

**Vingt-sixième réunion
Milan, 16 - 18 septembre 2016**

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

- I. [Processus de refonte du Règlement Bruxelles IIbis à propos de la responsabilité parentale et de l'enlèvement d'enfant](#)
- II. [Projet sur la loi applicable aux sociétés](#)
- III. [Private International Law in a post-Brexit world](#)
- IV. [Actualités du droit de l'Union : protection des données et DIP](#)
- V. [Actualités de la Commission](#)
- VI. [Suivi de la déclaration sur le statut juridique de demandeurs de protection internationale en provenance de pays tiers vers l'Union européenne](#)
- VII. [Actualités de la Conférence de La Haye](#)
- VIII. [Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme](#)
- IX. [Loi italienne sur les unions civiles et les cohabitations](#)
- X. [L'Union européenne et les règlements et conventions internationales de droit privé uniforme](#)
- XI. [Annexe I](#)
- XII. [Annexe II](#)
- XIII. [Annexe III](#)

Lors de sa réunion de Milan, 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 la base des acquis des réunions de Florence et de Luxembourg. Ses travaux ont également porté sur le processus de refonte du règlement Bruxelles IIbis, en se concentrant sur le contentieux de la responsabilité parentale et de l'enlèvement d'enfant. 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. Enfin, diverses communications ont été présentées sur l'évolution du droit italien en matière d'union civile, sur l'incidence du Brexit pour le droit international privé, sur le suivi de la déclaration de Luxembourg concernant le statut juridique des demandeurs de protection internationale et sur les principes d'interprétation du droit matériel uniforme.

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

I. PROCESSUS DE REFONTE DU RÈGLEMENT BRUXELLES IIbis À PROPOS DE LA RESPONSABILITÉ PARENTALE ET DE L'ENLÈVEMENT D'ENFANT

Au cours des réunions de Florence et de Luxembourg, le Groupe a entamé l'examen d'une refonte des règles sur le divorce, prenant pour orientation de proposer un instrument unique regroupant le conflit de juridictions et le conflit de lois, à l'exemple de ce qui a été fait en matière d'aliments et de successions. La réunion de Luxembourg avait permis d'aborder le chapitre sur la compétence.

Entre-temps, la Commission européenne a déposé sa proposition de refonte du règlement Bruxelles IIbis le 30 juin 2016, laquelle écarte une telle méthode pour y préférer une refonte du seul règlement Bruxelles IIbis¹. Les éléments de refonte les plus substantiels portent sur la matière de la responsabilité parentale et notamment le mécanisme relatif aux enlèvements internationaux d'enfant. Le sous-groupe a alors mené une réflexion sur la possibilité d'adopter une position commune du Groupe sur la proposition de la Commission. Il est alors décidé d'y accorder la priorité.

A. Présentation de la proposition de position commune

H. van Loon commente, au nom du sous-groupe, la proposition de la Commission (voy. le texte du commentaire à l'annexe I) avant de soumettre une proposition de résolution (point B ci-dessous). La position du sous-groupe appuie globalement la proposition de la Commission, notamment en ce qui concerne les enlèvements d'enfants dès lors qu'elle répond mieux à la réalité socio-juridique de ces enlèvements, d'une part, et qu'elle est plus cohérente avec l'ensemble des dispositions adoptées dans les enceintes internationales. (Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et Convention de La Haye de 1996 concernant les mesures de protection des enfants, en vigueur dans les 28 Etats membres), d'autre part. La proposition de la Commission est encore de nature à réduire les divergences entre les orientations respectives des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice.

1. **Procédure de retour de l'enfant**

Les règles relatives aux enlèvements d'enfant contenues dans le règlement Bruxelles IIbis sont issues d'un compromis entre les Etats membres et promeuvent le principe du retour automatique de l'enfant. Depuis l'entrée en vigueur de ce règlement, des changements ont eu lieu dans la réalité sociale et juridique. Le schéma selon lequel la mère est en charge des soins de l'enfant et le père a moins de droit à l'égard de l'enfant a évolué. D'une part, le statut de l'enfant, en tant que sujet de droit, a pris de l'ampleur. Il en découle que son droit à maintenir des contacts avec ses deux parents a été interprété comme un droit fondamental (art. 9, 10 et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et article 24 de la Charte européenne des droits fondamentaux). D'autre part, de plus en plus d'Etats ont instauré des régimes de garde partagée entre les deux parents à l'égard de l'enfant si bien que le parent qui demande le retour le fait souvent pour maintenir le contact avec son enfant.

Ces changements soulèvent la question de savoir si le mécanisme du retour automatique de l'enfant était encore adéquat.

Les améliorations apportées par la proposition de la Commission concernent l'audition de l'enfant, les mesures provisoires et conservatoires relatives à l'enfant, l'introduction de mesures ciblées en vue d'améliorer l'efficacité de l'exécution effective, telles que la médiation et le mécanisme de retour automatique.

1.1. Protection de l'enfant pendant la procédure

L'article 12 de la proposition prévoit que les autorités d'un Etat membre dans lequel se trouvent l'enfant ou ses biens sont compétentes pour prononcer, en cas d'urgence, des mesures provisoires et conservatoires relatives à l'enfant, ce qui renforce les pouvoirs des juridictions de l'Etat de refuge en faveur de l'enfant et facilite d'autant le processus de retour dans la mesure où ces juridictions ne peuvent refuser le retour en cas d'assurances de

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

mesures adéquates dans l'État d'origine après le retour. La proposition s'aligne ainsi sur la Convention de La Haye de 1996 (art. 7, §3 et 11).

1.2. Autres mesures visant à assurer l'efficacité des décisions

L'article 25, §4, de la proposition prévoit que la décision doit être prise dans un délai de 6 semaines et que ce délai vaut tant que pour les juridictions en première instance qu'en appel. La rapidité de la procédure est également améliorée par le fait qu'un seul appel est admis et que « *la juridiction peut déclarer la décision ordonnant le retour de l'enfant exécutoire par provision nonobstant un éventuel recours, même si le droit national ne prévoit pas une telle force exécutoire par provision* » (art. 25, §3, de la proposition). Il convient cependant de clarifier si « l'appel » inclut ou non le pourvoi en cassation.

1.3. Médiation

L'article 7, c), de la Convention de 1980 mettait déjà l'accent sur l'importance de la médiation. L'article 55, e), du règlement Bruxelles IIbis et l'article 31, b), de la Convention de 1996 mettaient en avant le rôle des autorités centrales pour favoriser des accords entre les parties, notamment par le biais de la médiation. Les juridictions de certains Etats membres ont développé une pratique consistant à observer, dès le début de la procédure, si les parties étaient prêtes à s'engager dans une médiation. La proposition s'inscrit dans cette idée puisqu'elle prévoit, à l'article 23, §2, que « *le plus tôt possible au cours de la procédure, la juridiction examine si les parties sont disposées à entamer une médiation en vue de convenir d'une solution dans l'intérêt supérieur de l'enfant, pour autant que cela ne retarde pas indûment la procédure* ».

