Etats tiers. D'autres membres se demandent si une connexion entre l'harmonisation minimale des législations et la théorie de l'incorporation est nécessaire. Pour reprendre l'exemple de la convention conclue entre l'Allemagne et les Etats-Unis, cet accord a engendré un « *Delaware effect* ». Dans ces deux Etats, c'est la théorie de l'incorporation qui détermine le droit applicable. Cet exemple montre que même en l'absence d'harmonisation matérielle, la théorie de l'incorporation peut fonctionner.

- **Le vocabulaire utilisé**

La question se pose de savoir si on pourrait inscrire la notion de siège statutaire à l'article 3 plutôt que « corporate » et « incorporated », termes jugés trop vagues. Certains membres insistent sur le fait qu'il faut être clair sur la signification du critère de rattachement. D'autres membres indiquent que le critère d'incorporation se réfère à l'Etat qui crée la personnalité juridique et que dans ce cas, on peut considérer que le critère de rattachement est clair, sauf pour les sociétés qui n'ont pas de personnalité juridique. Pour ces dernières, un certain degré d'imprécision est nécessaire pour les intégrer.

Le sous-groupe explique qu'il a identifié deux types de société : celles qui sont « incorporated » en vertu d'un droit donné et les partenariats. C'est pour ces derniers que le terme « unincorporated entity » a été introduit dans la disposition.

Dans l'article 4, les termes « central administration », repris à l'article 54 TFUE, doivent être préférés aux termes « [centre of main interest / centre of administration] » proposée dans la version en examen.

- **Questions diverses**

Les activités exercées par une société avant d'être « incorporated » sont également régies par la loi désignée par le présent règlement.

Il est proposé que le texte reprenne directement l'indication suivante à l'article 5 relatif au domaine de la loi applicable : « *the « formation process » and in particular the liability for acts performed on behalf of a company before its incorporation* ».

4. Article 6

Article 6. Capacity

The capacity of a company [governed by the law a non-Member State] to enter into legal relationships with third parties, and the powers of its organs or officers shall be governed by the law determined in accordance with Articles 3 and 4. Nevertheless, any restrictions or limitations established by such law cannot be invoked against third parties when the relationship was concluded between persons in a country other than that of the governing law, under the law of which those restrictions or limitations do not exist, unless those third parties were aware of them or were not aware of them as a result of their negligence.

Il est rappelé que l'article 6, comme l'article 7, dispositions longuement débattues lors de la réunion de Florence, ont une portée dérogatoire par rapport au principe de rattachement des articles 3 et 4. La disposition vise une problématique sensible. Ainsi, le contrat conclu *ultra vires* avec un contractant de bonne foi est nul en droit anglais à la différence du droit allemand, et cette question d'incapacité relève en droit anglais de la loi contractuelle en raison de son effet sur le contrat. Selon le projet, la réponse doit se trouver dans ce règlement.

Le sous-groupe indique que l'objectif de cette disposition est de faire effet de miroir par rapport à l'article 13 du règlement Rome I(8). Cette disposition prévoit comme condition que les parties doivent toutes se trouver dans le même Etat pour pouvoir appliquer cette disposition. Il est convenu que cette condition soit reprise dans le projet.

Le Groupe s'entend pour supprimer dans la disposition les termes entre crochets.

5. Article 7

Article 7. Liability

Companies [governed by the law of a non-Member State] operating in the European Union must disclose to third parties the country under the law of which the company was formed. Otherwise, any creditor of those companies may claim the liability of the persons acting on behalf of those companies, its members and directors under the law of the Member State where that person is acting, unless such creditor was aware of that information or were not aware of it as a result of his negligence.

Le Groupe s'entend pour supprimer les termes entre crochets.

Le titre de la disposition fait l'objet d'une discussion, car le terme « *Liability* » dépasse l'objet de la disposition qui ne vise que les conséquences d'une non-découverte, d'une non-information fournie par les organes de la société. Il est suggéré d'utiliser les termes « *consequence of disclosure* » ou « *disclosure* ».

6. Chapitre III. Changement de droit applicable

Article 8. Change of the applicable law

1. In this provision "old law" means the law applicable to a company before the change of applicable law and "new law" means the law applicable to a company after such change.

2. The law applicable to a company may be changed without its losing its legal personality if this is possible under both the old law and the new law.

3. Where such a change takes place, the old law shall apply, in particular, to measures for the protection of minority shareholders, creditors and employees of the company.

4. The new law shall determine the conditions of formation of the company.

Article 9. Companies of Member States

1. Within the European Union, a company may change its personal law without losing its legal personality. This change shall take place irrespective of the location or change of location of the central administration and/or the principle place of business of the company.

2. A company incorporated in a Member State may change its applicable law in favour of the law of a third country, without losing its legal personality, if this is permitted by the law of the third country.

3. A company incorporated in a third country may change its applicable law in favour of the law of a Member State, without losing its legal personality, if this is permitted by the law of the third country.

Les articles 8 et 9 regroupent les anciens articles 7 et 8 sous un nouveau chapitre. L'article 8 indique à quelles conditions les parties peuvent changer le droit applicable à leur société. Elles peuvent le faire sans perte de la personnalité juridique, et que ce changement est autorisé tant par la loi applicable avant le changement que par celle applicable après le changement.

En ce qui concerne l'article 9, le Groupe s'accorde pour supprimer la phrase « *this change shall take place irrespective of the location or change of location of the central administration and/or the principle place of business of the company* ».

Il est également précisé que si une société souhaite se soumettre à la loi d'un Etat membre alors que ce changement n'est pas autorisé par le droit de l'Etat tiers auquel elle est actuellement soumise, la loi de l'Etat tiers continue à s'appliquer (article 9, § 3) et la société conserve sa personnalité morale aux conditions de cette loi.

Par ailleurs, les termes « *within the European Union* » (art. 9, § 1) ont une portée ambiguë. La disposition vise plus précisément « *le changement de la loi d'un Etat membre vers la loi d'un autre Etat membre* ».

Une nouvelle version est alors proposée dans les termes suivants :

1. A company governed by the law of a Member may change its applicable law in favour of the law of another Member State without losing its legal personality.

2. A company governed by the law of a Member State may change its applicable law in favour of the law of a third country, without losing its legal personality, if this is permitted by the law of the third country.

3. A company incorporated in a third country may change its applicable law in favour of the law of a Member State, without losing its legal personality, if this is permitted by the law of the third country.

Le paragraphe 1er est accompagné d'une note de bas de page comme suit :

Unlike the Insolvency Regulation, this instrument does not require a minimum period of location of the relevant connecting factor in the new Member State for the change of applicable law to be effective.

Il est précisé que les termes « may change » du paragraphe 1er visent le changement du critère de localisation pertinent, à savoir le changement de lieu d'incorporation dans le cas de l'article 3 et le déplacement de l'administration centrale dans le cas de l'article 4.

Il est alors convenu d'utiliser plutôt les termes « *En cas de changement de loi applicable en vertu de l'article 3 ou de l'article 4 [...]* ».

7. Chapitre IV : lois de police

Article 10. Overriding mandatory rules

1. *Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the company under this Regulation.*

2. *Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.*

L'article 10 fait l'objet d'une nouvelle formulation suite au débat ouvert lors de l'examen de l'article 3 (voy. ci-dessus). Un paragraphe 3 est ajouté dans les termes suivants :

3. *Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country in which the company has its centre of administration. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.*

Cette version entend répondre à l'objectif, à la fois, de préciser le critère d'applicabilité de lois de police et de rendre compte du poids de règles impératives de l'Etat où, ou à partir duquel la société exerce un pouvoir de décision. A cette fin, le texte ajoute un paragraphe 3 construit selon la structure de l'article 9.3 du règlement Rome I, focalisant sur un critère de localisation particulier, à savoir le lieu de l'administration centrale de la société. La proposition cherche encore à rendre compte de la préoccupation liée à la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE), exprimée plus avant dans les débats (voy. ci-dessus, à propos des art. 3 et 4). Dans cet esprit, une nouvelle note de bas de page est proposée, qui pourrait se placer sous l'article 1er, §1, dans les termes suivants :

(2) A Recital should draw the attention to the increasing relevance of corporate social responsibility ["This Regulation does not prevent Member State from requiring companies to manage the business process to produce an overall positive impact on society"]

Malgré l'avis de certains membres pour qui le paragraphe 2 suffit à couvrir la problématique tout en préservant la sécurité juridique, les membres conviennent de la nécessité de poursuivre la réflexion en faveur d'un paragraphe spécifique adapté aux activités des sociétés, selon deux axes.

D'une part, il convient d'évaluer la nécessité d'ajouter une référence au lieu de l'exercice d'une activité économique, ou localisation d'un siège d'exploitation ou centre d'activités, en fonction de l'objet des règles impératives en cause.

D'autre part, il s'impose d'identifier le domaine exact des lois de police concernées : s'agit-il

uniquement de règles relevant du droit des sociétés au sens strict, ou encore d'autres dispositions impératives dont l'entreprise doit tenir compte, en termes de RSE ? A cet égard, les termes de la note devraient être précisés, comme visant au moins les normes du pays d'activité et sans exclure les normes de pays tiers.

Par ailleurs, l'importance de l'enjeu de l'affaire de la *Compagnie internationale des Wagons-Lits*⁽⁹⁾ est rappelée, montrant la nécessité d'englober la prise en compte de règles sur la protection sociale des travailleurs de nature à avoir un impact sur le fonctionnement de la société.

D'un membre à l'autre, la disposition devrait, tantôt, rendre compte de la forme d'équilibre recherchée entre les critères d'incorporation et d'administration centrale en droit des sociétés, tantôt conserver un effet utile en visant encore d'autres règles impératives dont le domaine d'application obéit à un autre critère d'applicabilité, telle la localisation d'un centre d'activités, tantôt encore veiller à ne pas excéder le domaine propre au droit des sociétés afin de ne pas affecter l'effet utile de règles de rattachement relevant du domaine des contrats ou de la responsabilité civile.

La réflexion devrait être poursuivie, visant à concilier les domaines respectifs des matières concernées. Tout en focalisant sur les aspects internes de la vie de la société, le texte devrait pouvoir prendre en compte l'applicabilité de règles impératives relevant d'aspects externes tout en affectant le fonctionnement de l'entreprise, comme ce peut être le cas de l'impact de règles de protection sociale ou de compliance sur l'organisation interne. Par ailleurs, force est de constater qu'en la matière, une référence aux règles du pays d'exercice de l'activité pourrait être contre-productive dans le fait de sociétés européennes délocalisant certaines activités vers des pays aux normes moins strictes.

8. Chapitre IV (suite) : dispositions diverses

Article 11. Public policy

The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of the forum.

Article 12. States with more than one legal system

Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of company law, each territorial unit shall be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.

Article 13. Exclusion of the renvoi

The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law.

Article 14. International agreements

This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to companies.

Article 15. Entry into force and application in time

This Regulation shall enter into force and apply on the 20th day following its publication in the Official Journal of the European Union.

En ce qui concerne l'article 12, les termes « *the purposes of identifying the law applicable under this Regulation* » deviennent « *matters falling within the scope of application of this Regulation* ».

S'agissant de l'exclusion du renvoi à l'article 13, la question est soulevée de savoir s'il ne pourrait pas être admis dans certaines hypothèses. Cependant, si la volonté du règlement est de laisser aux fondateurs la possibilité de choisir le droit applicable, l'admission du renvoi irait à l'encontre de leur volonté. Il est ensuite suggéré de réserver la possibilité d'un renvoi aux cas visés par l'article 4 et à certaines hypothèses précises, telle la protection des travailleurs (la loi d'incorporation peut être très éloignée du lieu d'exercice des prestations des travailleurs). Le Groupe convient cependant que le renvoi a plus de sens au regard du principe de rattachement à la loi du siège réel. L'article sur le renvoi reste donc inchangé.

L'article 14 contient une clause de priorité en faveur des conventions déjà conclues par des Etats membres en matière de loi applicable aux sociétés. Vu la diversité de tels instruments, il est suggéré d'ajouter une obligation pour l'Etat de notifier à la Commission les accords conclus.

L'article 15 pose une disposition sur l'entrée en vigueur du texte qui ne résout pas pour autant le conflit transitoire. Les règles nouvelles sont-elles applicables uniquement aux sociétés constituées après la date d'entrée en vigueur, ou sont-elles applicables immédiatement aux sociétés constituées antérieurement ? L'applicabilité immédiate ne devrait pas affecter les attentes légitimes des parties par la prise en compte de lois de police. Elle pourrait ne pas porter atteinte à la validité de l'acte de société antérieur, voire, pour certains, permettre de valider un tel acte. Le choix du critère d'incorporation comme principe de rattachement autant que la nature contractuelle de l'acte de société militent plutôt en faveur d'une application limitée aux actes futurs, comme le fait de son côté le règlement Rome I.

En toute hypothèse, le conflit transitoire devrait faire l'objet d'une disposition spécifique, à soumettre au cours de la prochaine réunion.

Par ailleurs, il pourrait être judicieux de dissocier la date d'entrée en vigueur de la date d'applicabilité, comme cela a été fait pour les règlements sur les contrats et sur les successions, afin que les acteurs aient le temps d'adapter leur planification, en particulier en cas de réorganisation d'une société.

9. Version établie au terme de la réunion

Au terme des débats, une nouvelle version du projet sur la loi applicable aux sociétés est établie. Les dispositions des articles 10 et 15 restent provisoires, dans l'attente de la prochaine réunion.

Le texte se présente comme suit :

REGULATION X ON THE LAW APPLICABLE TO COMPANIES AND OTHER BODIES (3rd DRAFT)

CHAPTER I: SCOPE

Article 1. Scope

1. This instrument determines the law applicable to companies and other bodies, corporate or unincorporated (hereinafter "companies") in civil and commercial matters. It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters⁽¹⁰⁾.

2. The following matters shall be excluded from the scope of this Regulation:

(a) Contractual and non-contractual obligations of the company itself, and the liability in tort of the members and directors of a company vis à vis third parties^{(11);(12)}.

(b) Rights in rem over shares or other participation rights;

(c) Insolvency;

(d) The constitution of trusts and the relationship between settlors, trustees and beneficiaries; and

(e) Labour relationships and employees rights [other than rights of participation in the organs [or other bodies] of the company]⁽¹³⁾.

Article 2. Universal application

Unless provided otherwise, any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

CHAPTER II. APPLICABLE LAW

Article 3. General rule

A company shall be governed by the law of the country under which it has been incorporated or, if it is an unincorporated entity, under which it has been formed.

Article 4. Default rule

Where the law applicable cannot be determined under Article 3, a company shall be governed by the law of the country within the territory of which its central administration is located at the moment of formation of the company. However, if the company is manifestly more closely connected with the law of another country, that law will apply.

Article 5. Scope of the applicable law

The law designated by articles 4 and 5 shall govern, in particular:

- (a) the foundation of the company, including liability for acts performed on behalf of a company before its incorporation, its re-organization and winding-up;*
- (b) the name of the company;*
- (c) without prejudice to article 6, its legal nature, general capacity, capacity to act and representative bodies;*
- (d) its internal functioning, organization and capital structure;*
- (e) accounts, auditing and disclosure;*
- (f) membership, including:*
 - (i) conditions of membership;*
 - (ii) the rights and obligations associated with membership;*
 - (iii) the acquisition and disposition of those rights; and*
 - (iv) entitlement to exercise the rights of shareholders against the company;*
- (g) the liability of directors vis à vis the members of the company and the company itself;*
- (h) the liability of members vis à vis others members of the company and the company itself;*
- (i) without prejudice to article 7, the liability of directors and members for obligations of the company; and*
- (j) the consequences of failure to fulfil the formal requirements for incorporation on the validity of the incorporation of a company.*

Article 6. Capacity

The capacity of a company to enter into legal relationships with third parties, and the powers of its organs or officers shall be governed by the law determined in accordance with Articles 3 and 4. Nevertheless, any restrictions or limitations established by such law cannot be invoked against third parties when the relationship was concluded between persons both of whom are in the same country which is not that of the governing law of the company, under the law of which those restrictions or limitations do not exist, unless those third parties were aware of them or were not aware of them as a result of their negligence.

Article 7. Disclosure

Companies operating in the European Union must disclose to third parties the country under the law of which the company was formed. Otherwise, any creditor of those companies may claim the liability of the persons acting on behalf of those companies, its members and directors under the law of the Member State where that person is acting, unless such creditor was aware of that information or were not aware of it as a result of his negligence.

CHAPTER III. CHANGE OF THE APPLICABLE LAW

Article 8. Change of the applicable law

- 1. In this provision “old law” means the law applicable to a company before the change of applicable law and “new law” means the law applicable to a company after such change.*
- 2. The law applicable to a company may be changed without its losing its legal personality if this is possible under both the old law and the new law.*

3. Where such a change takes place, the old law shall apply, in particular, to measures for the protection of minority shareholders, creditors and employees of the company.

4. The new law shall determine the conditions of formation of the company.

Article 9. Companies of Member States

1. A company governed by the law of a Member may change its applicable law, in accordance with Articles 3 and 4, in favour of the law of another Member State without losing its legal personality⁽¹⁴⁾.

2. A company governed by the law of a Member State may change its applicable law, in accordance with Articles 3 and 4, in favour of the law of a third country, without losing its legal personality, if this is permitted by the law of the third country.

3. A company incorporated in a third country may change its applicable law, in accordance with Articles 3 and 4, in favour of the law of a Member State, without losing its legal personality, if this is permitted by the law of the third country.

CHAPTER IV. OTHER PROVISIONS

Article 10. Overriding mandatory rules

1. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the company under this Regulation.

2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum.

3. Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country in which the company has its central administration [or has an establishment] [is carrying on activities]. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.

Article 11. Public policy

The application of a provision of the law of any country specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the forum.

Article 12. States with more than one legal system

Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of the matters covered by this Regulation, each territorial unit shall be considered as a country for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.

Article 13. Exclusion of renvoi

The application of the law of any country specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that country other than its rules of private international law.

Article 14. International agreements

This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict-of-law rules relating to companies. Member States shall notify the Commission of all the conventions referred to in this Article.

Article 15. Transitional provisions

1. This Regulation applies to companies regardless of the time of creation.

2. Where this Regulation leads to a change of the applicable law to a company, legitimate reliance of a party on the law previously applicable shall be protected.

Article 16. Entry into force

II. Projet de règlement sur le divorce

E. Pataut présente le projet préparé par le sous-groupe en suivi des travaux des réunions antérieures (v. Annexes II et III). Le texte se présente sous la forme d'un règlement couvrant les trois dimensions du règlement du divorce international : compétence internationale, loi applicable et efficacité des décisions étrangères. La réflexion avait pour point de départ la mise en question de la pertinence du critère de nationalité. L'option choisie est de travailler matière par matière en commençant par le divorce. Cette option présente deux inconvénients importants :

- Elle exclut tout ce qui ne concerne pas directement le divorce. Cela signifie que, dans un règlement abordant la question de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions, les enfants et les autres matières liées, d'une manière ou d'une autre, au divorce et qui peuvent utiliser le facteur de rattachement de la nationalité ne peuvent être abordées.
- Le règlement Rome III repose sur le mécanisme de coopération renforcée. Plusieurs Etats n'y participent pas et n'ont pas l'intention de le faire. Il est donc difficile d'envisager politiquement un règlement portant sur ces questions. Une solution pourrait être de permettre aux Etats membres d'adhérer à la partie judiciaire du règlement sans adhérer à la partie portant sur le conflit de lois.

L'intérêt de proposer un règlement portant sur l'ensemble des conflits de lois et de juridictions est de suivre la méthode retenue par l'Union européenne dans ses derniers règlements (Aliments et Successions).

Au départ, le sous-groupe a opéré un copier-coller du règlement Bruxelles IIbis et du règlement Rome III, tout en s'inspirant de la structure utilisée dans les autres règlements européens et en y apportant d'importantes modifications.

L'annexe II présente un texte avec suivis des modifications. Les mots en couleur noire reprennent les termes du règlement Bruxelles IIbis. Les termes en rouge sont ajoutés. Les termes barrés sont les termes non repris du règlement.

1. Domaine de l'instrument

Le sous-groupe présente une proposition de texte sur la matière visée par l'instrument comme suit :

CHAPITRE I. CHAMP D'APPLICATION, DÉFINITIONS ET APPLICATION UNIVERSELLE

Article premier. Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique au divorce et à la séparation de corps, entre époux de même sexe ou de sexes différents.

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

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

Article 2. Relation avec les règlements (CE) n° 2201/2003, 4/2009, 650/2012 et XXX

(régimes matrimoniaux)

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

Article 3. Option 1 : Supprimer.

OU

Option 2 : conserver mais ajouter alors une précision sur les divorces purement privés ou devant une autorité non juridictionnelle comme un notaire. Une telle option supposerait d'ajouter quelque chose aux chapitres suivants, en tout cas sur la circulation internationale. Il est possible de prendre appui sur la définition de la juridiction donnée à l'article 2.2 du règlement obligations alimentaires ou du projet d'article 2-2 du règlement régimes matrimoniaux.

Exemple (Projet régimes matrimoniaux) : « juridiction » : toute autorité judiciaire compétente des États membres exerçant une fonction juridictionnelle en matière de [divorce] ainsi que toute autre autorité non judiciaire ou personne exerçant, par délégation ou désignation d'une autorité judiciaire des États membres, des fonctions relevant des compétences des juridictions, telles que prévues au présent règlement.

Article 4. Déplacé au Chapitre III

Ce chapitre contient des définitions qui reviennent à délimiter le domaine matériel du règlement. Il soulève à cet égard des questions techniques difficiles qui n'ont pas recueilli un consensus au sein du sous-groupe.

Tout d'abord, se pose la question de savoir si le règlement porte sur l'annulation du mariage. La difficulté est que la matière entre dans le champ d'application du règlement Bruxelles IIbis mais non dans celui du règlement Rome III.

Une deuxième question est de savoir si le mariage entre personnes de même sexe entre dans le champ d'application du règlement.

Enfin, il y a lieu de s'interroger sur l'inclusion ou non des divorces administratifs et des divorces privés, qui ne passent pas devant une autorité juridictionnelle.

o Sur l'annulation du mariage

Le débat fait d'abord ressortir la nécessité d'une clarification du terme « annulation », selon qu'il conviendrait ou non de distinguer la nullité de l'annulation.

Ensuite, l'option d'exclure la matière du mariage se heurte à une difficulté en cas d'introduction d'une demande reconventionnelle ou en cas de litispendance (art. 11). Si un époux introduit une demande en divorce et se voit opposer, par l'autre époux, le fait que le mariage n'a jamais existé, la juridiction du divorce devrait pouvoir se pencher sur l'annulation. Quel instrument appliquer pour en connaître ? Actuellement, le règlement Bruxelles IIbis contient des règles de conflit de juridictions qui s'appliquent à l'annulation, et couvrent les cas de demande reconventionnelle (art. 4) et de litispendance et d'actions dépendantes (art. 19). Par contre, s'il est décidé que l'annulation n'entre pas dans le champ d'application du règlement, il faudrait prévoir un dispositif particulier de nature à couvrir de tels cas.

Une alternative serait d'avoir un champ d'application différent pour la compétence internationale, d'une part, et pour la loi applicable, d'autre part. Une autre solution serait d'adopter une disposition analogue à l'article 3, c) et d), du règlement 4/2009 qui couvre les demandes accessoires en matière alimentaire et étend la compétence du juge saisi de la demande principale de divorce⁽¹⁵⁾. Il s'agirait par exemple d'étendre la compétence du juge du divorce à une demande reconventionnelle relative au mariage.

L'ensemble du Groupe tend à inclure le mariage dans le domaine de l'instrument, du moins en ce qui concerne la compétence internationale mais non nécessairement pour le volet droit applicable.

o Sur les mariages entre personnes de même sexe

L'ensemble du Groupe s'accorde à dire que ce type de mariage entre dans le champ d'application du règlement. Autre est la question de savoir si le texte doit préciser couvrir les mariages de personnes de même sexe et de sexe différent. En réalité, les législations ayant admis le mariage de personnes de même sexe ont procédé par une ouverture au mariage

indépendamment du sexe. Selon cette orientation, il conviendrait d'omettre la condition du sexe dans le texte, non sans préciser dans un considérant que celui-ci couvre les personnes de même sexe et de sexe différent.

Autre est la question de savoir si le champ d'application du règlement doit inclure les partenariats. De l'avis de la plupart des membres, la réponse doit être négative. Même si souvent, en droit comparé, le partenariat obéit aux mêmes conditions et reçoit les mêmes effets que le mariage, les deux institutions sont régies par des orientations distinctes en droit international privé. Il est donc décidé d'exclure les partenariats du champ d'application matériel du règlement.

◦ **Sur les divorces purement privés**

Lorsque le divorce est reçu ou prononcé par une autorité publique autre qu'un tribunal, il suffirait d'indiquer dans la définition du terme « juridiction » qu'est assimilée toute autorité qui, en vertu du droit national, est compétente pour recevoir ou prononcer un divorce. Le problème s'est déjà posé dans le cadre de l'adoption du règlement sur les successions en ce qui concerne l'autorité compétente pour délivrer le certificat d'héritier. Une idée serait de procéder par analogie dans le présent règlement.

La question est plus délicate pour d'autres divorces qui, selon le droit national, ne nécessitent l'intervention d'aucune autorité. De tels actes se prêtent normalement à la méthode conflictuelle.

Le Groupe s'accorde pour dire que l'article 3 du règlement est maintenu pour les divorces prononcés par une juridiction ou par une autorité. Les divorces purement privés seront évoqués dans un considérant, renvoyant à la méthode conflictuelle. Il conviendrait encore d'examiner leur inclusion éventuelle dans le domaine du chapitre sur la loi applicable.

2. Règles de compétence internationale

Article 3. Compétence générale

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

a) sur le territoire duquel se trouve:

— la résidence habituelle des époux, ou à défaut

— la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou à défaut

— la résidence habituelle du défendeur, ou

— en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou

— la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou

— la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son "domicile";

b) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun.

2. Aux fins du présent règlement, le terme "domicile" s'entend au sens des systèmes juridiques du Royaume-Uni et de l'Irlande.

Article 3 bis. Prorogation de compétence

Option 1.

[Une fois la procédure entamée] les époux peuvent d'un commun accord convenir par écrit que l'un des tribunaux visés à l'article 3 sera exclusivement compétent pour connaître de leur divorce. [Un tel choix peut avoir lieu à tout moment.]

Option 2.

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

Article 4. Demande reconventionnelle

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

Article 5. Conversion de la séparation de corps en divorce

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

Article 6.

Omis.

Article 7. Compétences résiduelles

Option 1.

1. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 3, 4 et 5, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État.

2. Tout ressortissant d'un État membre qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre État membre peut, comme les nationaux de cet État, y invoquer les règles de compétence applicables dans cet État contre un défendeur qui n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre et qui ou bien n'a pas la nationalité d'un État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'a pas son "domicile" sur le territoire de l'un de ces États membres.

Option 2.

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

Article 7 bis. Transfert de compétence

À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel les époux ont un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire :

a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre,

b) [ou demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence

Article 8. Saisine d'une juridiction

1. Une juridiction est réputée saisie:

a) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur;

ou

b) si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.

Proposition : l'autorité chargée de la notification ou de la signification visée au point b est la

première autorité ayant reçu les actes à notifier ou à signifier.

Article 9. Vérification de la compétence

La juridiction d'un État membre saisie d'une affaire pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre État membre est compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente.

Article 10. Vérification de la recevabilité (CONSERVER?)

1. Lorsque le défendeur qui a sa résidence habituelle dans un État autre que l'État membre où l'action a été intentée ne comparaît pas, la juridiction compétente est tenue de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile afin de pourvoir à sa défense ou que toute diligence a été faite à cette fin.

2. L'article 19 du règlement (CE) n° 1393/2007 s'applique en lieu et place des dispositions du paragraphe 1 du présent article si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis d'un État membre à un autre en exécution dudit règlement.

3. Lorsque les dispositions du règlement (CE) n° 1393/2007 ne sont pas applicables, l'article 15 de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale s'applique si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis à l'étranger en exécution de ladite convention

Article 11. Litispendance et actions dépendantes

1. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci. Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.

3. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États différents, la juridiction de l'État membre saisie en second lieu sursoit d'office à statuer si l'on s'attend à ce que la juridiction de l'État tiers rende une décision susceptible d'être reconnue dans cet État membre et si la juridiction de l'État membre concernée est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.

Article 12. Mesures provisoires et conservatoires

1. En cas d'urgence, les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un État membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet État, prévues par la loi de cet État membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre État membre est compétente pour connaître du fond.

2. Les mesures prises en exécution du paragraphe 1 cessent d'avoir effet lorsque la juridiction de l'État membre compétente en vertu du présent règlement pour connaître du fond a pris les mesures qu'elle estime appropriées.

2.1. Détermination des chefs de compétence

Il existe un relatif consensus, au sein du sous-groupe, sur le fait que les règles actuelles du règlement Bruxelles IIbis sont trop larges. Il n'y a par contre pas d'accord sur la manière de réduire les choix existants. Plusieurs options ont donc été envisagées.

La première option consiste à supprimer le for de la nationalité commune lorsqu'un autre tribunal d'un État membre est compétent. Cela permet de donner priorité à des considérations de proximité en faisant prévaloir le critère de la résidence habituelle.

La seconde option consiste à hiérarchiser les compétences en proposant des critères en cascade.

Les deux options sont cumulables.

Ces solutions permettent une concentration du litige entre les mains du juge de la résidence habituelle des époux ou celui de la dernière résidence habituelle des époux si un des époux y réside encore ou, subsidiairement, celui de la résidence habituelle du défendeur.

Le sous-groupe a également envisagé la possibilité d'ouvrir un for exclusif en admettant les clauses attributives de juridiction. L'idée serait d'encadrer l'option, en limitant le choix à certains fors et en ajoutant par exemple le for de nationalité. Si cette possibilité est adoptée, il faut encore déterminer le moment auquel la clause de juridiction doit être conclue.

Les discussions au sein du Groupe ont porté sur l'abandon du critère de nationalité, sur la structure des critères de compétence et sur la clause de juridiction.