1.4. Mécanisme de retour automatique

Le mécanisme de retour automatique n'est pas évident à concilier avec le principe de confiance mutuelle qui sous-tend le règlement Bruxelles IIbis. Si les juridictions d'un Etat membre refusent d'admettre le retour d'un enfant au terme d'une procédure, il faut présumer que cette décision n'a pas été prise à la légère car elle n'est pas facile à prendre. L'article 13 de la Convention de 1980 est également rédigé de manière à faire prendre conscience au juge de l'importance d'une telle décision.

La proposition clarifie ces hypothèses en précisant que la décision du tribunal de la résidence habituelle de l'enfant écartant la décision de refus du retour du tribunal du pays de refuge basée sur l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, doit être une décision sur la garde de l'enfant et non pas une décision préalable à celle-ci (art. 26, §4). L'audition obligatoire de l'enfant prévue par l'article 24 est également une amélioration apportée par la proposition. Par ailleurs, l'article 32, §2, de la proposition prévoit que, dans l'exécution de la décision, la juridiction prend toutes les mesures nécessaires pour que la décision soit exécutée. Elle peut notamment adapter la décision ou donner des instructions à l'agent chargé de l'exécution. La proposition rend également possible, à l'article 40, §2, le refus d'exécuter une décision à la demande de la personne contre laquelle cette exécution est demandée lorsque, du fait d'un changement de circonstances survenu après que la décision a été rendue, l'exécution deviendrait manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre d'exécution si un des motifs suivants est remplis : « *a) l'enfant d'un âge et d'un degré de maturité suffisants formule à présent des objections dans une mesure telle que l'exécution serait manifestement incompatible avec son intérêt supérieur; b) d'autres circonstances ont changé dans une mesure telle depuis que la décision a été rendue que son exécution serait à présent manifestement incompatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Enfin, les nouvelles mesures relatives au certificat constituent également une amélioration (art. 54 et 56).

Le sous-groupe soumet deux options possibles sans être à même d'émettre une préférence :

- Option 1 : les nouvelles dispositions de la proposition suffisent à pallier les difficultés de l'ancien système.
- Option 2 : des divergences importantes subsistent entre cette proposition et les Conventions de La Haye de 1980 et de 1996. Dans les deux instruments de La Haye, une décision portant sur la responsabilité parentale et ordonnant le retour de l'enfant a priorité sur une décision de refus de retour de l'enfant prise par l'Etat de refuge (art. 16 de la Convention de 1980 et article 7 de la Convention de 1996). Dans ces deux instruments, l'obligation de reconnaître et d'exécuter une décision portant sur le droit de garde et ordonnant le retour de l'enfant n'est cependant pas absolue s'il s'avère par exemple que l'un des parents n'a pas eu la possibilité d'être entendu (art. 23, §2, et 26, §2, de la Convention de 1996). De son côté, la proposition prévoit, aux articles 38, §2, et 40, §1, que les fondements suivants ne peuvent être invoqués pour refuser de reconnaître une décision ordonnant le retour de l'enfant :
 - a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis eu égard aux intérêts supérieurs à l'intérêt supérieur de l'enfant ;
 - b) si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'Etat membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu ;
 - c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié à la personne défaillante en temps utile et de telle manière que celle-ci puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que cette personne a accepté la décision de manière non équivoque ;
 - d) à la demande de toute personne faisant valoir que la décision fait obstacle à l'exercice de sa responsabilité parentale, si la décision a été rendue sans que cette personne ait eu la possibilité d'être entendue ;
 - e) si elle est inconciliable avec une décision rendue ultérieurement en matière de responsabilité parentale dans l'Etat membre requis ;
 - f) si elle est inconciliable avec une décision rendue ultérieurement en matière de responsabilité parentale dans un autre Etat membre ou dans l'Etat tiers où l'enfant réside habituellement, dès lors que la décision ultérieure réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'Etat requis.

Le choix de l'option 2 reposerait sur les éléments suivants : un examen complet de la responsabilité parentale (voy. art. 24 de la proposition) requiert que le parent qui a fait défaut ait effectivement reçu une notification relative à la procédure (b) et que les parents qui prétendent que la décision porte atteinte à leur responsabilité parentale aient eu l'opportunité d'être entendus (c). De plus, il est difficilement concevable qu'une décision relative à la responsabilité parentale manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant doive malgré tout être reconnue et exécutée (a). Par conséquent, les articles 38, §2, et 40, §1, devraient être écartés à propos de décisions ordonnant le retour de l'enfant. A tout le moins, la juridiction chargée de reconnaître ou d'exécuter la décision devrait pouvoir suspendre la procédure tant qu'un appel de cette décision portant sur un des motifs repris ci-dessus est en cours dans l'Etat d'origine.

2. Placement de l'enfant dans un autre Etat membre

L'article 65 de la proposition apporte des clarifications par rapport à l'article 56 du règlement en donnant plus de détails sur le placement de l'enfant dans un autre Etat membre et en détaillant davantage le rôle des autorités centrales. Aucune explication n'est cependant reprise dans la proposition relative à l'article 65, §2, *in fine*, selon lequel les Etats doivent informer la Commission en cas d'acceptation d'un placement d'un enfant.

3. Exequatur

L'abolition de l'exequatur est accueillie favorablement puisqu'elle va mettre fin aux procédures fastidieuses. Toutefois, il est nécessaire de prévoir des garde-fous. La proposition prévoit donc une procédure détaillée de reconnaissance et d'exécution des décisions qui – à l'exception de l'option 2 ci-dessus — prévoit des garanties adéquates au stade de l'exécution des décisions.

4. Audition de l'enfant

Il s'agit d'un des éléments les plus importants de la proposition. Tout enfant en âge d'exprimer ses opinions dans le cadre d'une procédure portant sur la responsabilité parentale, y compris l'enlèvement d'enfant, a le droit d'être entendu (art. 20 et 24 de la proposition). Cette précision a permis de retirer de la liste des motifs de refus de reconnaissance le fait que l'enfant n'ait pas pu être entendu dans le cadre de la procédure. Le principe de reconnaissance mutuelle implique donc que les juridictions de l'Etat membre requis ne peut plus refuser de reconnaître une décision au motif que l'audition de l'enfant ne s'est pas faite selon la même procédure que dans leur Etat. Par contre, elles devraient toujours avoir la possibilité de refuser de reconnaître une décision rendue à l'issue d'une procédure au cours de laquelle l'enfant n'a pas du tout été entendu. Ceci devrait peut-être être clarifié dans un considérant.

5. Exécution effective de la décision

Le droit de l'enfant à être entendu est renforcé par l'article 40, §2, a), de la proposition, qui prévoit que « *l'exécution d'une décision peut être refusée à la demande de la personne contre laquelle cette exécution est demandée lorsque, du fait d'un changement de circonstances depuis que la décision a été rendue, l'exécution serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre d'exécution* » en raison du fait que « *l'enfant d'un âge et d'un degré de maturité suffisants formule à présent des objections dans une mesure telle que l'exécution serait manifestement incompatible avec son intérêt supérieur* ». Cette disposition veut éviter l'exécution d'une décision contre laquelle l'enfant émet une forte résistance. Le risque d'une telle disposition est que le parent soit tenté de l'invoquer systématiquement au motif qu'à la suite d'un changement de circonstances, l'enfant a changé son point de vue sur la situation. Toutefois, cette solution pourrait être une bonne solution de substitution dans l'hypothèse où le mécanisme de retour prioritaire est maintenu dans le règlement.

6. Coopération entre les autorités centrales

Cette coopération sort renforcée de la proposition. Les autorités centrales ont désormais un rôle plus important et mieux défini (voy. articles 61 à 66). Leur rôle est d'autant plus important dans les situations dans lesquelles l'enfant occupe une place vulnérable et pourrait être sujet à de l'exploitation ou à d'autres risques.

Une réelle coopération devrait par ailleurs être instaurée entre les autorités centrales visées par le règlement Bruxelles IIbis et les autorités en charge de l'enregistrement des enfants faisant une demande de protection internationale conformément au régime d'asile européen commun (RAEC). Les articles 63 et 64 de la proposition permettent de tels échanges mais il faudrait peut-être y faire une référence explicite dans un considérant.

7. Propositions additionnelles

7.1. Déplacement (« relocation ») de l'enfant

La situation qui est visée ici est celle dans laquelle le changement de résidence habituelle de l'enfant dans un autre pays est légal. Cependant, aucune procédure n'est prévue au niveau

international pour organiser un tel déplacement, ce qui peut susciter une entrave à la libre circulation des personnes au sein de l'Union. Or, il arrive que les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le lieu de résidence de l'enfant lorsqu'un parent doit quitter l'État de résidence de la famille.

Le sous-groupe propose l'ajout d'une disposition (voy. ci-dessous, nouvel art. 8A) basée sur la recommandation 2015/4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 11 février 2015 sur la prévention et la résolution des litiges relatifs au déménagement de l'enfant. La disposition s'inspire également, dans ses paragraphes 2 et 3, des articles 23, §2, et 24 de la proposition de la Commission.

7.2. Droit applicable

L'article 75 de la proposition de la Commission vise à clarifier l'articulation du règlement avec la Convention de 1996, notamment sur les aspects du droit applicable. L'article 75, §3, indique à ce titre que « *Aux fins de l'application du chapitre III (Loi applicable) de la convention de La Haye de 1996 dans le cadre d'une procédure devant une autorité d'un État membre, la référence aux « dispositions du chapitre II » de ladite convention figurant à l'article 15, paragraphe 1, de ladite convention s'entend comme étant faite aux « dispositions de la section 2 du chapitre II du présent règlement »*. Son articulation avec l'article 75, §1, a) (« [...] le présent règlement s'applique : a) sous réserve du paragraphe 2, lorsque l'enfant concerné a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre ») n'est cependant pas claire. Peut-être serait-il préférable de placer le contenu de l'article 75, §3, dans une disposition à part, disposition qui ne serait pas insérée dans les dispositions finales. Cela permettra d'éviter, par exemple, qu'une juridiction continue d'appliquer le droit de la nationalité de l'enfant aux litiges relatifs à la responsabilité parentale, plutôt que le droit de la résidence habituelle de l'enfant, tel que désigné par l'article 15, §1, de la Convention de La Haye de 1996. Il est donc proposé d'insérer cette disposition avant le Chapitre IV (reconnaissance et exécution) dans un nouveau Chapitre IIIA (droit applicable à la responsabilité parentale) et de la formuler comme suit :

« *Article 26A –Applicable law*

The law applicable to parental responsibility shall be determined in accordance with the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (the 1996 Convention), in particular its Chapter III (Applicable Law) (Articles 15-22). The reference in Article 15 (1) of that Convention to 'the provisions of Chapter II' of that Convention shall be read as 'the provisions of Section 2 of Chapter II of this Regulation ».

B. Proposition de formulation d'une résolution du Groupe

Le sous-groupe soumet une proposition de position du Groupe formulée comme suit :

Le Groupe européen de droit international privé soutient la proposition de la Commission européenne sur la refonte du règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, qui concernent la responsabilité parentale et l'enlèvement d'enfants. Dans l'ensemble, cette proposition facilite la mise en œuvre du règlement.

Le Groupe propose les modifications suivantes :

- **Procédures relatives au retour de l'enfant**

En ce qui concerne l'appel, la proposition devrait clarifier si la limitation à deux appels inclut ou non les recours devant les juridictions supérieures qui n'examinent que l'application du droit, et non les faits.

- **Mécanisme de retour automatique**

Dans le nouvel article 26, §4, remplacer le terme « question de la garde » par le terme « le fond de la question de la garde ».

OPTION 2 : les articles 38, §2, et 40, §1, alinéa 2, de la proposition devraient être supprimés. A tout le moins, les juridictions chargées de la reconnaissance ou de l'exécution de la décision devraient pouvoir suspendre la procédure de reconnaissance ou d'exécution tant qu'un appel est en cours devant les juridictions de l'Etat d'origine, sur le fondement de l'article 38, §1, a) à c).

- **Placement de l'enfant dans un autre Etat membre**

La disposition de la proposition qui prévoit que la Commission doit être informée des acceptations de demande de placement de l'enfant dans un autre Etat membre (art. 65, §2, in fine) devrait être supprimée ou justifiée.

- **Audition de l'enfant**

La disposition devrait être clarifiée par un considérant selon lequel l'article 38, §1, a), peut être invoqué uniquement lorsque les autorités de l'Etat membre d'origine n'ont respecté *aucun* de ces principes.

- **Coopération entre les autorités centrales**

Aide pour localiser l'enfant : Le devoir des autorités centrales de fournir une aide pour localiser l'enfant (art. 63, §2, de la proposition) devrait être étendu aux hypothèses dans lesquelles l'assistance est demandée par les titulaires de l'autorité parentale. L'article 63, §2, de la proposition devrait également être amendé en ce sens.

Coopération avec les autorités du système européen commun d'asile : en considération des nombreuses difficultés liées aux mineurs non accompagnés demandeurs de la protection internationale conformément au système européen commun d'asile, la coopération entre les autorités chargées de ce système et les autorités centrales créées par le règlement est souhaitable. Une telle coopération permettrait de coordonner les activités de ces deux autorités. Les articles 63 et 64 de la proposition sont rédigés de manière à permettre une telle coopération. Cependant, il serait souhaitable qu'une référence explicite y soit faite dans un considérant.