◦ **L'abandon du critère de nationalité**

Les positions initiales sont partagées au sujet du maintien ou non du critère de nationalité comme chef de compétence, à la lumière des premières discussions lors des réunions antérieures, faisant suite à l'affaire *Hadadi*.

Au cours de la discussion, plusieurs membres ont fait valoir l'intérêt du maintien du critère de nationalité commune. En cas d'abandon de ce critère, un couple de Néerlandais vivant en Belgique par exemple ne pourrait pas divorcer aux Pays-Bas où la procédure est moins coûteuse et plus rapide. Par ailleurs, un abandon du critère tout en l'admettant comme critère de rattachement pour désigner la loi applicable pourrait s'avérer incohérent dans la mesure où cela excluerait la possibilité d'aligner compétences juridictionnelle et législative. Une piste pourrait être de limiter ce chef de compétence au cas où les parties auraient choisi la loi de nationalité commune pour régler le divorce.

De manière plus générale, l'importance de la détermination de la compétence internationale ne doit pas être négligée, même dans le contexte de règles de conflit de lois uniformes, dans la mesure où le juge du divorce peut avoir à se prononcer également sur d'autres demandes accessoires, comme la liquidation du régime matrimonial.

Il est décidé à ce stade des travaux de maintenir la nationalité commune comme for objectif alternatif.

◦ **La structure des chefs de compétence**

Une combinaison du système alternatif actuel du règlement Bruxelles IIbis et d'un système de fors en cascade en établissant un for prioritaire, telle la résidence habituelle commune des époux, est envisagée. Si les époux n'ont plus de résidence habituelle commune, des fors alternatifs seraient alors envisageables. Cette méthode permettrait de réintroduire subsidiairement le for de la nationalité commune.

Certains observent que si on établit un for prioritaire (par ex. la résidence habituelle commune des époux) tout en permettant aux parties de convenir d'une clause de juridiction, on risque, d'une part, d'aboutir à des compétences exclusives et, d'autre part, d'amener des juridictions à devoir appliquer un droit étranger. D'autres sont réticents à adopter le for prioritaire de la résidence habituelle commune. Par exemple, un couple de Français vivant en Estonie échouant à conclure une clause de juridiction se verrait obligé d'agir devant les juridictions estoniennes dont les parties ne parlent peut-être pas la langue.

A titre de comparaison, la proposition de règlement relative aux régimes matrimoniaux⁽¹⁶⁾ retient une échelle de critères en cascade, où la nationalité commune n'apparaît qu'à titre subsidiaire, à défaut de localisation de la (dernière) résidence des époux dans le même Etat de l'Union ou du domicile du défendeur dans l'Union européenne (art. 5).

Le Groupe décide de supprimer les critères suivants :

— la résidence habituelle du demandeur si celui-ci y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou

— la résidence habituelle du demandeur si celui-ci y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'Etat membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son « domicile ».

◦ **La clause de juridiction**

- Sur l'encadrement de la clause

Certains membres sont favorables à l'idée d'imposer que le choix de tribunaux corresponde au choix de loi. D'autres considèrent qu'une telle limitation est difficile à imposer dans le cadre de l'autonomie de la volonté, même si on peut fortement déconseiller aux époux de ne pas faire correspondre les juridictions compétentes et le droit applicable. Ils observent par ailleurs qu'au regard des règles de conflit de lois existantes et de la formulation des options relatives aux clauses d'élection de for, une concordance est possible.

Deux options sont possibles afin d'augmenter les chances que le juge désigné par les parties applique le droit du for. Soit on précise, au stade des règles de conflit de lois, que le juge saisi en vertu d'une clause d'élection de for applique sa propre loi. Soit on prévoit des critères de compétence identiques à ceux prévus pour la désignation du droit applicable.

Autre chose encore serait de prendre en considération les dispositions projetées en matière de régime matrimonial⁽¹⁷⁾. La clause de juridiction n'y est retenue que si le choix conduit le juge faisant application des règles de rattachement à désigner la loi du for (art. 5a). Par ailleurs, elle apparaît indirectement sous forme de l'acceptation par le défendeur du for du domicile du demandeur (art. 4).

Il est envisagé de limiter le choix uniquement aux juridictions désignées par l'article 3 (option 1 du projet présenté par le sous-groupe). L'unique avantage de la clause serait alors d'assurer la sécurité juridique.

- Sur le moment du choix

Une partie du Groupe se montre peu favorable au choix formulé avant l'introduction de la demande pour plusieurs raisons. D'abord, en termes de politique de protection, le choix ne devrait pas pouvoir être formulé à l'avance afin de préserver les intérêts de la partie faible dans l'union matrimoniale. Ensuite, il ne faudrait pas qu'un choix formulé longtemps à l'avance freine l'époux souhaitant demander un divorce si les juridictions désignées dans l'accord ne conviennent finalement plus, par exemple parce qu'elles appliqueront un droit sensiblement plus strict que d'autres juridictions entretemps devenues compétentes en raison de la localisation actuelle de la situation. La modification d'une telle clause suppose l'accord de l'autre partie, ce qui n'est jamais garanti dans une procédure en divorce.

Une autre partie du Groupe est favorable au choix formulé avant la saisine du juge. Cela permet tout d'abord d'éviter de devoir aller devant le juge objectivement compétent (par exemple le juge de la résidence habituelle du défendeur) pour que celui-ci ait ensuite à se dessaisir, au vu d'un accord conclu devant lui désignant les juridictions d'un autre Etat. Par ailleurs, dans les couples fortunés, le choix d'une clause de juridiction peut s'avérer intéressant au moment de la conclusion du mariage comme outil de planification patrimoniale. Finalement, si on estime que le choix ne peut être formulé qu'au moment de la saisine du juge, il suffirait aux époux de recourir à la comparution volontaire et une disposition relative aux clauses d'élection de for n'aurait dans ce cas qu'une portée utile réduite.

Afin de concilier ces points de vue, plusieurs options sont proposées. Il est suggéré qu'une partie puisse invoquer le *forum non conveniens* si le choix opéré des années auparavant n'est plus approprié. Il est également proposé de dire que le choix fait longtemps à l'avance est valable pour autant que, au moment du divorce, les époux aient toujours la même nationalité ou la même résidence habituelle qu'au moment de la formulation du choix. Ces solutions ne font pas l'unanimité au sein du Groupe. Certaines réticences sont liées à l'importance d'assurer un accès rapide à la justice. Or, des règles basées sur le *forum non conveniens* ou sur les liens les plus étroits risquent d'allonger le temps de procédure et de discussion.

Il est suggéré d'ajouter une condition de forme visant à assurer une certaine protection pour la partie faible. L'ensemble du Groupe s'accorde pour que la clause soit formulée par écrit.

- Sur le choix de juridictions d'un pays tiers

La faculté pour les parties de choisir les juridictions d'un pays tiers soulève des interrogations.

Parmi les instruments européens admettant les clauses de juridiction, aucun ne prévoit expressément cette faculté⁽¹⁸⁾.

Pour certains membres, si le choix des parties porte sur les juridictions d'un Etat tiers, il ne devrait pas y avoir attribution de compétence exclusive. Le demandeur aurait alors la possibilité de passer outre l'accord et de saisir les juridictions d'un Etat membre en vertu de l'article 3.

Pour d'autres, la clause de juridiction pourrait donner une compétence exclusive, et il faudrait préciser le sort réservé aux clauses désignant les juridictions d'un Etat tiers. Il faudrait notamment déterminer si on reconnaît ou si on refuse de reconnaître l'effet dérogatoire des clauses de juridiction quand les tribunaux d'un Etat tiers sont désignés, tout en s'assurant, en cas de reconnaissance, que les juridictions désignées de l'Etat tiers acceptent de connaître de l'affaire.

Le règlement peut aussi décider de ne rien dire et de laisser au droit national de déterminer s'il reconnaît ou non l'effet dérogatoire du choix de juridictions d'un pays tiers.

D'autres encore font observer que la structure du texte vise à assurer une forme d'alignement de la compétence sur la loi applicable. Lorsque les juridictions d'un Etat membre sont compétentes, on sait quelles règles de conflit de lois elles appliqueront. Il en est de même pour les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions qui seront appliquées par ces juridictions. Par contre, on ne peut connaître les règles de conflit de lois applicables dans les Etats tiers⁽¹⁹⁾ dont les juridictions seraient désignées par la clause, ni les règles de reconnaissance et d'exécution. Il serait donc plus raisonnable de limiter le choix aux juridictions d'Etats membres.

A ce stade de la réflexion, l'option de viser les clauses désignant les juridictions d'un pays tiers est maintenue, et le règlement pourrait prévoir une disposition organisant le sursis à statuer ou le dessaisissement de la juridiction d'un Etat membre objectivement compétente⁽²⁰⁾. Des options présentées par le sous-groupe, la piste de l'option 1 pourrait être privilégiée.

2.2. Compétences résiduelles (art. 7)

L'option 1 correspond à la technique de renvoi subsidiaire vers le droit national utilisée par le règlement Bruxelles IIbis. L'option 2, qui ne fait pas l'unanimité au sein du sous-groupe, s'inspire plutôt de l'orientation prise par les instruments les plus récents (règlements Aliments et Successions) visant à établir un for résiduel, et le critère proposé revient à une forme de for exorbitant basé sur la nationalité. Ce choix permet à un citoyen européen de saisir les juridictions d'un Etat membre alors que ce n'est *a priori* pas possible en vertu de l'article 3 actuel du règlement Bruxelles IIbis. L'option 2 envisage également pour variante que le demandeur puisse saisir les juridictions d'un Etat membre présentant un lien étroit avec les époux.

L'inconvénient du critère des liens étroits est de laisser une marge d'appréciation importante au juge saisi. Par ailleurs, la technique du for résiduel risque de poser des difficultés dans les rapports avec les Etats tiers puisqu'elle permet au juge de connaître d'une demande qui aurait pu être jugée valablement dans ces Etats tiers.

Certains membres voudraient limiter la possibilité de saisir les juridictions d'un Etat membre au cas d'un for de nécessité, où il est impossible de saisir les juridictions d'un Etat tiers ou que l'on ne puisse imposer au demandeur de le faire pour un motif de bonne administration de la justice.

D'autres estiment qu'un for résiduel retenant le cas où l'un et l'autre époux sont citoyens européens, tout en ne partageant pas la même nationalité, ne serait pas déraisonnable. Dans ce cas, il faudrait encore identifier les juridictions compétentes : ce pourrait être au bénéfice des juridictions de la nationalité du défendeur.

Le Groupe s'accorde à dire qu'il faudrait instaurer un for subsidiaire ou un for de nécessité mais que la discussion doit encore mûrir.

2.3. Transfert de compétence (art. 7bis)

Cette disposition s'inspire de l'article 15 du règlement Bruxelles IIbis, qui comprend une disposition analogue à l'article 8 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. La technique utilisée s'apparente à une forme de *forum non conveniens*.

Cette règle suscite une double interrogation, quant à son potentiel dilatoire et à l'identification de son objectif. En effet, elle comporte un risque d'allongement de la durée de la procédure. Par ailleurs, le mécanisme de renvoi établi en matière d'autorité parentale répond au but précis de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

En matière de divorce, l'objectif devrait être une concentration des litiges dans une forme de contentieux qui se caractérise par la diversité de demandes connexes. Il pourrait donc être judicieux de viser le cas où le renvoi irait vers un juge déjà saisi de questions connexes. Le cas échéant, le mécanisme se limiterait aux situations dans lesquelles un juge a déjà été saisi

d'une demande en responsabilité parentale ou d'une demande d'aliments.

Au terme des discussions, trois options restent ouvertes :

- Supprimer la disposition ;
- Conserver la disposition dans un but de jonction de procédures : un tribunal est déjà saisi ;
- Conserver la disposition dans un but de jonction de procédures lorsqu'un intérêt supérieur le commande : un tribunal est déjà saisi de certains types de questions (aliments ou responsabilité parentale).

2.4. Litispendance et actions dépendantes (art. 11)

La proposition du sous-groupe vise à ajouter au texte actuel du règlement Bruxelles IIbis une règle de litispendance avec les pays tiers, démarche cohérente eu égard à l'applicabilité universelle de l'instrument proposé. Selon le paragraphe 3, la juridiction d'un Etat membre saisie en second lieu peut sursoir à statuer, sous la double condition d'un pronostic favorable de reconnaissance de la décision qui sera rendue dans l'Etat tiers — ce qui présuppose que la juridiction étrangère saisie accepte sa compétence en vertu du droit du for — et du respect du principe de bonne administration de la justice.

Lors d'un premier tour de table, sont évoquées deux questions méritant réflexion, à savoir une remise en cause éventuelle du principe du juge premier saisi et la prise en considération éventuelle de l'existence de questions préalables, notamment en cas de litige successoral.

3. Travaux futurs

Il est convenu de continuer l'examen du projet lors de la prochaine réunion, en ce qui concerne le droit applicable et l'efficacité des décisions judiciaires étrangères.

L'acquis de la présente réunion se présente comme suit :

Projet de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière de divorce

CHAPITRE I. CHAMP D'APPLICATION, DÉFINITIONS ET APPLICATION UNIVERSELLE

Article premier. Champ d'application

1. *Le présent règlement s'applique au divorce et à la séparation de corps et, à l'exception du chapitre III, à l'annulation du mariage.*

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

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

Article 2. Relation avec les règlements (CE) no 2201/2003, 4/2009, 650/2012 et XXX (régimes matrimoniaux)

Le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des règlements (CE) no 2201/2003, 4/2009, 650 /2012 et XXX (régimes matrimoniaux).

Article 3. Définitions

Aux fins du présent règlement, la notion de «juridiction» inclut toutes les autorités, administratives ou non, des États membres compétentes en matière de divorce, pour autant que ces autorités offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit des parties à être entendues, et que les décisions qu'elles rendent conformément à la législation de l'État membre où elles sont établies aient une force et un effet équivalent à une décision d'une autorité judiciaire dans la même matière.

CHAPITRE II. COMPÉTENCE

Article 4. Compétence générale

OPTION 1.

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

2. A défaut, sont compétentes les juridictions de l'État membre

a) sur le territoire duquel se trouve

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

[b] de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du «domicile» commun.]

OPTION 2.

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

1) sur le territoire duquel se trouve:

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

2) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du «domicile» commun.

Article 5. Prorogation de compétence

Avant la procédure de divorce, les époux peuvent d'un commun accord convenir par écrit que le tribunal d'un État membre sera compétent. Ce choix ne peut désigner que le tribunal d'un État qui serait compétent à défaut de choix.

Article 6. Demande reconventionnelle

La juridiction devant laquelle la procédure est pendante en vertu de l'article 4 est également compétente pour examiner la demande reconventionnelle, dans la mesure où celle-ci entre dans le champ d'application du présent règlement.

Article 7. Conversion de la séparation de corps en divorce

Sans préjudice des articles 4 et 5, la juridiction de l'État membre qui a rendu une décision sur la séparation de corps est également compétente pour convertir cette décision en divorce, si la loi de cet État membre le prévoit.

Article 8. Compétences résiduelles

OPTION 1.

1. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5 et 6 la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État.

2. Tout ressortissant d'un État membre qui a sa résidence habituelle sur le territoire d'un autre État membre peut, comme les nationaux de cet État, y invoquer les règles de compétence applicables dans cet État contre un défendeur qui n'a pas sa résidence habituelle dans un État membre et qui ou bien n'a pas la nationalité d'un État membre ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, n'a pas son "domicile" sur le territoire de l'un de ces États membres.

OPTION 2.

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5 et 6,

sont compétentes les juridictions de l'Etat membre [dont l'un des deux époux a la nationalité si les deux époux sont de la nationalité d'un Etat membre ou, dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile ».] [de la nationalité de l'époux défendeur ou, dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile]

OPTION 3

Lorsque aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5 et 6, les juridictions d'un Etat membre peuvent, dans des cas exceptionnels, connaître du litige si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un Etat tiers avec lequel le litige a un lien étroit.

Le litige doit présenter un lien suffisant avec l'Etat membre de la juridiction saisie.

Article 9. Transfert de compétence - Connexité

À titre d'exception, les juridictions d'un Etat membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre Etat membre avec lequel les époux ont un lien particulier et déjà saisie d'un litige connexe, est mieux placée pour connaître de l'affaire, surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre Etat membre.

Les juridictions de cet autre Etat membre peuvent se déclarer compétentes dans un délai de six semaines à compter de la date à laquelle elles ont été saisies.

Article 10. Saisine d'une juridiction

1. Une juridiction est réputée saisie:

a) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur;

ou

b) si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction. L'autorité chargée de la notification ou de la signification visée au point b est la première autorité ayant reçu les actes à notifier ou à signifier.

Article 11. Vérification de la compétence

La juridiction d'un Etat membre saisie d'une affaire pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du présent règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre Etat membre est compétente en vertu du présent règlement se déclare d'office incompétente.

Article 12. Vérification de la recevabilité

[1. Lorsque le défendeur qui a sa résidence habituelle dans un Etat autre que l'Etat membre où l'action a été intentée ne comparait pas, la juridiction compétente est tenue de surseoir à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que ce défendeur a été mis à même de recevoir l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent en temps utile afin de pourvoir à sa défense ou que toute diligence a été faite à cette fin.

2. L'article 19 du règlement (CE) n°1393/2007 s'applique en lieu et place des dispositions du paragraphe 1 du présent article si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis d'un Etat membre à un autre en exécution dudit règlement.

3. Lorsque les dispositions du règlement (CE) n° 1393/2007 ne sont pas applicables, l'article 15 de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale s'applique si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a dû être transmis à l'étranger en exécution de ladite convention.]

Article 13. Litispendance et actions dépendantes

1. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats membres différents, la

juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie.

2. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci. Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.

[La compétence est établie lorsque le tribunal n'a pas décliné d'office sa compétence et qu'aucune partie n'a contesté la compétence avant ou jusqu'au moment de prise de position considérée par son droit national comme la première défense au fond]

3. Lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États différents, la juridiction de l'Etat membre saisie en second lieu sursoit d'office à statuer si l'on s'attend à ce que la juridiction de l'Etat tiers rende une décision susceptible d'être reconnue dans cet Etat membre et si la juridiction de l'Etat membre concernée est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.

[4. Lorsque, par un accord écrit conclu avant la procédure de divorce, les époux ont convenu que seraient exclusivement compétents pour statuer sur leur divorce les tribunaux d'un Etat tiers, la juridiction d'un Etat membre peut surseoir à statuer et inviter les parties à saisir les juridictions désignées, si l'on s'attend à ce que la juridiction de l'Etat tiers rende une décision susceptible d'être reconnue dans cet Etat membre et si la juridiction de l'Etat membre concernée est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.]

Article 14. Mesures provisoires et conservatoires

1. [En cas d'urgence] ou [pendant l'instance en divorce] les dispositions du présent règlement n'empêchent pas les juridictions d'un Etat membre de prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes ou aux biens présents dans cet Etat, prévues par la loi de cet Etat membre même si, en vertu du présent règlement, une juridiction d'un autre Etat membre est compétente pour connaître du fond.

2. Les mesures prises en exécution du paragraphe 1 cessent d'avoir effet lorsque la juridiction de l'Etat membre compétente en vertu du présent règlement pour connaître du fond a pris les mesures qu'elle estime appropriées.

III. Statut juridique des personnes en demande de protection internationale dans une situation d'afflux massif

H. van Loon soumet au Groupe sa préoccupation face à la problématique actuelle des réfugiés, demandeurs d'asile et autres migrants, afin de stimuler les réflexions sur le thème du statut juridique de ces personnes dans une situation de flux massif appelant des mesures d'urgence (v. Annexe IV). La question concerne essentiellement le statut civil de personnes qui, dans le cas de réfugiés ou demandeurs d'asile, arrivent sur le territoire d'un Etat membre sans être en possession de tout document d'état civil. Ce cas est certes distinct de celui de migrants économiques. S'agissant des réfugiés et personnes déplacées, la décision de reconnaissance du statut ou d'octroi d'un régime de protection dépend de l'Etat membre compétent, tandis que la Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants — comme le règlement Bruxelles IIbis — et la Convention de 2000 sur la protection des adultes requièrent de l'Etat contractant sur le territoire duquel se trouve la personne, de prendre les mesures de protection nécessaires. S'agissant des migrants économiques, un cadre réglementaire mondial fait encore défaut tant que tarde la ratification par les Etats membres de l'Union de la Convention des Nations unies de 1990 sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille. Des mesures très concrètes devraient pouvoir être prises en termes de coopération administrative internationale, par exemple pour la mise en œuvre de programmes de migration temporaire (ou circulaire) convenus entre pays d'origine et pays de destination des travailleurs, l'établissement d'un système d'agrément et de surveillance des intermédiaires et la facilitation des transferts de fonds. L'Union européenne pourrait prendre une initiative en vue de mieux gérer le flux des migrants économiques réguliers..

Ainsi, le Groupe pourrait rappeler aux autorités concernées certains principes, voire appeler ces autorités à certaines actions, dans des termes tels que :

Concernant les demandeurs d'asile et les réfugiés: un rappel –

du principe que les autorités de l'Etat membre sur le territoire duquel un enfant ou adulte vulnérable, réfugié ou internationalement déplacé par suite de troubles prévalant dans son pays, est présent, est compétente, du fait de la présence de cette personne sur le territoire, pour prendre des mesures de protection de la personne ou de ses biens.

Concernant les migrants : une action visant –

(a) à entamer d'urgence une étude commune (de l'UE et ses États membres) de la Convention des Nations Unies sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (1990) en vue d'identifier les obstacles ayant empêché les États membres de signer et ratifier cet instrument et de recommander les conditions, y compris les réserves éventuelles, qui pourraient leur permettre à procéder à sa signature et à sa ratification ;

(b) à prendre une initiative conjointe pour encourager les États d'où proviennent les enfants migrants (non-accompagnés) n'ayant pas encore signé et ratifié la Convention de La Haye sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (1996) à procéder à sa signature, ratification ou adhésion dans les meilleurs délais ;

(c) à prendre l'initiative conjointe pour une négociation au niveau mondial avec des États tiers concernés afin de créer un système multilatéral et mondial de coopération transfrontalière directe entre autorités administratives en vue d'encadrer la migration temporaire et circulaire. Cet instrument devrait également réguler l'accréditation et la supervision des intermédiaires de la migration internationale, faciliter le transfert sûr et peu coûteux des fonds envoyés par les migrants internationaux et établir des mécanismes de suivi du fonctionnement de la Convention, par réunions périodiques d'autorités.

Un premier tour de table fait état de difficultés à appréhender la nature précise des dispositions qu'appelle la problématique sous l'angle du droit international privé. De l'avis des membres, la situation de flux massif que connaissent actuellement les Etats membres constitue un défi de taille en termes d'adoption de mesures opérationnelles relatives à la reconnaissance du statut de réfugié ou à l'adoption de mesures de protection pour les personnes déplacées, dans un contexte montrant le dysfonctionnement du système de Dublin. Une partie de la solution réside certes dans la prise de position politique au niveau international. Les membres du Groupe conviennent cependant de l'intérêt de focaliser sur les difficultés que connaissent les personnes déplacées sous l'angle de leur statut civil. Dans cet esprit, le Groupe examine une proposition de déclaration soumise dans les termes suivants :

LE GEDIP

RAPPELANT que l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne englobe tant les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration, que la coopération en matière civile [Titre V du TFUE],

que l'arrivée dans l'Union européenne de nombreux demandeurs d'asile, de réfugiés et de migrants exige qu'une attention particulière soit portée à la clarification et à la cohérence de leur statut en droit civil au niveau de l'Union européenne,

que la Convention [1951] et le Protocole [1967] relatifs au statut des réfugiés, en vigueur dans tous les Etats de l'Union européenne, contiennent notamment des dispositions de droit international privé portant sur leur statut personnel et l'accès à la justice,

que la Convention de La Haye sur la protection internationale des enfants [1996], ratifiée par la quasi-totalité des Etats membres de l'Union européenne, et la Convention de La Haye sur la protection des adultes [2000], ratifiée par plusieurs Etats membres de l'Union européenne, contiennent des dispositions spécifiques relatives à la protection des enfants et adultes vulnérables, réfugiés et internationalement déplacés par suite de troubles dans leurs pays,

SOULIGNANT l'importance de l'enregistrement des faits importants relatifs au statut personnel et aux registres de l'état civil de toute personne [y compris les réfugiés, demandeurs d'asile et migrants venant des pays tiers] présente sur le territoire des Etats membres,

FAIT APPEL aux Etats membres et aux institutions de l'Union européenne pour qu'ils

1. Portent une attention particulière au statut en droit civil des demandeurs d'asile, des réfugiés et des migrants venant des pays tiers, de sorte que

les autorités des Etats membres assurent l'enregistrement immédiat, certain et efficace au niveau de l'Union européenne, des faits importants relatifs au statut personnel les concernant, tels que les naissances et les décès, et aux registres de l'état civil, ainsi que la reconnaissance des actes relatifs à ces enregistrements au sein de l'Union européenne,

les autorités des Etats membres exercent leur compétence pour prendre des mesure de protection des enfants et des adultes vulnérables réfugiés ou internationalement déplacés par suite de troubles dans leurs pays,

les Etats membres coordonnent dans la mesure du possible leurs procédures concernant l'octroi du statut de réfugié et de permis de séjour aux demandeurs d'asile et aux migrants admis,

II. Prennent des initiatives en vue de

Promouvoir la ratification universelle des instruments de droit international privé visant à assurer la sécurité juridique du statut personnel, notamment la Convention de La Haye de 1996 sur la protection internationale des enfants,

Examiner la possibilité de signer et ratifier les instruments existants au niveau mondial, adoptés par les Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales, pouvant contribuer à l'établissement d'un cadre juridique cohérent concernant les migrants travailleurs et leurs familles, et examiner les possibilités de renforcer la coordination et la coopération entre Etats, nécessaires pour la mise en œuvre efficace de ces instruments.

Le nouveau texte fait une référence à l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice, à l'arrivée massive de personnes déplacées et aux instruments juridiques existants. Ensuite, il dissocie les niveaux européen et mondial.

De l'avis des membres, la situation de flux massifs est de nature à perdurer et appelle manifestement l'adoption de mesures urgentes. En matière civile, les dispositions les plus importantes pour les personnes déplacées portent sur la délivrance rapide de documents provisoires d'état civil supplétifs de ceux que la personne n'a pas pu obtenir dans l'Etat de provenance, et sur la reconnaissance de tels documents.

Par ailleurs, la terminologie devrait être adaptée à celle qui a cours en droit de l'Union européenne, dans la mesure où le texte est essentiellement destiné aux institutions européennes.

Le texte final de la déclaration se présente alors comme suit :

Déclaration sur le statut juridique de demandeurs de protection internationale en provenance de pays tiers vers l'Union européenne

LE GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Lors de sa vingt-cinquième réunion, à Luxembourg, du 18 au 20 septembre 2015,

Considérant que l'afflux actuel de demandeurs de protection internationale parmi d'autres migrants en provenance de pays tiers vers l'Union européenne et leur séjour – même temporaire – dans les États membres soulève des questions urgentes et importantes concernant leur statut juridique y compris leur statut civil et exige qu'une attention particulière soit portée à la clarification et à la cohérence au sein de l'Union dudit statut ;

Rappelant que l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne englobe tant les politiques relatives aux contrôles aux frontières, à l'asile et à l'immigration que la coopération en matière civile ;

Considérant qu'il importe que les mesures à prendre répondent aux défis posés par l'afflux des demandeurs de protection internationale, tant immédiats que futurs ;

Rappelant, notamment :

— le Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, et la Convention des Nations Unies du 28 juillet 1951 relatif au statut des réfugiés et son Protocole du 31 janvier 1967, applicables dans toute l'Union européenne,

— les directives du Parlement européen et du Conseil 2011/95/UE et 2013/32 et 2013/33/UE ainsi que la directive du Conseil 2001/55/CE(21),
— le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil(22) et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants du 19 octobre 1996(23) et sur la protection des adultes du 13 janvier 2000(24);

FAIT APPEL AUX INSTITUTIONS DE L'UNION EUROPÉENNE ET AUX ÉTATS MEMBRES

I. POUR QU'ILS ASSURENT

Enregistrement et reconnaissance des faits et actes de l'état civil

a) à tout ressortissant d'un pays tiers ou à tout apatride se trouvant sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne et y ayant présenté une demande de reconnaissance du statut de réfugié ou d'octroi de la protection subsidiaire ou y ayant obtenu un tel statut, l'enregistrement dans les meilleurs délais – même à titre provisoire – des faits importants relatifs au statut personnel le concernant, tels les naissances, les mariages et les décès ainsi que la reconnaissance de ces enregistrements et des actes y relatifs au sein de l'Union européenne;

Exercice de compétences par les autorités nationales pour prendre des mesures de protection en matière civile

b) à tout enfant, notamment non-accompagné ou séparé de ses parents, et à tout adulte vulnérable qui sollicite ou a obtenu la protection internationale, l'exercice, par les autorités de l'État membre sur le territoire duquel la personne est présente, de leur compétence pour prendre des mesures de protection en matière civile lorsque la situation de la personne l'exige;

Statut de réfugié, de protégé subsidiaire et permis de séjour provisoire

c) la coordination et la reconnaissance mutuelle, dans la mesure du possible, des décisions de reconnaissance du statut de réfugié, d'octroi du statut de protégé subsidiaire ainsi que d'octroi d'un permis de séjour provisoire aux demandeurs de protection internationale.

II. POUR QU'ILS PRENNENT DES INITIATIVES EN VUE DE :

Promotion des instruments de droit international privé portant sur le statut personnel

a) promouvoir la ratification universelle des instruments de droit international privé ayant pour but de garantir la sécurité juridique et la reconnaissance mutuelle du statut personnel, notamment la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des enfants(25).

Ratification commune d'instruments existants et renforcement de leur efficacité pratique

b) examiner la possibilité de signer et ratifier les instruments existants au niveau mondial, adoptés par les Nations Unies, par ses organisations spécialisées et par d'autres organisations intergouvernementales, pouvant contribuer à l'établissement d'un cadre juridique universel cohérent concernant la migration, notamment des travailleurs et de leurs familles, ainsi que la possibilité de renforcer la coordination et la coopération entre États nécessaires pour la mise en œuvre efficace de ces instruments.