- **Déplacement de l'enfant**

Une disposition supplémentaire devrait être ajoutée, comme suit :

« *Article 8A Relocation*

1. *A court to which an application for the relocation of a child is made shall, while considering all relevant factors in its examination, give primary consideration to the best interests of the child.*
2. *When applying this Article, the court shall ensure that the child is given the opportunity to express his or her views in accordance with Article 20 of this Regulation.*
3. *The court shall act expeditiously. Before issuing its judgment, the court shall first examine whether the parties are willing to engage in mediation to find, in the interest of the child, an agreed solution ».*

A tout le moins, un considérant devrait attirer l'attention sur l'importance grandissante de ces procédures de déplacement.

- **Droit applicable**

La proposition devrait mettre davantage en avant le fait que le chapitre III de la Convention de La Haye de 1996 désigne le droit applicable dans le contexte du règlement, en introduisant un nouveau chapitre qui préciserait ceci :

« *Article 26A –Applicable law*

The law applicable to parental responsibility shall be determined in accordance with the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (the 1996 Convention), in particular its Chapter III (Applicable Law) (Articles 15-22). The reference in Article 15 (1) of that Convention to 'the provisions of Chapter II' of that Convention shall be read as 'the provisions of Section 2 of Chapter II of this Regulation ».

C. Discussion des propositions du sous-groupe

De manière générale, plusieurs membres appuient le fait que les changements sociologiques de ces dernières années sont très impressionnants et qu'il est primordial que le règlement s'accorde avec la Convention de La Haye.

S'agissant du mécanisme de retour automatique, certains craignent que la procédure mise en place par le règlement, comparée à celle prévue par la Convention de La Haye de 1980, rend paradoxalement plus simple le retour d'un enfant enlevé dans un Etat tiers que le retour d'un enfant enlevé dans un Etat membre. En ajoutant par ailleurs des exceptions au mécanisme de retour automatique, on enlève en quelque sorte la vertu automatique de ce mécanisme. Il pourrait donc être plus simple de maintenir la solution prévue à l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980, complétée par les solutions contenues dans la Convention de La Haye de 1996.

1. Procédures de retour de l'enfant

Plusieurs membres sont favorables à l'idée que la disposition inclue le recours en cassation, tout en prévoyant que ce recours n'est pas suspensif. L'idée de la Commission était de limiter les recours à un seul appel au fond car la législation de certains Etats membres prévoit la possibilité de faire de nombreux appels sur le fond.

Le groupe suggère que la proposition clarifie si la limitation à deux recours inclut- ou non- les recours devant les juridictions qui n'examinent que l'application du droit et non le fond.

2. Mécanisme de retour automatique

La discussion a d'abord porté sur des observations et des alternatives aux options 1 et 2 présentées ci-dessus, avant de conclure à une formule générale de compromis à l'attention de la Commission.

2.1. Importance de l'aspect préventif

Certains membres regrettent qu'on ne retrouve pas, dans la proposition, l'aspect préventif pourtant présent dans la Convention de La Haye de 1980. Cette dernière a un effet préventif car on comprend en la lisant qu'elle a pour but de dire qu'un enlèvement d'enfant ne sera jamais admis. Ce n'est pas le cas de la proposition.

2.2. Procédure davantage calquée sur le profil du parent qui enlève l'enfant

Au vu des discussions entre les partisans du retour automatique et les partisans du mécanisme inscrit dans la Convention de La Haye de 1980 et considérant que l'évolution sociologique montre que, souvent, celui qui a la garde de l'enfant est celui qui déplace l'enfant, certains membres proposent d'adapter la procédure sur un tel changement, en prévoyant plus de sévérité à l'égard du parent qui n'a pas la garde et qui enlève l'enfant. Cette proposition soulève cependant certaines difficultés. En effet, elle implique qu'on doive entrer dans les mécanismes de l'autorité parentale et donc dans le droit substantiel. Il est plutôt suggéré de considérer cette règle comme « guideline » pour le juge saisi.

2.3. Mécanismes de flexibilité et de communication

Dans le contexte particulier des relations intra-européennes, il est proposé de recourir davantage à des mécanismes de flexibilité qui n'existent pas forcément sur le plan international, telles la coopération et la communication. La méthode actuellement utilisée implique que le règlement à adopter aura toujours un temps de retard par rapport au développement des familles du XXI^{ème} siècle. Il paraît donc plus adéquat de recourir à des mécanismes d'adaptation et de flexibilité. De manière générale, l'idée semble accueillie par les membres mais la mise en œuvre concrète de ces mécanismes suscite des réserves.

Tout d'abord, il y aura toujours des situations dans lesquelles ces mécanismes ne fonctionneront pas. Pour ces situations, qui peuvent être nombreuses, les règles en discussion sont nécessaires. Il est néanmoins admis que la mise en place de mécanismes de dialogue, plus comminatoires que ceux connus aujourd'hui, pourrait permettre de réduire les cas d'application de la solution par défaut. Ensuite, l'objet de la discussion porte sur la proposition de la Commission de sorte que le Groupe n'a pas une marge de manœuvre aussi large que s'il devait rédiger un nouveau projet. Enfin, il est souligné que dans la proposition de la Commission, l'idée de mettre en place ces mécanismes existe. Ainsi, la coopération entre les autorités centrales est très approfondie et on retrouve à plusieurs reprises la volonté de travailler le plus en amont possible.

2.4. Choix de l'option 1 ou de l'option 2

Lorsque la Commission a mené son étude d'impact, diverses possibilités ont émergé et la Commission a conclu au maintien du système du règlement Bruxelles IIbis tout en l'améliorant, tenant compte de l'opinion majoritaire visant à diminuer le nombre de décisions de non-retour, d'augmenter la confiance mutuelle en améliorant le dialogue et de tenir compte du changement de circonstances. Ainsi, le mécanisme de retour automatique a été amélioré en limitant le nombre d'appels possibles ou en autorisant les juridictions de l'Etat de refuge d'ordonner des mesures protectrices. Cette dernière règle a été mise en place pour dissuader ces juridictions de refuser le retour de manière pure et simple.

La proposition de la Commission change donc l'orientation du règlement qui prévoyait une obligation absolue de retour pour l'Etat de refuge.

L'option 1 vise à confirmer que le dernier mot appartient à l'Etat d'origine. L'option 2 contient un motif de refus de reconnaissance qui conduit à éluder la question de savoir à qui appartient le dernier mot. On pourrait donc se trouver face à des décisions inconciliables. L'option 1 est par conséquent plus prudente aux yeux de plusieurs membres du Groupe.

L'option 2 permettrait quant à elle d'éviter un conflit entre le règlement et la Convention européenne des droits de l'homme. La proposition de la Commission prévoit en effet qu'un ordre de retour contraire à l'ordre public doit malgré tout être exécuté. Or, un Etat qui ne prend pas en considération l'intérêt de l'enfant s'expose à un risque de condamnation grave par la Cour européenne des droits de l'homme. La première option risque de conduire à une condamnation par la Cour de Strasbourg du système prévu par le règlement. En effet, la Cour considère qu'en cas de violation grave des procédures ou des droits au fond, l'Etat doit refuser la coopération à un ordre donné par autre Etat.

Vu la difficulté à atteindre un consensus, il est décidé d'adopter une formule générale de compromis, retenant la première option tout en précisant que le Groupe a conscience que cela ne suffit pas à éviter une condamnation par la Cour de Strasbourg.

A ce titre, il est proposé d'énoncer que :

« The changes brought to the overriding return mechanism are to be welcomed. There is however a concern in the group that the proposed improvements could not fully meet the need to strike a balance between the interests of speed, efficiency and mutual trust between the courts of MS on the one hand and the best interest of the child and respect for family life on the other hand ».

Certains termes de la formulation appellent des modifications. D'une part, l'efficacité des procédures et les droits fondamentaux de l'enfant ne sont pas nécessairement exclusifs l'un de l'autre. La disposition ne peut avoir pour objectif d'opposer la bonne administration de la justice au respect des droits fondamentaux de l'enfant. Si balance il peut y avoir, ce ne peut être au préjudice de l'objectif premier de sauvegarde des droits de l'enfant.

Le Groupe convient de formuler la disposition comme suit :

« The changes brought to the overriding return mechanism are in principle to be welcomed. There is however a concern in the group that the proposed improvements could not fully meet the need to ensure that the interest of speed, efficiency and mutual trust between the courts of MS do not impair the overriding goal of safeguarding the best interest of the child and respect for family life ».

3. Placement de l'enfant dans un autre Etat membre

La suggestion du sous-groupe de supprimer ou de justifier la disposition de la proposition de règlement est retirée.

4. Audition de l'enfant

La suggestion du sous-groupe de prévoir comme motif de refus de reconnaissance d'une décision l'absence d'audition de l'enfant est retirée. Ce point devrait être clarifié dans un considérant.

5. Coopération entre autorités centrales

La proposition de la Commission renforce la coopération entre ces autorités et cette initiative est saluée par le Groupe. En effet, au plus tôt la coopération, plus grandes les chances d'aboutir à des solutions pacifiques. Le Groupe adhère par ailleurs à la proposition du sous-groupe de permettre aux titulaires de l'autorité parentale d'obtenir des informations avec l'aide des autorités centrales, même s'il peut être plus efficace de centraliser les informations auprès de l'autorité centrale et de ne pas favoriser le développement de voies de communication parallèles via le recours à une autre autorité centrale d'un autre Etat par les personnes titulaires de l'autorité parentale.

Il est relevé que la Commission organise des meetings bisannuels et crée des plateformes sur lesquelles les autorités centrales peuvent se rencontrer. Elles peuvent y décrire les situations difficiles auxquelles elles sont confrontées. Les rencontres organisées par la Commission portent essentiellement sur les enlèvements d'enfants et les obligations alimentaires.

6. Coopération avec les autorités du système commun européen d'asile

Dix mille enfants sont enregistrés auprès du système commun européen d'asile mais aucun lien n'est organisé entre les autorités en charge de ce système et le règlement Bruxelles IIbis. La proposition tend à une meilleure coopération entre ces deux autorités. L'important est qu'elles ne travaillent pas séparément.

La question de la compétence de l'Union pour inclure dans le règlement les litiges liés à des questions d'asile est soulevée. En réalité, le considérant 10 de la proposition étend le champ d'application du règlement Bruxelles IIbis, en supprimant les exclusions relatives à la sécurité sociale, au droit public, à l'immigration et au droit d'asile. L'objectif de la proposition est donc précisément de prendre en considération le fait que le règlement Bruxelles IIbis est lié à d'autres questions que celles liées au droit de la famille, comme l'asile. Il est souligné que ces modifications pourraient être rendues plus explicites.

Par ailleurs, certains membres insistent sur le fait que c'est surtout de la coopération entre les autorités centrales et les autorités chargées des migrations qu'il est question. Faut-il insister sur cette coopération dans un considérant ou dans une disposition ?

Il est également suggéré que soit précisé qui sont les organismes chargés de l'asile.

7. Déplacement (« *Relocation* ») de l'enfant

L'idée est d'encourager une prise de décision rapide sur les mouvements de famille. Si un parent souhaite déménager dans un autre Etat et qu'il ne parvient pas à se mettre d'accord avec l'autre parent sur le lieu de résidence des enfants, ces personnes devraient pouvoir faire appel à une autorité en vue de les aider à prendre une décision, avant un enlèvement d'enfants. Faut-il, pour encourager la médiation, adopter une disposition ou un considérant ?

Plusieurs membres ne voient pas l'utilité d'en faire une disposition car tantôt il s'agit d'une question de compétence déjà couverte par les règles de compétence, tantôt il ne s'agit pas d'une règle de conflit de juridictions mais d'une règle de procédure purement interne que les praticiens pourraient être surpris de rencontrer parmi les règles de conflit de juridictions. Une telle règle trouverait mieux sa place dans un considérant.

D'autres se montrent favorables à l'adoption d'une disposition. S'il est vrai qu'il s'agit plus d'une règle substantielle ou procédurale, elle présente néanmoins l'avantage de canaliser les différentes demandes qui peuvent être introduites dans les différents Etat membre. De plus, il n'est pas nécessaire de l'inscrire parmi les règles de conflit de juridictions. Elle peut être insérée aux alentours de l'article 20 de la proposition, relatif au droit de l'enfant d'être entendu. Par ailleurs, une disposition a le mérite de s'imposer au juge. Si la disposition n'est pas respectée, la décision pourra ne pas être reconnue à l'étranger, par le biais de l'ordre public. Cependant, seules les règles du paragraphe 3 de la proposition du sous-groupe ont un caractère réellement contraignant pour le juge. Il est décidé de supprimer la seconde phrase de ce paragraphe, et de placer la disposition dans un considérant, comme suit :

« A court to which an application concerning the relocation of a child is made shall, while considering all relevant factors in its examination, give primary consideration to the best interest of the child. *In this context*, the court shall ensure that the child is given the opportunity to express his or her views in accordance with Article 20 of this Regulation. The court shall act expeditiously. ».