Declaration on the Legal Status of Applicants for International Protection from Third Countries to the European Union

THE EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW

At its Twenty-fifth meeting held in Luxembourg, from 18 to 20 September 2015,

Considering that the current influx of applicants for international protection, among other migrants, from third countries to the European Union and their presence – even of a temporary character – in the Member States gives rise to urgent and important questions concerning their legal status, including in civil

law, and requires that special attention be given to the clarification, and consistency across the European Union, of this status;

Recalling that the Area of Freedom, Security and Justice of the European Union covers both policies on border checks, asylum and immigration, and judicial cooperation in civil matters;

Considering that it is crucial that the measures to be taken meet both the immediate and future challenges arising from the influx of migrants from third countries;

Recalling, in particular:

— the Treaty on the Functioning of the European Union, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the United Nations Convention of 20 November 1989 on the Rights of the Child, and the United Nations Convention of 28 July 1951 relating to the Status of Refugees and its Protocol of 31 January 1967, all of which apply across the European Union,

— the Directives of the European Parliament and Council 2011/95/EU, 2013/32 and 2013/33/EU as well as Council Directive 2001/55/EC⁽²⁶⁾,

— Regulation (EC) n° 2201/2003 of the Council⁽²⁷⁾ and the Hague Conventions on the Protection of Children of 19 October 1996⁽²⁸⁾ and on the Protection of Adults of 13 January 2000⁽²⁹⁾;

CALLS ON THE INSTITUTIONS OF THE EUROPEAN UNION AND ON THE MEMBER STATES

I. TO ENSURE

Recording and recognition of facts and documents relating to civil status

(a) regarding any national of a third country and any stateless person present on the territory of a Member State of the European Union having presented an application for recognition of refugee status or granting of subsidiary protection status, or having obtained such status, registration as soon as possible - even provisionally - of the important facts relating to their personal status, such as births, marriages and deaths, as well as recognition of these records and documents relating thereto within the European Union;

Exercise of jurisdiction by national authorities to take measures of protection in civil matters

(b) regarding any child, especially when unaccompanied or separated from his or her parents, and any vulnerable adult, seeking or having obtained international protection, the exercise by the authorities of the Member State on whose territory that person is present of their jurisdiction to take measures of protection in civil matters whenever his or her situation so requires;

Refugee status, subsidiary protection status and provisional residence permits

(c) the coordination and mutual recognition, to the extent possible, of decisions on the recognition of refugee status, the granting of subsidiary protection status as well as the granting of provisional residence permits to applicants for international protection.

II. TO TAKE INITIATIVES WITH A VIEW –

Promotion of the instruments of private international law relating to personal status

- a) to promoting the universal ratification of instruments of private international law aimed at ensuring legal certainty and mutual recognition of personal status, including the Hague Convention on Protection of Children (1996)⁽³⁰⁾.

Common ratification of existing instruments and enhancing their effectiveness

- b) to considering the possibility of signing and ratifying existing instruments at the global level, adopted by the United Nations, its specialized agencies and

other intergovernmental organizations, that may contribute to establishing a coherent global legal framework for migration, including of workers and their families, and the possibility of strengthening coordination and cooperation among States needed for the effective implementation of these instruments.

IV. L'avis 2/13 de la Cour de justice et le droit international privé

A. Présentation

C. Kohler fait une présentation de l'avis 2/13 du 18 décembre 2014 relatif au projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans son incidence sur le droit international privé. Selon la Cour de justice, le projet d'accord portant sur l'adhésion de l'Union n'est pas compatible avec l'article 6, §2, TUE, ni avec le protocole n° 8 relatif à cette disposition⁽³¹⁾.

Cet avis sur l'accord portant adhésion de l'Union européenne à la CEDH avait été demandé par la Commission, sur la base de l'article 218, §11, TFUE⁽³²⁾. Préalablement, les institutions de l'Union ainsi que les 24 membres ayant participé à la procédure s'étaient prononcés en faveur de cet accord. Dans sa prise de position, l'Avocat général, Mme Kokott, s'était également montrée relativement favorable à l'accord, en émettant toutefois certaines réserves. La Cour ne s'est toutefois pas laissée convaincre. Selon elle, l'accord n'est pas compatible avec l'article 6, §2, TUE et le protocole n° 8 en ce qu'il est susceptible de porter atteinte aux caractéristiques et à l'autonomie du droit de l'Union. A l'appui de sa position, elle évoque des considérations d'ordre institutionnel et procédural ainsi que des considérations d'ordre matériel.

Conformément à l'article 218, §11, TFUE, un avis défavorable de la Cour pour effet que *« l'accord envisagé ne peut entrer en vigueur, sauf modification de celui-ci ou révision des traités »*. Dans le cas d'espèce, une modification du traité ne semble pas réaliste. Seule la modification de l'accord pourrait dès lors être envisagée. Or, dans son avis, la Cour semble opposée à l'idée même d'une adhésion par l'Union européenne à la CEDH. Par conséquent, il n'est pas garanti que l'adoption d'un nouvel accord permette de recueillir un avis favorable de sa part. L'Union européenne n'adhèrera donc probablement pas à la CEDH et le paysage législatif restera, à première vue, inchangé. Cependant, les motivations avancées par la Cour dans son avis soulèvent diverses questions que nous examinons successivement.

1. Le cadre constitutionnel de l'Union européenne et le « principe de la confiance mutuelle entre les Etats membres »

L'avis fait apparaître que la Cour fonde son verdict d'incompatibilité sur une analyse du droit de l'Union qui, tout en prétendant refléter l'état actuel du droit, présente des aspects novateurs. C'est notamment le cas de l'utilisation (et du façonnement) du principe de la confiance mutuelle entre les Etats membres. Ce principe intéresse directement le droit international privé. Dans son avis, la Cour estime que l'accord d'adhésion risque de porter atteinte à ce principe et serait par conséquent incompatible avec le droit de l'Union.

Pour comprendre ce qu'a voulu dire la Cour, il faut trouver le point de départ de son raisonnement. Lorsqu'elle examine la compatibilité de l'accord avec le droit de l'Union, la Cour rappelle, à titre liminaire, les caractéristiques spécifiques de ce droit telles qu'elles ressortent de sa jurisprudence⁽³³⁾. Pour la Cour, le droit de l'Union se caractérise par son autonomie, par sa primauté par rapport aux droits des Etats membres ainsi que par l'effet direct de nombreuses de ses dispositions. La Cour de justice ne laisse subsister aucun doute quant au fait que les caractéristiques du droit de l'Union font partie intégrante de ce qu'elle appelle « la structure constitutionnelle » de l'Union. Afin de souligner l'importance qu'elle attache à ses déclarations, la Cour va jusqu'à évoquer *« le processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »*. Elle ajoute que *« cette construction juridique repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque Etat membre partage avec tous les autres Etats membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE »*⁽³⁴⁾. Ce fond commun de valeurs communes implique et justifie, selon la Cour, l'existence de la confiance mutuelle entre les Etats membres dans la reconnaissance de toutes ses valeurs et donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre⁽³⁵⁾. La vraie difficulté ne consiste pas à comprendre cette motivation mais bien à comprendre pourquoi la Cour a conclu que l'adhésion était incompatible avec le principe de confiance mutuelle. Pour le comprendre, un rappel des rapports entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme est nécessaire. Ces rapports sont caractérisés par la tension qui existe entre les dispositions du droit de l'Union qui confèrent une efficacité immédiate et incontestable à des décisions émanant d'autorités d'autres Etats membres et l'obligation imposée par la Cour EDH, aux mêmes Etats membres, de refuser l'exécution de

ces décisions sur leur territoire lorsqu'elles sont contraires à la CEDH. Les textes européens dont il s'agit existent dans différents domaines entrant dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice (asile, coopération en matière pénale et coopération en matière civile) et dans le droit international privé (règlement n° 805/2004 instituant le titre exécutoire européen ou encore la procédure « retour de l'enfant » en cas d'enlèvement inscrite à l'article 42 du règlement Bruxelles IIbis⁽³⁶⁾). C'est notamment dans ce dernier domaine que l'interdiction de tout contrôle par le juge requis de la décision ordonnant le retour de l'enfant, confirmée par la Cour de justice de l'Union, a rencontré des hésitations dans l'hypothèse où il y avait de forts indices que la procédure dans l'État d'origine avait violé des droits garantis par la Convention européenne⁽³⁷⁾. Or, on sait que, depuis plusieurs années, la Cour EDH applique une présomption selon laquelle le niveau de protection des droits de l'homme par l'Union européenne est équivalent au niveau garanti par la CEDH. Par conséquent, dans les rapports entre Etats membres de l'Union européenne, la Cour EDH n'insiste pas sur le contrôle par l'Etat requis du plein respect de la CEDH devant les autorités de l'Etat d'origine (présomption *Bosphorus*). La Cour EDH a jugé récemment qu'il n'y avait pas de violation de droits conventionnels lorsque l'Etat défendeur agissait dans l'exécution d'une obligation imposée par le droit de l'Union européenne et confirmée par la Cour de justice⁽³⁸⁾.

Le projet d'accord d'adhésion était de nature à modifier les rapports entre l'Union européenne et ses institutions, d'une part, et la Cour EDH, d'autre part. Le projet prévoyait en effet que même lorsque l'Etat membre met en œuvre le droit de l'Union, les actes, mesures ou omissions intervenus à cet effet sont imputés aux Etats membres aux fins de la CEDH, ce qui n'empêche pas que « *l'Union européenne puisse être responsable, en tant que codéfendeur, d'une violation résultant d'un tel acte, d'une telle mesure ou d'une telle omission* »⁽³⁹⁾. Il est par conséquent douteux que, en vertu de l'accord, la présomption *Bosphorus* puisse encore s'appliquer puisque l'Union serait elle-même partie contractante à la CEDH et donc soumise à l'autorité de la Cour EDH. Cette conséquence de l'accord risquerait d'entrer en conflit avec le principe de la confiance mutuelle qui, après sa « constitutionnalisation » par la Cour au n° 168 de l'avis⁽⁴⁰⁾, s'étend à la reconnaissance des valeurs consacrées à l'article 2 du TUE, en ce compris le respect des droits de l'homme. Or, la reconnaissance de ces droits au titre du principe de la confiance mutuelle implique-t-elle une *obligation* pour les Etats membres de reconnaître entre eux des décisions et autres actes *même dans l'hypothèse* où ceux-ci auraient méconnu les droits de l'homme tels qu'ils sont définis par la Convention européenne ? La Cour répond par l'affirmative⁽⁴¹⁾. Les Etats membres peuvent être tenus en vertu de ce même droit de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres Etats membres, de sorte qu'ils ne peuvent exiger des autres Etats un respect des droits de l'homme plus élevé. Pour la Cour, l'accord est incompatible avec cette idée. Le fait, pour la Cour EDH, d'obliger les Etats contractants à vérifier le respect des droits fondamentaux par l'Etat d'origine est incompatible avec l'obligation qui existe entre les Etats membres d'agir en conformité avec le droit de l'Union, à l'exclusion d'autres droits. La Cour ne donne cependant pas d'indication sur la manière dont l'accord devrait être formulé afin de respecter le principe de la confiance mutuelle.

2. Conséquences de l'avis 2/13 pour le droit international privé de l'Union : exclusion du double contrôle du respect des droits fondamentaux

Au point 191 de l'avis, la Cour se réfère à deux arrêts : l'un portant sur le droit d'asile et l'autre portant sur le mandat d'arrêt européen⁽⁴²⁾. S'agissant du droit international privé de l'Union, ce sont surtout les règlements sur la reconnaissance des décisions judiciaires en matière civile et d'autres actes émanant d'une autorité d'un autre Etat membre qui sont visés.

Jusqu'à présent, et sauf exception prévue dans les textes, la reconnaissance et l'exécution d'une décision d'un autre Etat membre peuvent être refusées si la décision a été rendue en violation des droits fondamentaux (jurisprudences *Krombach*, *Eurofood*, *Gambazzi*⁽⁴³⁾). Une telle violation justifiait en effet le recours à l'ordre public de l'Etat requis. La vérification du respect des droits fondamentaux faisait partie de l'application normale de la procédure de reconnaissance et n'était pas considérée comme une révision au fond interdite. Or, avec l'avis 2/13, c'est plutôt l'exclusion du double contrôle qui devient la règle, le respect des droits fondamentaux par l'Etat d'origine devant être présumé au sein de « l'espace de liberté, de sécurité et de justice ». Cette présomption n'est pas irréfragable : en cas de circonstances exceptionnelles, la Cour de justice autorise la vérification du respect des droits fondamentaux dans l'Etat d'origine⁽⁴⁴⁾. Ces exceptions sont examinées dans le point suivant.

3. Hypothèses dans lesquelles le principe de la confiance mutuelle subit des exceptions

a. Refus de reconnaissance en cas de violation de l'ordre public de l'Etat requis

La première exception pourrait être le refus de reconnaissance en cas de violation de l'ordre public de l'Etat membre requis. C'est ce que prévoient expressément de nombreux textes applicables à la reconnaissance. On peut se demander si les dispositions de droit dérivé qui réservent l'ordre public, peuvent toujours s'appliquer à l'encontre du principe constitutionnel de reconnaissance mutuelle. Quelques mois après avoir rendu son avis, la Cour a répondu à cette question de manière indirecte⁽⁴⁵⁾. Dans son arrêt *Diageo Brands*, rendu le 16 juillet 2015, il était question d'un litige en matière de droit des marques opposant Diageo Brands, établi à Amsterdam et titulaire de la marque « Johnny Walker » qui commercialise du whisky en Bulgarie, à une société établie en Bulgarie (Simiramida) qui voulait commercialiser, dans ce pays, 12.000 bouteilles de Johny Walker en provenance de Géorgie. A la demande de Diageo Brands, les tribunaux bulgares ont ordonné la saisie des bouteilles. En appel, cette décision fut annulée et la saisie levée. Dans la procédure au fond, menée devant le tribunal de Sofia, la demande de Diageo Brands fut rejetée car l'importation de bouteilles mises en circulation dans un Etat tiers avec le consentement du titulaire de la marque n'a pas été jugé comme étant contraire au droit de l'Union européenne. Cette décision de rejet a acquis force de chose jugée puisque Diageo Brands n'a pas exercé de recours. La société bulgare a ensuite saisi les juridictions néerlandaises afin d'obtenir la réparation du préjudice subi en raison de la saisie et fondait sa demande sur le jugement du tribunal de la ville de Sofia. Diageo Brands s'est opposée à la reconnaissance de la décision bulgare au motif que cette décision était manifestement contraire à l'ordre public néerlandais (article 34, 1°, du règlement Bruxelles I) dès lors qu'elle faisait une application erronée du droit de l'Union et qu'elle avait été adoptée en méconnaissance de l'obligation de saisir la Cour de justice. Deux questions furent posées à la Cour de justice. La première question est celle de savoir si le fait qu'une décision est manifestement contraire au droit de l'Union et a été rendue en violation de garanties procédurales, constitue un motif de refus de reconnaissance conformément à l'article 34, 1°, du règlement Bruxelles I ? La seconde question est de savoir si le fait que la partie qui s'oppose à la reconnaissance n'a pas exercé toutes les voies de recours doit être pris en considération ? Dans son arrêt, la Cour de justice rappelle l'existence du principe de confiance mutuelle en faisant référence à l'avis 2/13 et en ajoutant que le règlement Bruxelles I est fondé spécifiquement sur la confiance réciproque en la justice au sein de l'Union. Par conséquent, le recours à l'ordre public doit rester exceptionnel⁽⁴⁶⁾. Les Etats membres sont, selon la Cour, en principe libres de définir leur ordre public conformément à leurs conceptions nationales, mais le cadre est donné par le droit de l'Union et par la Cour de justice qui interprète le règlement I. Un recours à la clause de l'ordre public (art. 34, 1°) n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance de la décision rendue dans un autre Etat membre heurte de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porte atteinte à un principe fondamental⁽⁴⁷⁾. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision rendue dans un autre Etat membre, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique.