8. Médiation

L'importance de la médiation est soulignée, ainsi que le fait qu'elle doit pouvoir se situer à n'importe quelle étape de la procédure et pas uniquement au début, comme le suggère le texte initial. Il arrive en effet que des parties ne soient pas prêtes à envisager une telle médiation en début de procédure mais qu'elles le deviennent une fois qu'elles ont clairement pris la mesure des enjeux du litige. Le juge doit donc être attentif aux petits signaux donnés par les parents dans la procédure lui indiquant qu'ils sont prêts pour une médiation. L'importance de la médiation conduit le Groupe à ôter du considérant sur le déplacement proposé par le sous-groupe le passage sur la médiation pour en faire une disposition à part entière.

Cette disposition pourrait trouver sa place dans les règles communes, comme suit :

Article X -Mediation:

At any stage of the proceedings, the court shall examine whether the parties are willing to engage in mediation to find, in the best interests of the child, an agreed solution, provided that this does not unduly delay the proceedings.

8. Droit applicable

La place de cette disposition dans la proposition fait difficulté, dans la mesure où les règles de conflit de lois sont normalement placées entre les règles de compétence internationale et les règles de reconnaissance.

Quant au contenu, la proposition du sous-groupe est approuvée, dès lors que la disposition assure une meilleure articulation des textes par le juge.

Il convient cependant de rester attentif au fait que le renvoi, par un règlement, aux dispositions d'une convention internationale, pose des questions relatives à la nature des dispositions sur la loi applicable ainsi que sur la compétence de la Cour de justice pour interpréter les dispositions conventionnelles. Il est constant qu'une convention internationale à laquelle l'Union européenne est partie peut être interprétée par la Cour de justice en tant que droit de l'Union. Il en va de même lorsque l'acte européen fait référence explicitement à une norme internationale. Encore faut-il que l'interprétation de l'instrument réussisse à concilier ses objectifs propres et ceux qui caractérisent l'acte européen. Il est par ailleurs relevé que la ratification de la Convention de 1996 par l'ensemble des États membres l'a été sur la base d'une décision d'autorisation du Conseil.

E. Texte adopté par le Groupe

Resolution on the Commission Proposal for a recast of the Brussels IIa Regulation, concerning parental responsibility and child abduction²

The European Group for Private International Law (GEDIP) **welcomes and supports** the Proposal for a **Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast)** (COM (2016) 411 final), published by the Commission on 30 June 2016³. The Proposal will, on the whole, significantly improve the operation of the current Regulation 2201/2003.

In addition, the Group proposes the following clarifications and amendments to further improve the Regulation.

Child return proceedings

I. **Appeals.** The proposal should clarify whether the limitation to two appeals includes, or not, appeals to highest courts that only examine the application of the law (as opposed to the facts – *cassation*).

The overriding return mechanism

II. In Article 26 (4) new, substitute “the merits of custody” for “the question of custody”.

III. The changes brought to the overriding return mechanism are to be welcomed in principle. There is, however, a concern in the Group that the proposed improvements could not fully meet the need to ensure that the quest for speed, efficiency and mutual trust between the courts of Member States serve the overriding goal of safeguarding the best interests of the child and respect for family life in all cases.

Hearing of the child

IV. The proposal should clarify (in a Recital) that Article 38 (1) (a) (violation of public policy, taking into account the child's best interests) provides relief in cases where the authorities of the Member State of origin did *not at all* respect these principles.

Cooperation between Central Authorities

V. **Assistance in discovering the whereabouts of the child:** The duty of Central Authorities to provide assistance in discovering the whereabouts of a child (Article 63 (2) new) should be extended to cases where the assistance is sought by holders of parental responsibility, and Article 63 (2) new should be amended accordingly.

VI. **Cooperation with authorities of the Common European Asylum System (CEAS).** Considering the many issues relating to (unaccompanied) children seeking international protection under the CEAS, cooperation between CEAS authorities and the network of Central Authorities under the Regulation is

² The discussions were based on the **Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (COM (2016) 411 final), prepared by the Sub-group “Nationality”**, accessible at [http://www.gedip-egpil.eu/>comptes rendus des réunions, réunion de Milan, Annexe I.](http://www.gedip-egpil.eu/>comptes-rendus-des-reunions-reunion-de-milan-annexe-i)

³ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/EN/1-2016-411-EN-F1-1.PDF>

needed, so that Central Authorities would, where necessary, follow up on the activity of the CEAS authorities, and vice versa. While Articles 63 and 64 are broad enough to permit such cooperation, a specific reference to the necessity to cooperation between Central Authorities and CEAS national authorities should be made in Article 63 (3), and a specific reference to such cooperation should be included in the Recitals.

Relocation

VII. A recital on relocation should be added. It could be formulated along the following lines:

A court to which an application concerning the relocation of a child is made should, while considering all relevant factors in its examination, give primary consideration to the best interests of the child. In this context, the court should ensure that the child is given the opportunity to express his or her views in accordance with Article 20 of this Regulation. The court shall act expeditiously.

Applicable Law

VIII. More visibility should be given to the fact that Chapter III of the 1996 Convention governs the applicable law in the context of the Regulation, by the introduction of a new chapter consisting of the following Article:

Article 26A – Applicable law

The law applicable to parental responsibility shall be determined in accordance with the Hague 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, in particular its Chapter III (Applicable Law) (Articles 15-22). The reference in Article 15 (1) of that Convention to ‘the provisions of Chapter II’ shall be read as ‘the provisions of Section 2 of Chapter II of this Regulation’.

Mediation: general provision on mediation

IX. A general provision on mediation should be included. This provision should be worded along the lines of the proposed article 23 par. 2:

Article X -Mediation

At any stage of the proceedings, the court shall examine whether the parties are willing to engage in mediation to find, in the best interests of the child, an agreed solution, provided that this does not unduly delay the proceedings.

Résolution sur la proposition de la Commission pour une refonte du règlement Bruxelles IIbis, concernant la responsabilité parentale et l'enlèvement d'enfants⁴

Le Groupe européen de droit international privé (GEDIP) accueille favorablement et appuie la proposition de **règlement du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte)** (COM(2016) 411 final), publiée par la Commission le 30 juin 2016⁵. La proposition pourra, dans l'ensemble, améliorer de manière significative le fonctionnement de l'actuel règlement 2201/2003.

En outre, le Groupe propose les clarifications et modifications suivantes pour améliorer encore le règlement.

La procédure de retour de l'enfant

I. **Appels.** La proposition devrait préciser si la limitation à deux instances comprend, ou non, l'appel aux juridictions de cassation, ayant vocation à examiner l'application correcte de la loi (par opposition à l'examen des faits)

⁴ Les discussions ont eu lieu sur la base des **Comments on the Commission Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (COM (2016) 411/2), prepared by the Sub-group “Nationality”**, accessible par <http://www.gedip-egpil.eu/> >comptes rendus des réunions, réunion de Milan, Annexe I.

⁵ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-411-FR-F1-1.PDF>

Le mécanisme de retour prioritaire

II. À l'article 26 (4) nouveau, substituer « le fond de la question de la garde » à « la question de la garde ».

III. Les changements apportés au mécanisme de retour prioritaire doivent être accueillis en principe. Il y a, cependant, une préoccupation au sein du groupe que les améliorations proposées ne pourraient pas satisfaire pleinement la nécessité de veiller à ce que la recherche de la rapidité, l'efficacité et la confiance mutuelle entre les juridictions des États membres servent l'objectif primordial de sauvegarder l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de la vie familiale dans tous les cas.

Audition de l'enfant

IV. La proposition devrait préciser (dans un considérant) que l'article 38 (1) (a) (violation de l'ordre public de l'État membre requis eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant) procure un remède dans les cas où les autorités de l'État membre d'origine n'ont *pas du tout* respecté le principe de l'audition de l'enfant.

Coopération entre les autorités centrales

V. **Aide à localiser un enfant déplacé.** Le devoir des autorités centrales de fournir une aide à localiser l'enfant (article 63 (2) nouveau) devrait être étendue aux cas où l'aide est demandée par les titulaires de la responsabilité parentale, et l'article 63 (2) nouveau devrait être modifié en conséquence.

VI. **Coopération avec les autorités du régime d'asile européen commun (RAEC).** Compte tenu des nombreuses questions relatives aux enfants (non accompagnés) recherchant une protection internationale en vertu de la RAEC, la coopération entre les autorités RAEC et le réseau des autorités centrales en vertu du règlement est nécessaire, de sorte que les autorités centrales puissent, le cas échéant, donner suite à l'activité des autorités du RAEC, et vice versa. Alors que les articles 63 et 64 sont suffisamment larges pour permettre une telle coopération, une référence spécifique à la nécessité de coopération entre les autorités centrales et les autorités nationales CEAS devrait être incluse dans l'article 63 (3), et une référence spécifique à une telle coopération devrait être incluse dans les considérants.

Déplacement licite (Relocation)

VII. Un considérant sur le déplacement licite d'un enfant devrait être ajouté. Celui-ci pourrait être formulé de la manière suivante :

Le tribunal saisi d'une demande concernant le déplacement licite international d'un enfant doit, tout en tenant compte dans son examen de tous les facteurs pertinents, accorder la priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans ce contexte, le tribunal doit veiller à ce que l'enfant ait la possibilité d'exprimer son opinion conformément à l'article 20 du présent règlement.

Le tribunal doit procéder d'urgence.

Loi applicable

VIII. Plus de visibilité doit être accordée au fait que le chapitre III de la Convention de 1996 régit la loi applicable dans le cadre du règlement par l'introduction d'un nouveau chapitre composé de l'article suivant :

Article 26A – Loi applicable

La loi applicable à la responsabilité parentale est déterminée conformément à la Convention de La Haye 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, en particulier son chapitre III (Loi applicable) (articles 15-22). À cette fin, la référence à l'article 15 (1) de la Convention aux «dispositions du chapitre II» doit se lire comme «les dispositions de la section 2 du chapitre II du présent règlement».

Médiation : disposition générale sur la médiation

IX. Une disposition générale sur la médiation devrait être incluse. Cette disposition devrait être formulée dans le sens de l'article 23 (2) nouveau :

A tout stade de la procédure, le tribunal examine si les parties sont prêtes à recourir à la médiation pour trouver, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, une solution convenue, à condition que cela ne retarde pas indûment la procédure.

II. PROJET SUR LA LOI APPLICABLE AUX SOCIÉTÉS

Lors de la réunion de Luxembourg, le Groupe avait opté pour la loi d'incorporation, tout en prévoyant des garanties par le biais des lois de police. La formulation de l'article 10 devait encore faire l'objet de discussion ainsi que la problématique liée à la responsabilité sociétale des entreprises.

A. Présentation générale du projet

F. Garcimartin rappelle que le projet se compose de 4 chapitres et de 16 articles. Dans sa version préparée par le sous-groupe à la suite de la réunion de Luxembourg, il 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 Regulation determines the law applicable to companies (*lex societatis*) 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.⁶
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^{7,8};
 - (b) Rights *in rem* over shares or other participation rights;
 - (c) Insolvency⁹;
 - (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 of the company]¹⁰.

Article 2. — Universal application

⁶ 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*". Should the reference to "civil and commercial matters..." be deleted (K. Siehr)

⁷ 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"*].

⁸ 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"*].

⁹ A Recital should clarify that the effects of insolvency proceedings upon the capital structure of a company, e.g. a debt-for-equity swap, shall be governed by the *lex concursus*, not by the *lex societatis*.

¹⁰ A Recital should 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.

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 of third countries 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 personality¹¹.
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 a third country in which the company [has its central administration] [has an establishment] [is carrying 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 10bis. — Responsabilité sociétale des entreprises

Nonobstant l'article 3, les questions liées à la responsabilité sociétale des entreprises, à partir du moment où elles affectent l'organisation de la société, sont soumises à la loi la plus protectrice soit du siège social statutaire, soit de l'incorporation, soit du siège social réel, soit des activités de la société (KC)]

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.

¹¹ 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.

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 convention referred to in this Article.

Article 15. — Entry into force and application in time

This Regulation shall enter into force on the 20th day following its publication in the *Official Journal of the European Union*. It shall apply as of... [two years after its entry into force]

Article 16. — Transitional rule

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.

[Alternative:

1. A company validly established before entry into force of this Regulation continues to be validly created after entry into force of the Regulation.
2. A company not created validly before entry into force of this Regulation is deemed to be validly created if it is validly created under this Regulation (KS)]

Le premier chapitre porte sur le champ d'application du règlement. Il prévoit des exclusions et avait surtout pour objectif d'avoir une délimitation claire entre le champ d'application de ce projet, d'une part, et le champ d'application des règlements Rome I et Rome II, d'autre part. Un considérant clarifie la situation des groupes de sociétés. Un autre considérant clarifie la loi applicable aux procédures d'insolvabilité.

Le second chapitre porte sur la loi applicable. L'article 3 est une application de la théorie de l'incorporation et l'article 4 prévoit l'application de la théorie du siège réel lorsque l'article 3 ne permet pas de déterminer le droit applicable. L'article 5 décrit le domaine de la loi désignée par l'article 3 ou 4. Enfin, les articles 6 et 7 portent respectivement sur la capacité et la communication d'informations.

Le troisième chapitre porte sur le changement de la loi applicable. L'article 8 est une règle générale alors que l'article 9 s'adresse davantage aux sociétés des Etats membres.

Le quatrième chapitre porte sur des dispositions générales. L'article 10 concerne les lois de police et l'article 10*bis*, la responsabilité sociétale des entreprises.