Deux points doivent être retenus : d'une part, la Cour rejette implicitement l'idée que la violation d'une règle ou d'un principe de droit national ne justifie plus le recours à l'ordre public. D'autre part, une violation du droit de l'Union peut, dans les mêmes conditions, justifier le recours à l'ordre public. Il est important de souligner ceci puisque l'avis 2/13 étend la confiance mutuelle au respect du droit de l'Union en général. En revanche, l'arrêt sous-entend qu'une violation suffisamment grave du droit de l'Union constitue un des cas exceptionnels visé par le point 191 de l'avis 2/13. On remarquera qu'un arrêt de chambre, rendu par 5 juges, procède ainsi à une interprétation plutôt restrictive de l'avis, adopté par la plénière composée de 25 juges.

L'arrêt *Diageo Brands* examine ensuite deux types de violation de l'ordre public : la violation du droit des marques et la violation des garanties procédurales.

En ce qui concerne la violation du droit des marques, la Cour de justice estime qu'une mauvaise application d'une directive sur le droit des marques ne constitue pas une erreur grave et manifeste du droit de l'Union⁽⁴⁸⁾. Il s'agit d'une erreur de droit qui ne déclenche pas l'application de l'ordre public mais qui, au contraire, se heurte à l'interdiction de la révision au fond.

La violation des garanties procédurales vise le fait que la juridiction bulgare n'a pas saisi la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel alors qu'elle en avait l'obligation. La Cour rappelle, à titre liminaire, que Diageo Brands n'a pas exercé de voies de recours contre cette décision. Pour la Cour, le règlement Bruxelles I doit s'interpréter comme imposant, en principe, aux justiciables d'utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l'Etat membre d'origine⁽⁴⁹⁾. Seules des circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'Etat membre d'origine peuvent justifier le fait de ne pas avoir exercé de recours contre une décision. L'obligation d'exercer toutes les voies de recours disponibles vise à empêcher en amont une violation de l'ordre public. Pour la Cour, cette règle se justifie d'autant plus lorsque la violation alléguée de l'ordre public découle, comme dans le

litige au principal, d'une prétendue violation du droit de l'Union.

L'enseignement principal à retenir de l'arrêt *Diageo Brands* est que si le recours à l'ordre public de l'État requis continue à se justifier en cas d'une violation suffisamment grave d'une règle ou d'un principe de droit, il suppose désormais normalement que l'intéressé ait épuisé les voies de recours dans l'État d'origine.

b. Refus de reconnaissance pour violation des droits fondamentaux même en l'absence d'une clause d'ordre public ?

La reconnaissance d'une décision peut-elle être refusée pour violation d'un droit fondamental, même lorsqu'en vertu d'une disposition du droit dérivé, la décision de l'Etat d'origine doit être reconnue et exécutée sans exequatur et sans qu'il soit possible de s'opposer à la reconnaissance ?⁽⁵⁰⁾ En ce qui concerne les décisions ordonnant le retour de l'enfant adoptées et certifiées en vertu du règlement Bruxelles IIbis, des décisions ont déjà été rendues par la Cour de justice. On pense ici à l'arrêt *Povse* et à l'arrêt *Aguirre Zarraga*. Dans ces arrêts, la Cour de justice avait insisté sur la compétence exclusive de l'Etat d'origine de la décision de retour et avait refusé tout pouvoir à l'Etat membre d'exécution et ce même dans l'hypothèse où la procédure dans l'Etat d'origine était prétendument entachée d'erreurs graves et violait un droit fondamental de l'enfant⁽⁵¹⁾.

À la lumière de l'avis 2/13, la position de la Cour dans l'arrêt *Aguirre Zarraga* mérite d'être nuancée. Il est certes vrai que l'État requis n'a plus le droit de vérifier si l'État d'origine a effectivement respecté, dans le cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union. Une telle vérification reste cependant possible, comme le souligne la Cour dans l'avis, dans des cas exceptionnels. Dans l'arrêt *N.S.*, par exemple, en matière d'asile (Dublin II), la Cour a précisé que le droit de l'Union s'oppose à une présomption irréfragable selon laquelle l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile respecte les droits fondamentaux⁽⁵²⁾. Il n'y a donc pas de transfert d'un demandeur (par d'autres États membres) vers l'État membre responsable en cas de « défaillances systémiques » de la procédure et des conditions d'accueil qui risque de faire courir au demandeur une violation de ses droits fondamentaux (traitements inhumains et dégradants). Il semble qu'on puisse transposer le raisonnement adopté dans l'arrêt *N.S.* au secteur de la coopération judiciaire civile. La reconnaissance et l'exécution d'une décision peut être exclue si l'administration de la justice présente des défaillances importantes dans l'Etat d'origine de sorte que l'accès à la justice dans des conditions équitables, par exemple, n'est pas garanti. En matière de responsabilité parentale, on peut penser aux défaillances dans la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, même si le règlement Bruxelles IIbis ne prévoit pas de clause d'ordre public, le raisonnement qui ressort de l'avis 2/13 devrait conduire à une application avant la lettre de la clause d'ordre public.

4. L'avenir de la « présomption *Bosphorus* »

La conclusion, certes provisoire, de cet examen de l'avis 2/13 est qu'en matière de reconnaissance des décisions, la vérification du respect des droits fondamentaux reste possible dans un certain nombre d'hypothèses et que la réserve de l'ordre public continue à s'appliquer. Il paraît donc que, dans ce secteur, le niveau de protection des droits de l'homme restera, en substance, le même qu'avant l'adoption de l'avis. Peut-on en déduire qu'il n'y aura pas de changement dans les rapports entre la Cour de Luxembourg et celle de Strasbourg, de sorte que la « présomption *Bosphorus* » continuera à s'appliquer en faveur de la Cour de Luxembourg ?

Rien ne paraît moins sûr. Le passage de l'avis sur l'application du principe de la confiance mutuelle fait rigoureusement comprendre que la Cour de l'Union européenne considère que le contrôle, par la Cour de Strasbourg, des rapports entre les Etats membres de l'Union constitue une ingérence dans les affaires intérieures de l'Union qui, peut-être, aurait pu être tolérée si la « présomption *Bosphorus* » avait été intégrée dans l'accord d'adhésion. Pour l'organe de contrôle de la CEDH, une telle conception doit être inconciliable avec sa mission institutionnelle. Pour la Cour de Strasbourg, les États membres de l'Union sont des parties contractantes de la CEDH et répondent seuls de leurs actes et omissions dans la perspective de cette Convention. Ces États ne peuvent pas non plus se soustraire à leurs obligations en vertu de la Convention européenne par un transfert de compétences à une organisation internationale. Le fait que l'Union n'est pas partie contractante de la CEDH, a pu être considéré jusqu'ici comme une anomalie, tempérée précisément par le bénéfice de la « présomption *Bosphorus* ». Or, avec l'avis 2/13, le bénéficiaire de cette présomption a compromis la confiance et les attentes qui étaient à la base de la jurisprudence *Bosphorus*.

On comprend que le président de la Cour de Strasbourg, Dean Spielmann, ait fait état de la « grande déception » que constitue l'avis 2/13 pour sa juridiction. Il a également déclaré qu'il ne fallait pas oublier que « les premières victimes de l'avis 2/13 sont les citoyens qui se voient

ainsi privés du droit de soumettre les actes de l'Union au même contrôle externe que celui qui s'applique à tous les États membres. Plus que jamais donc, il s'agit pour notre Cour de protéger au mieux les citoyens des effets négatifs de cette situation, dans le cadre des affaires qui lui seront soumises »⁽⁵³⁾.

Dans cette perspective, la survie de la « présomption *Bosphorus* » paraît tout à fait incertaine. A un moment donné, la Cour de Luxembourg ne pourra plus ignorer que, dans le royaume de la CEDH, ce n'est pas elle mais la Cour de Strasbourg qui a le dernier mot.

5. Conclusion

L'avis 2/13 marque une nouvelle étape vers la fédéralisation de l'espace judiciaire européen. Le principe « constitutionnel » de la confiance mutuelle constitue la version européenne de la clause de *full faith and credit* de la Constitution des États-Unis. Une telle clause, dans les rapports entre les subdivisions d'un État fédéral, suppose un pouvoir judiciaire fédéral sous l'autorité d'une Cour suprême en principe accessible aux justiciables. Ni l'un ni l'autre n'existent en Europe. La Cour de justice n'a ni le pouvoir ni les attributions d'une Cour Suprême (v. art. 19, par. 3, TUE) et elle n'a pas non plus les fonctions d'une juridiction dont la mission est la protection des droits fondamentaux des particuliers. Il n'existe donc aucune voie de recours pour les particuliers. Une telle fonction incombe, en Europe, à la Cour EDH qui est la seule juridiction commune à tous les États membres de l'Union européenne, à laquelle les justiciables peuvent accéder directement lorsqu'ils estiment que leurs droits fondamentaux ont été violés.

B. Discussion

L'avis de la Cour de justice risque de réduire le niveau de protection des droits de l'homme car il n'ouvre pas la possibilité pour les individus d'introduire des recours contre une violation des droits de l'homme au sein de l'Union européenne.

Plusieurs membres sont d'avis que la Cour de justice a voulu éviter la possibilité de subir un contrôle externe de ses actes. L'enjeu de l'avis n'était probablement pas limité à la garantie du respect des droits fondamentaux. Le raisonnement adopté par la Cour présente en effet plusieurs incohérences laissant penser qu'elle veut à tout prix éviter la conclusion d'un accord d'adhésion :

- En déclarant que l'accord d'adhésion n'est pas compatible avec l'article 6, § 2, TUE, la Cour déclare en quelque sorte inconstitutionnelle cette norme de droit constitutionnel.
- Les justifications que la Cour apporte laissent souvent le lecteur perplexe. Ces justifications, telles qu'elles sont formulées par la Cour, rendent d'ailleurs impossible toute modification de l'accord en vue de le rendre compatible avec l'article 6 TUE et le protocole n° 8. A l'inverse, dans sa prise de position, l'Avocat général a, certes, énuméré des points sur lesquels l'avis heurtait le droit de l'Union mais a formulé des propositions en vue de le rendre compatible.
- L'évocation de la confiance mutuelle apparaît comme un argument d'ordre systémique de nature à s'opposer à une appréciation in concreto de la protection des droits individuels.

Le débat évoque pour issues possibles soit une codification de la présomption *Bosphorus*, soit une modification du droit primaire.

V. Gazprom: « Antisuit injunction » et arbitrage

T. Hartley revient sur la problématique de l'application du règlement Bruxelles Ibis à l'arbitrage à la lumière de l'arrêt *Gazprom*⁽⁵⁴⁾ ^(54bis) (v. Annexe V). Dans l'analyse des rapports entre l'arbitrage et le règlement, deux points de vue peuvent être adoptés : selon la plupart des arbitres, l'arbitrage devrait continuer à fonctionner exactement comme il fonctionnait avant l'adoption du règlement dès lors que ce dernier exclut l'arbitrage de son champ d'application matériel (art. 1, § 2, d)). Pour d'autres, s'il est vrai que le règlement exclut l'arbitrage, il ne dit pas qu'il n'affecte pas l'arbitrage.

1. Les précédents

Dans l'arrêt *Turner*, la Cour de justice voit dans une « antisuit injunction » imposée par une juridiction et assortie d'une sanction une forme d'ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère qui prive d'effet utile les règles de compétence du règlement, en l'espèce les dispositions sur la litispendance.

Dans l'affaire *West Tankers*, le requérant considérait que les « antisuit injunction » ordonnées par un arbitre ne devraient pas être interdites. Il fondait sa prétention sur un double constat : d'une part, l'arbitrage est exclu du champ d'application matériel du règlement Bruxelles I.

D'autre part, l'interdiction des « antisuit injunction » découle du règlement lui-même.

La Cour n'a pas suivi ce raisonnement. L'interdiction des « antisuit injunction » s'applique dès que l'objet du litige entre dans le champ d'application du règlement Bruxelles I et ce même si la procédure ne relève pas de son champ d'application. Par conséquent, « *l'adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement [Bruxelles I]* »⁽⁵⁵⁾. En d'autres termes, si un arbitre rend une « antisuit injunction » qui met en jeu un État membre ou une matière entrant dans le domaine du règlement Bruxelles I, cette « antisuit injunction » est considérée comme contraire au règlement.

2. Les conclusions non conformes de l'Avocat général et l'arrêt de la Cour

Dans ses conclusions rendues le 4 décembre 2014, l'Avocat général M. Wathelet a considéré que le règlement Bruxelles Ibis opérait un revirement de la jurisprudence *West Tankers*⁽⁵⁶⁾. Selon lui, les « antisuit injunction » rendues par des arbitres ne sont plus contraires au règlement. A l'appui de son argumentation, il déduit du considérant 12, alinéa 2, « *que le déclinatoire de juridiction fondé sur une clause d'arbitrage échappe en lui-même au domaine du règlement. Doit ainsi être abandonnée, à notre avis, l'interprétation retenue par l'arrêt West Tankers [...]* »⁽⁵⁷⁾. Pour l'Avocat général, il convient donc d'exclure du champ d'application du règlement toute procédure dans laquelle la validité d'une convention d'arbitrage est contestée⁽⁵⁸⁾.

Selon T. Hartley, le considérant 12 ne dit tout d'abord pas que la validité d'une « antisuit injunction » rendue par un arbitre sort du champ d'application du règlement⁽⁵⁹⁾. En effet, le considérant 12 ne mentionne que les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution contenues dans le règlement, ce qui n'est pas la même chose. Ensuite, les négociateurs de la refonte du règlement Bruxelles I n'avaient pas l'intention de renverser la jurisprudence *West Tankers*. Le Royaume-Uni avait formulé une proposition en ce sens qui fut rejetée.

Dans son arrêt *Gazprom*, la Cour n'a pas suivi l'opinion de l'Avocat général et a confirmé sa jurisprudence. Selon elle, dans le cas d'espèce, la sentence prononcée par les arbitres ne constituait pas une « antisuit injunction » relevant du droit de l'Union européenne dès lors qu'elle n'était pas assortie d'une sanction et qu'elle n'avait pas été prononcée par les juridictions d'un État membre. Le règlement n'interdit pas, ni n'exige sa reconnaissance car la question sort de son domaine d'application. La Cour renvoie ainsi la cause au droit national et international et indique qu'elle n'a pas la compétence pour interpréter la Convention de New York.

Autre pourrait être la question si les juridictions suédoises avaient été saisies et ordonné une clause pénale, car dans ce cas, l'affaire aurait concerné la reconnaissance d'une décision rendue par une juridiction d'un État membre assortie d'une sanction.

Après le prononcé de l'arrêt, *West Tankers* a demandé aux arbitres de rendre une sentence en vue d'obtenir la réparation du dommage consécutif à la rupture du contrat contre le défendeur, *Allianz*. En effet, pour *West Tankers*, une convention d'arbitrage doit être considérée comme un contrat aux termes duquel aucune action ne peut être introduite devant une juridiction de l'ordre judiciaire. En saisissant de telles juridictions, *Allianz* n'avait donc pas respecté le contrat. Les arbitres ont refusé d'accéder à la demande de *West Tankers*, considérant qu'une telle sentence serait similaire à une « antisuit injunction » et serait, par conséquent, contraire au droit européen. *West Tankers* a fait appel devant les juridictions anglaises, conformément au droit anglais. Celles-ci ont considéré que le droit européen n'excluait pas l'attribution de dommages et intérêts, sans faire de référence à la jurisprudence de la Cour de justice.

3. Dernière stratégie : poursuivre l'avocat !

Une société, *AMT*, est chargée de l'achat et de la vente de produits dérivés. Elle a de nombreux clients allemands. Les contrats que *ATM* a conclus avec ses clients contiennent une clause de juridiction désignant les tribunaux anglais. Plusieurs clients ont perdu de l'argent et ont intenté une action contre *ATM* en Allemagne, ayant *Marzillier* pour avocat. Globalement, les décisions rendues en Allemagne ont été favorables aux clients allemands. *AMT* a par la suite décidé de poursuivre l'avocat des parties en dommages et intérêts, considérant qu'il les avait incitées à ne pas respecter la clause de juridiction. Les tribunaux anglais⁽⁶⁰⁾ se sont déclarés compétents conformément à l'article 5, 3°, du règlement Bruxelles I car ils ont considéré que le fait dommageable s'était produit en Angleterre. C'est en effet dans cet État que les clients allemands auraient dû introduire leur action. La Cour d'appel a néanmoins jugé que le fait dommageable s'était produit en Allemagne. Le litige est

actuellement devant la Cour suprême.

Il reste à se demander si une telle action peut être considérée comme contraire au règlement Bruxelles *Ibis* dès lors qu'elle produit les mêmes effets qu'une « antisuit injunction ». La Cour d'appel a en tout cas rejeté l'argument selon lequel une telle action est contraire au droit européen. Il est vrai qu'en l'espèce, il était question d'une clause de juridiction mais le même raisonnement semble pouvoir être appliqué aux conventions d'arbitrage.

VI. Présentation de l'actualité de la Conférence de La Haye

M. Pertegas Sender présente deux dimensions des activités de la Conférence de La Haye, d'une part les activités de promotion engagées par la Conférence et, d'autre part, le travail législatif de la Conférence.

A. Activités de la Conférence de La Haye

Pour une large part, les activités de la Conférence de La Haye aujourd'hui visent la promotion des travaux et l'élargissement du cercle des Etats.

147 Etats sont actuellement liés à la Conférence de La Haye. Une des priorités de la Conférence est de faire en sorte que l'organisation prenne de plus en plus d'ampleur au niveau mondial. La quête d'universalité est un pilier important des travaux de la Conférence. Sous cet angle, il y a encore beaucoup de travail à effectuer en Afrique. Une initiative importante de cette année a été de tenter d'augmenter la présence des Etats africains tant qualitativement que quantitativement au sein de la Conférence afin d'assurer que les textes adoptés imprègnent leur culture juridique. Il y a quelques années, un bureau régional a été installé en Amérique latine et en Asie. L'idée est de faire quelque chose de similaire en Afrique. Le Conseil a pris note de cette volonté mais n'a pas approuvé cette stratégie, invoquant des réticences sur sa faisabilité en Afrique. Il est vrai que les activités de la Conférence sur les autres continents sont relativement récentes et qu'il est peut-être trop ambitieux, pour une organisation de cette taille, de vouloir déjà s'étendre à un continent supplémentaire.

Les activités de la Conférence visent également à assurer que les conventions s'appliquent dans un plus grand nombre d'Etats. A ce titre, la Conférence a organisé l'année dernière une Commission spéciale réunissant les Etats liés par la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Celle-ci a réuni 257 experts, 74 Etats et 18 organisations internationales. Il s'agit de l'événement le plus important de cette année pour la Conférence.

La Convention de 2005 sur les accords d'élection de for entre en vigueur le 1er octobre, liant le Mexique et les Etats membres de l'Union européenne. Beaucoup d'activités sont prévues dans le cadre de cette convention. Ainsi, début septembre, un atelier a été organisé par l'association de coopération économique d'Asie pacifique portant sur l'exécution des contrats commerciaux et la résolution efficace de ces litiges dans le cadre de la Convention. Les conclusions de l'atelier sont encourageantes car ces pays ont mis l'accent sur l'importance de cette convention. Par ailleurs, Singapour a signé la Convention cette année et pourrait ratifier rapidement.

En ce qui concerne les événements futurs, une conférence est prévue à Genève sur la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Cette Convention dépasse petit à petit le contexte européen et attire de plus en plus d'Etats du monde. Plusieurs anniversaires seront également célébrés cette année : 30 ans de la Convention relative à la loi applicable au trust et à la reconnaissance, 55 ans de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale. Finalement, une conférence se tiendra à Washington, en collaboration avec l'université de Georgetown, sur l'avenir de cette dernière Convention

B. Nouveaux instruments et travaux en cours

En ce qui concerne les nouveaux instruments, les travaux relatifs aux Principes sur le choix de loi applicable au contrat internationaux ont été conclus le 19 mars 2015. Le Paraguay est le premier Etat à avoir repris ces principes.

En ce qui concerne les travaux en cours, plusieurs thèmes sont à l'étude. Deux d'entre eux sont prioritaires : le projet jugement et le projet portant sur la maternité de substitution.

En ce qui concerne le projet jugement, le groupe de travail prépare un projet de texte en

matière de reconnaissance et d'exécution des jugements. La compétence directe n'est pas dans le mandat de ce groupe de travail. Ce dernier est parvenu, au mois de février 2015, à adopter un projet de texte préliminaire. La prochaine réunion de ce groupe de travail se tiendra à La Haye fin octobre. Il pourrait être en mesure de finaliser le texte en vue de recommander au Conseil, avant la session de 2016, de soumettre le texte à une commission spéciale.

En ce qui concerne le projet relatif à la maternité de substitution, les études faites par le Bureau permanent ainsi que par plusieurs universités n'ont fait que mettre l'accent sur l'importance d'essayer de régler, au niveau international, les questions de droit international privé relatives au statut des enfants. L'opportunité de travailler sur ce thème est reconnue. La question de la faisabilité est plus complexe. Les points de vue varient fort d'un Etat à l'autre. Le Conseil, en 2015, a constitué un groupe d'experts, désignés par les Etats, pour étudier la possibilité de poursuivre les travaux dans ce domaine. L'intention est que ce groupe se réunisse pour la première fois en février 2016.

Le thème de la gestation pour autrui ne fait pas encore l'objet d'orientations précises au sein de la Conférence. Plusieurs pistes sont envisagées. L'une est de reprendre le modèle de la Convention adoption. Cela implique que le projet de la Conférence n'aborderait ni la compétence ni la loi applicable mais uniquement les questions administratives. Pour certains, ce n'est pas suffisant alors que pour d'autres, un modèle axé sur la Convention adoption va déjà trop loin.

D'autres thèmes sont en cours. On peut notamment citer la protection des touristes et des visiteurs étrangers. La proposition émane du Brésil, qui a un intérêt certain pour ce thème. L'accès au droit étranger a été supprimé de l'agenda de la Conférence en raison du manque de consensus entre les Etats.

VII. Présentation des travaux de la Commission

K. Vandekerckhove présente les travaux de la Commission. Depuis la mise en place de la Commission Juncker, beaucoup de choses ont changé et notamment la façon de travailler. La Commission veut être davantage une entité politique. Ainsi, chaque action doit entrer dans les priorités politiques annoncées. Cet été un premier projet a été accepté, à savoir la révision du règlement Bruxelles IIbis.

A. Travaux achevés

Durant cette année, le règlement insolvabilité a été adopté en mai et publié en juin. Reste encore le travail de mise à exécution.

L'Union a également approuvé la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for. Cette décision a été prise rapidement puisqu'elle a été proposée en janvier et adoptée en décembre. Cette ratification aura permis l'entrée en vigueur de la Convention.

Finalement, le Conseil a autorisé que les Etats membres acceptent, au nom de l'Union, l'adhésion de nouveaux Etats à la Convention de La Haye de 1980 sur l'enlèvement international d'enfants, en suivi de l'avis rendu par la Cour de justice⁽⁶¹⁾.

B. Travaux en cours

Le dossier concernant la circulation des actes publics est en voie de finalisation.

Le projet relatif aux régimes matrimoniaux évolue plus difficilement. Au sein du Conseil, beaucoup d'Etats membres s'y sont montrés favorables. La présidence luxembourgeoise est très active pour trouver un compromis final mais le gouvernement polonais reste en position d'attente jusqu'aux élections de novembre, à propos de l'application du règlement aux époux de même sexe et aux partenariats enregistrés. Pour trouver un équilibre, le règlement permet aux juridictions de se déclarer incompétentes en présence d'un mariage ou d'un partenariat enregistré que l'Etat membre dont les juridictions sont saisies ne reconnaîtrait pas mais, en échange, l'ensemble des Etats devraient reconnaître des décisions portant sur le régime matrimonial indépendamment de la reconnaissance du mariage ou du partenariat enregistré donnant lieu aux décisions en question.

La révision du règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges est presque achevée. Son objectif principal est d'augmenter le montant permettant de considérer qu'un litige entre dans le champ d'application du règlement.

Le projet CELS est abandonné comme tel mais deux propositions seront faites d'ici la fin de l'année, portant sur la vente des contenus numériques et sur la vente de biens corporels aux consommateurs mais sans affecter le conflit de lois.

C. Travaux futurs

Deux rapports devraient être rédigés dans un futur proche : l'un portant sur le règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer et l'autre portant sur le règlement Rome II. L'année prochaine, un rapport sera rédigé sur la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Le travail le plus important de l'année prochaine sera la révision de Bruxelles IIbis. Plusieurs éléments devront être discutés, concernant le choix de for, la suppression de l'exequatur, la procédure de retour des enfants, la coopération entre les autorités centrales. Un groupe d'experts est désigné. Le rapport sera finalisé avant décembre.

Plusieurs projets sont en cours de préparation :

- Proposition sur la loi applicable aux sociétés ;
- Problématique de la loi applicable à la cession de créances ;
- Harmonisation du droit matériel de l'insolvabilité ;
- Evaluation des règles de conflit de lois en matière de contrat d'assurance.

Un appel sur l'enregistrement des testaments ainsi que sur la création d'un registre électronique des certificats va être lancé.

Le Danemark s'apprête à soumettre à referendum une proposition gouvernementale d'activation de l'article 7 du protocole n° 22 sur la position du Danemark à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, lui permettant de ne plus se prévaloir du protocole en matière civile.

La codification du droit international privé européen n'est pas à l'agenda pour le moment. Il est en effet difficile de codifier les instruments sans les modifier et il ne semble pas y avoir un grand enthousiasme de la part des Etats membres pour se lancer dans un tel projet à ce stade.

VIII. Présentation de l'actualité de la Cour européenne des droits de l'homme

P. Kinsch présente, parmi d'autres affaires référencées dans son rapport annuel (v. l'annexe VI), les arrêts *Loudoudi* et *Paradiso*, non sans évoquer au préalable les suites de l'affaire *Avotins*, toujours en cours devant la Grande Chambre dont on attend une réaction possible sur l'avenir de la présomption Bosphorus au lendemain de l'avis 2/13 de la Cour de justice — affaire dans laquelle, au demeurant, les représentants de la Commission ont été auditionnés en tant qu'*amicus curiae* —, et plusieurs affaires en cours mettant en cause le refus de reconnaissance d'unions de personnes de même sexe en Grèce ou en Italie.

L'affaire *Loudoudi c. Belgique* n'est pas sans rappeler l'affaire *Harroudj c. France*, l'une et l'autre relatives à un refus d'adoption d'un enfant originaire d'un pays musulman recueilli par *kafala*. Dans la présente affaire toutefois, la règle de conflit de lois du for n'était pas en cause puisqu'elle désignait la loi nationale de l'adoptant, belge en l'espèce, la difficulté rencontrée par le requérant venant plutôt du non-respect d'une règle matérielle de droit international privé prévue par le droit belge applicable. La motivation de l'arrêt, qui constate que le régime de la reconnaissance de la *kafala* apporte à l'enfant un statut juridique approprié, mérite l'attention car elle vise expressément à assurer une harmonie internationale des solutions dans l'intérêt supérieur de l'enfant, en veillant à ce que le statut juridique reconnu en Belgique le soit également au Maroc, pays d'origine de l'enfant, et à prévenir, ainsi, l'existence d'un rapport juridique boiteux. Cette concordance des buts poursuivis par le droit international privé et par la Convention européenne des droits de l'homme est remarquable.

L'affaire *Paradiso & Campanelli c. Italie* appelle la comparaison avec l'affaire *Menesson c. France*, à propos du refus de reconnaissance d'un lien de filiation lié à une opération de gestation pour autrui. Le cas présente pourtant une spécificité sous l'angle éthique, puisqu'il avait été fait état d'une escroquerie de la part de l'organisme qui, dans l'Etat d'origine, avait servi d'intermédiaire entre les parents d'intention et la mère porteuse : l'intermédiaire russe avait en effet substitué aux gamètes du père biologique celles d'un autre donneur anonyme. Au vu des résultats de l'analyse ADN ordonnée par le tribunal italien, la transcription dans le registre de l'état civil italien de l'acte de naissance russe a été refusée et l'enfant a été confié à

une famille d'accueil. L'arrêt reproche à l'Italie non pas le refus de transcription mais l'ingérence dans le droit à la vie familiale provoquée par la mesure de retrait de l'autorité parentale. Il relève un soupçon de fraude des parents d'intention — alors même que le tribunal italien n'avait pas considéré cet élément, se tenant exclusivement à l'absence de paternité biologique. Il présente donc finalement peu d'intérêt sous l'angle de la méthode de reconnaissance de situations valablement établies à l'étranger. Il pourrait cependant en être autrement de la suite qui sera réservée à l'affaire portée devant la Grande Chambre pour réexamen au vu de l'opinion dissidente critiquant la position de la majorité pour avoir nié le choix de l'Etat de ne pas reconnaître la gestation pour autrui.

En matière d'enlèvement d'enfant par l'un de ses parents, sont encore évoqués plusieurs arrêts dont se dégage une tendance favorable au père victime d'un enlèvement par la mère, et l'arrêt *M.A. c. Autriche* du 15 janvier 2015 qui constitue une suite des arrêts et décision *Povse* de la Cour européenne et de la Cour de justice. Cet arrêt, postérieur à l'avis 2/13, confirme le principe de confiance mutuelle entre Etats membres dans la mesure où le règlement Bruxelles IIbis va au delà de ce que met en place la Convention de La Haye de 1980, en organisant la compétence de l'Etat d'origine sans possibilité de double contrôle. Il n'y voit pas de problème au regard de la Convention.

Notes :

(1) Additionally, a recital should make it clear that the applicable law also governs the “formation process” and in particular the liability of the founding members for acts performed on behalf of the company: eg “The law applicable under this instrument should also cover the liability for acts performed on behalf of a company before its incorporation”.

(2) A recital may clarify that this includes the capacity of legal persons to members of the board.

(3) The concept of “rights” here includes both political (eg voting) and economic rights.

(4) A recital may clarify that this include the liability of the parent company for the debts of the subsidiaries.

(5) L'article 54 TFUE dispose que « *Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres. Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif* ».

(6) Aff. C-184/12, 17 octobre 2013. Cette position est nuancée par d'autres membres pour qui la Cour de justice impose de tenir compte du degré de protection équivalent offert par les lois nationales en cause, même s'ils reconnaissent que la doctrine interprète la jurisprudence récente de la Cour comme donnant un feu vert au droit du for. Ils ajoutent que la Cour de justice est attentive à un encadrement des sociétés boîtes aux lettres.

(7) « 3. *Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale. Pour décider si effet doit être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application* ».

(8) L'article 13 du règlement Rome I stipule que « *Dans un contrat conclu entre personnes se trouvant dans un même pays, une personne physique qui serait capable selon la loi de ce pays ne peut invoquer son incapacité résultant de la loi d'un autre pays que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison d'une imprudence de sa part* ».

(9) Voy. en France: Conseil d'Etat, 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie internationale des wagons-lits*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, 344, et commentaire de Ph. Francescakis, p. 273, l'arrêt reconnaissant l'obligation pour la société belge de se soumettre à la loi française sur les comités d'entreprise pour l'exercice en France de ses responsabilités d'employeur, plus précisément au lieu d'exercice principal de ses activités d'employeur occupant du personnel sur le territoire national.

(10) A Recital should clarify the relationship between this instrument and Rome I and II Regulations: “*The scope of this Regulation extends to matters excluded from the scope of Rome I and Rome II Regulations. The interpretation of this Regulation should as much as possible avoid regulatory loopholes between these instruments*”.

(11) A Recital should clarify that the liability of member and directors (“as such”) is governed by this instrument [“*This Regulation determines the law applicable to the liability of members and directors of a company as such for the obligations of the company. Conversely, the liability in tort of members and directors of a company vis à vis third parties, in particular resulting from misrepresentation or undercapitalization, should be governed by Rome II. In this case, the law applicable to the company may, if appropriate and as a matter of fact, be taken into account when judging the conduct of members and directors*”].

(12) A Recital should clarify that this instrument applies to groups of companies but does not establishes any special conflict of law rule on this matter [*"In accordance with the conflict of law rules of this Regulation, where one undertaking controls another governed by a different legal system, its ensuing rights and obligations as regards the protection of minority shareholders and third parties are governed by the law governing the controlled undertaking, without prejudice to the obligations imposed on the controlling undertaking by its own law, for example the requirement to prepare consolidated accounts"*].

(13) A Recital might clarify that the terms "organs of the company" does not apply to eg consultation committees: *"This Regulation does not apply to labour relations and employment rights, including information or consultation proceedings"*. This proposal does not take any stand on whether the participation of employees in the organs of a company (ie codetermination) may be characterised as an overriding mandatory provision or not.

(14) Unlike the Insolvency Regulation, this instrument does not require a minimum period of location of the relevant connecting factor in the new Member State for the change of applicable law to be effective.

(15) L'article 3, c) et d) du règlement 4/2009 déclare compétentes

« c) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à l'état des personnes lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties, ou

d) la juridiction qui est compétente selon la loi du for pour connaître d'une action relative à la responsabilité parentale lorsque la demande relative à une obligation alimentaire est accessoire à cette action, sauf si cette compétence est fondée uniquement sur la nationalité d'une des parties ».

(16) Pour la proposition de règlement, voy. la version du 19 décembre 2013, doc. CNS 2011/0059, JUSTCIV 320.

(17) Proposition de règlement précitée.

(18) Comp. cependant le règlement Bruxelles Ibis à propos de la litispendance.

(19) Il en irait de même des juridictions d'Etats membres ne participant pas à la coopération renforcée en ce qui concerne la loi applicable.

(20) Comp. le mécanisme prévu dans le projet pour le transfert de compétence, ou, dans la loi belge de droit international privé, l'article 7 relatif aux clauses dérogatoires de la compétence du for.

(21) Directives 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection et du Parlement européen (refonte), 2013/32/UE du 26 juin 2013 relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (refonte), et 2013/33/UE du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte). Ces directives s'appliquent dans toute l'Union européenne à l'exclusion du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni. L'Irlande et le Royaume-Uni sont cependant liés par les versions antérieures de ces directives (2004/83/CE, 2005/85/CE et 2003/9/CE). Concernant la Directive 2001/55/CE du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, force est de constater que le Conseil n'a pas (encore) activé la directive par une décision constatant « l'existence d'un afflux massif de personnes déplacées » au sens de l'article 5.

(22) Règlement (CE) 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) no 1347/2000 («Règlement Bruxelles II bis»). Ce règlement s'applique dans toute l'Union européenne à l'exclusion du Danemark.

(23) 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. Cette Convention s'applique dans toute l'Union européenne (pour l'Italie à partir du premier janvier 2016).

(24) Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Cette Convention s'applique en Allemagne, Autriche, Estonie, Finlande, France, Royaume-Uni (Écosse seulement), République Tchèque, et a été signée par Chypre, la Grèce, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Pologne. En dehors de l'Union la Convention s'applique en Suisse.

(25) À l'heure actuelle cette Convention s'applique, en dehors de l'Union européenne, uniquement dans les États suivants: Albanie, Arménie, Australie, Équateur, Géorgie, Monaco, Monténégro, Maroc, Russie, Suisse, Ukraine et Uruguay. Elle a été signée par l'Argentine et les États-Unis.

(26) Directives 2011/95/EU of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals and stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), 2013/32/EU of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast), and 2013/33/EU of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast). These directives apply across the European Union with the exception of Denmark, Ireland and the United Kingdom. Ireland and the United Kingdom are nevertheless bound by the preceding versions (2004/83/EC, 2008/85/EC and

2003/9/EC) of these directives. In respect of *Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof*, it is to be noted that no decision has (yet) been taken by the Council to make the directive applicable by a decision establishing “the existence of a mass influx of displaced persons” as foreseen in Article 5.

(27) *Regulation (EC) 2201/2003 of the Council of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) 1347/2000* (“Regulation Brussels II A”). This Regulation applies across the European Union with the exception of Denmark.

(28) *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*. This Convention applies across the European Union (for Italy as of 1 January 2016).

(29) *Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults*. This Convention is applicable in Austria, Czech Republic, Estonia, Finland, France, Germany, and the United Kingdom (Scotland only), and has been signed by Cyprus, Greece, Ireland, Luxembourg and The Netherlands. Outside of the European Union the Convention is applicable in Switzerland.

(30) Currently this Convention, outside of the European Union, is applicable only in the following States: Albania, Armenia, Australia, Ecuador, Georgia, Monaco, Montenegro, Morocco, Russia, Switzerland, Ukraine and Uruguay. The Convention has been signed by Argentina and the United States.

(31) Avis de la Cour (assemblée plénière) du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454. L'article 6, §2, TUE est rédigé comme suit : « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ». Le Protocole n° 8 prévoit que l'accord doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne et du droit de l'Union européenne. Il vise également les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne et les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas.

(32) L'article 218, §11, TFUE prévoit en effet qu'« *Un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission peut recueillir l'avis de la Cour de justice sur la compatibilité d'un accord envisagé avec les traités* [...] ».

(33) Au point 158 de l'avis, la Cour déclare que « [...] *l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement* [...] ».

(34) Voyez le point 168 de l'avis. L'article 2 TUE évoque le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'État de droit ainsi que le respect des droits de l'homme.

(35) Voyez le point 168 de l'avis.

(36) L'article 42 du règlement Bruxelles IIbis dispose que « *1. Le retour de l'enfant visé à l'article 40, paragraphe 1, point b), résultant d'une décision exécutoire rendue dans un État membre est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre État membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise et sans qu'il ne soit possible de s'opposer à sa reconnaissance si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine conformément au paragraphe 2. Même si le droit national ne prévoit pas la force exécutoire de plein droit, nonobstant un éventuel recours, d'une décision ordonnant le retour de l'enfant visée à l'article 11, paragraphe 8, la juridiction d'origine peut déclarer la décision exécutoire. 2. Le juge d'origine qui a rendu la décision visée à l'article 40, paragraphe 1, point b), ne délivre le certificat visé au paragraphe 1 que si: a) l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité, b) les parties ont eu la possibilité d'être entendues, et que c) la juridiction a rendu sa décision en tenant compte des motifs et des éléments de preuve sur la base desquels avait été rendue la décision prise en application de l'article 13 de la convention de La Haye de 1980. Au cas où la juridiction ou toute autre autorité prend des mesures en vue d'assurer la protection de l'enfant après son retour dans l'État de sa résidence habituelle, le certificat précise les modalités de ces mesures. Le juge d'origine délivre de sa propre initiative ledit certificat, en utilisant le formulaire dont le modèle figure à l'annexe IV (certificat concernant le retour de l'enfant). Le certificat est rempli dans la langue de la décision* ».

(37) C.J., *Aguirre Zarraga*, C-491/10, ECLI:EU:C:2010:828.

(38) Cour EDH, 18 juin 2013, *Povse c. Autriche*, n°3890/11. Voyez également Cour EDH, 25 février 2014, *Avotiņš c. Lettonie*, n° 17502/07 (notez que cet arrêt fait l'objet d'une saisine de la Grande Chambre de la Cour).

(39) Avis 2/13, *op.cit.*, pt. 54.

(40) Qui fait oublier qu'il s'agit d'un principe exclusivement prétorien, cf. H. Labayle et F. Sudre, « L'avis 2/13 de la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : pavane pour une adhésion défunte ? », *Rev. fr. dr. adm.* 2015, p. 3 et s., spéc. p.15.

(41) Voyez les points 191 à 195 de l'Avis 2/13 : « **191.** En deuxième lieu, il convient de rappeler que le principe de la confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. Or, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit (voir, en ce sens, arrêts N. S. e.a., C-411/10 et C-493/10, EU:C:2011:865, points 78 à 80, ainsi que Melloni, EU:C:2013:107, points 37 et 63). **192.** Ainsi, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union. **193.** Or, l'approche retenue dans le cadre de l'accord envisagé, consistant à assimiler l'Union à un État et à réserver à cette dernière un rôle en tout point identique à celui de toute autre Partie contractante, méconnaît précisément la nature intrinsèque de l'Union et, en particulier, omet de prendre en considération la circonstance que les États membres, en raison de leur appartenance à l'Union, ont accepté que les relations entre eux, en ce qui concerne les matières faisant l'objet du transfert de compétences des États membres à l'Union, soient régies par le droit de l'Union à l'exclusion, si telle est l'exigence de celui-ci, de tout autre droit. **194.** Dans la mesure où la CEDH, en imposant de considérer l'Union et les États membres comme des Parties contractantes non seulement dans leurs relations avec celles qui ne sont pas des États membres de l'Union, mais également dans leurs relations réciproques, y compris lorsque ces relations sont régies par le droit de l'Union, exigerait d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union. **195.** Or, rien n'est prévu dans l'accord envisagé afin de prévenir une telle évolution » (nous soulignons).

(42) Sur le droit d'asile, voyez C.J., N.S. c. *Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres* c. *Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, C-411/10 e.a., ECLI:EU:C:2011:865 ; Sur le mandat d'arrêt européen, voyez C.J., *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107. Notez que les développements proposés ici concernent tous les domaines de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

(43) C.J., 28 mars 2000, *Krombach c. André Bamberski*, C-7/98, Rec. 2000, ECLI:EU:C:2000:164 ; 2 mai 2006, *Eurofood*, C-341/04, ECLI:EU:C:2006:281, point 24 ; 2 avril 2009, *Marco Gambazzi c. DaimlerChrysler Canada Inc. et CIBC Mellon Trust Company*, C-394/07, ECLI:EU:C:2009:219.

(44) Voyez les points 191 et 192 de l'avis 2/13.

(45) C.J., 16 juillet 2015, *Diageo Brands BV c. Simiramida-04 EOOD*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471.

(46) *Ibid.*, pt. 42.

(47) *Ibid.*, pt. 44.

(48) *Ibid.*, pt. 57.

(49) *Ibid.*, pt. 64.

(50) Voyez par exemple, l'article 42, §1, du règlement Bruxelles IIbis, l'article 17 du règlement Bruxelles III et l'article 5 du règlement n° 805/2004.

(51) Rappelons que dans l'arrêt *Aguirre Zarraga*, la Cour avait prudemment souligné que les voies de recours dans l'État d'origine pour faire valoir les droits de l'enfant n'avaient pas été épuisées.

(52) C.J., N. S. ([C-411/10](#)) c. *Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres* (C-493/10) c. *Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECLI:EU:C:2011:865.

(53) Rapp. Ann. 2014, p. 6.

(54) Aff. C-536/13, 13 mai 2015.

(54bis) Pour un commentaire de l'arrêt *Gazprom*, voy.: T. Hartley, « Antisuit injunctions in support of arbitration : West Tankers still afloat », *J.C.L.Q.*, 2015, p. 965-975.

(55) *Ibidem*, pt. 34.

(56) Conclusion Avocat Général M. Wathelet, sous C.J. *Allianz SpA et Generali Assicurazioni Generali SpA c. West Tankers Inc.*, C-185/07, pt. 132.

(57) *Ibidem*, pt. 132.

(58) *Ibidem*, pt. 125.

(59) Le considérant 12, alinéa 2, indique que : « Une décision rendue par une juridiction d'un État membre concernant la question de savoir si une convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ne devrait pas être soumise aux règles de reconnaissance et d'exécution inscrites dans le présent règlement, que la juridiction se soit prononcée sur cette question à titre principal ou incident ».

(60) *AMT v. Marzillier*, (2014) 1085, (2015) 2 WLR 187.

(61) Avis 1/13, 14 octobre 2014, « *Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE* ». Voy. les décisions publiées au JO, 2015, L 163, concernant Andorre et Singapour.

ANNEXE I

REGULATION X ON THE LAW APPLICABLE TO COMPANIES AND OTHER BODIES (2nd DRAFT)

ANNEXE II

Projet de règlement relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière de divorce

ANNEXE III

Quelques mots d'explication sur le projet de règlement divorce

ANNEXE IV

Réfugiés, migrants, DIP et GEDIP, par Hans van Loon

ANNEXE V

"Gazprom Gedip"

ANNEXE VI

CEDH et droit international privé