B. Mandatory rules / Lois de police

Le texte proposé par le sous-groupe se présente comme suit :

- « 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 a third country in which the company [has its central administration] [has an establishment] [is carrying 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 ».

1. Note de travail de M. Fallon sur le contexte européen du rattachement des personnes morales

M. Fallon présente les résultats d'un examen du droit dérivé montrant que de nombreux règlements et directives ont en commun le souci d'appliquer un principe de réalité. Ce principe peut conduire à exiger de l'entreprise une activité économique minimale dans l'Etat de référence, exigence liée à la notion d'établissement au sens de l'article 49 TFUE. D'autres instruments requièrent que le siège statutaire et le siège réel soient dans le même Etat membre. Il est vrai cependant que les instruments concernant directement le droit des sociétés ne se prononcent pas sur le rattachement, à l'exception de ceux portant sur les formes de société européenne. La plupart des directives concernées réglementent l'accès à l'activité économique pour l'entreprise concernée. Un tel constat pourrait inciter à rechercher de nouvelles formes de conciliation des critères d'incorporation et de siège réel, notamment par la technique de l'option de législation, développée dans les matières de droit familial. Cependant, dans l'état actuel des travaux du Groupe, vu le consensus en faveur du critère d'incorporation, une telle hypothèse ne devrait être approfondie qu'en l'absence d'accord sur le contenu de la disposition relative aux lois de police qui aurait à laisser un rôle au principe de réalité.

S'agissant des lois de police, M. Fallon propose une formulation plus ciblée que la formulation actuelle du sous-groupe, comme suit :

« 1.1. Quelle que soit la loi applicable en vertu du présent règlement, il est donné effet aux règles impératives qui entendent régir la situation :

- a) de l'Etat où est située l'administration centrale qui affectent le fonctionnement de la société et les droits et obligations des associés ou actionnaires,*
- b) de l'Etat où est situé le siège principal d'exploitation, qui affectent l'exercice de l'activité sociale,*
- c) du ou des Etat où sont situés, respectivement, l'administration centrale ou l'établissement concerné, qui déterminent :*
 - 1° la participation des travailleurs aux organes de la société ;*
 - 2° la responsabilité sociale de la société [et qui ont une incidence sur son fonctionnement] ;*
- d) de l'Etat où est situé un siège d'exploitation, qui affectent la gestion de cet établissement ou la fourniture d'informations relatives aux statuts de la société,*

dans la mesure où la loi applicable à la société ne réalise pas de manière équivalente l'objectif poursuivi par ces règles impératives ».

Le point a) vise à regrouper le fonctionnement interne de la société et les droits et obligations des actionnaires. Le point b) concerne l'exercice d'activités sociales. En pratique la distinction peut être difficile entre ce qui affecte le fonctionnement de la société et ce qui affecte l'exercice de l'activité sociale. Il faudrait donc peut-être fusionner le littéra a et b.

Pour ces deux premiers points, le critère d'applicabilité est le lieu de l'administration centrale. Celui-ci peut être vu comme une expression de la notion de siège réel. Toutefois, cette notion pourrait aussi bien se traduire par le critère du centre de décision ou de gestion effective, comme en attestent plusieurs directives récentes concernant les services financiers.

Le point c) porte sur des questions plus ciblées : participation des travailleurs et responsabilité sociale des entreprises. On vise uniquement les règles qui affectent le fonctionnement des sociétés et non la responsabilité civile des sociétés. Le critère d'application suggéré ici est tantôt l'administration centrale, tantôt l'établissement concerné pour la participation des travailleurs

Le point d) porte sur l'obligation de la société d'informer les tiers qui sont en contact avec un siège d'exploitation sur le contenu de ses statuts. Pour certaines sociétés, cette obligation est issue d'une directive.

Le texte proposé prévoit que ces règles impératives sont prises en considération uniquement si la loi qui régit la société ne permet pas d'atteindre ces mêmes objectifs. Cette limite utilise une condition d'équivalence à l'exemple de celle que connaît le droit de l'Union dans le contexte de la reconnaissance mutuelle. Cette équivalence pourrait être formelle (issue des textes européens) ou factuelle.

Par ailleurs, une disposition supplémentaire pourrait être utile sur les relations entre le projet et les autres actes européens, libellée comme suit :

- « 1.2. Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit de l'Union qui :
- a) règlent les conflits de lois relatifs à certaines formes de sociétés, ou
 - b) déterminent l'accès ou l'exercice de certaines activités et ont une incidence sur la constitution, le fonctionnement ou la dissolution de la société ».

Ce texte prévoit la primauté des règles spéciales sur les dispositions générales. Les règles sur l'accès ou l'exercice de certaines activités mentionnées au point b) sont, pour la plupart, issues des directives marché intérieur. Ces directives contiennent souvent des règles d'applicabilité se référant au siège réel.

2. Discussion sur la disposition relative aux lois de police

La discussion porte sur le type de règle à adopter afin de garantir l'application des lois de police. Plusieurs membres souhaitent insister sur le fait que les craintes liées à l'application de la théorie de l'incorporation ne doivent pas être exagérées, alors que la proposition risque de ne plus laisser guère de place au critère d'incorporation. En réalité, le droit comparé des sociétés montrerait une tendance à élaborer des règles satisfaisantes en termes de protection de l'intérêt général. De plus, les aspects tels que la protection des données personnelles, l'environnement ou la protection des consommateurs ne sont pas concernés par le projet et restent couverts par d'autres actes européens ou les législations nationales.

Plusieurs observations portent sur des éléments de formulation de la proposition. La première porte sur la marge d'appréciation laissée au juge dans l'application des lois de police. Selon la proposition, « *il est donné effet aux règles impératives* » alors que certains souhaiteraient plutôt écrire « *peut être donné* ». Ce changement suscite deux réactions. D'une part, certains craignent qu'une telle formulation donne trop de marge d'appréciation au juge saisi. Il est alors souligné que dans les règlements Rome I et Rome II, une part de discrétion est toujours laissée au juge car, pour de nombreuses dispositions, il n'est pas évident de savoir si elles doivent recevoir la qualification de loi de police ou de « simples » règles impératives. D'autre part, certains membres craignent que le recours aux termes « *peut être donné* » risque de rendre applicable toutes les règles impératives et non uniquement les lois de police.

Le recours au terme « *affecter* » aux points a) et b) semble trop large dans la mesure où, dans la vie commerciale, il paraît de nature à viser de nombreuses réglementations n'ayant qu'une incidence indirecte sur la société.

De l'avis général, la formulation doit davantage se rapprocher de l'article 9 du règlement Rome I. En effet, celui-ci définit la loi de police de manière à ce qu'il soit tout à fait possible d'identifier à l'avance les lois de police susceptibles de s'appliquer. Cette formulation a par ailleurs reçu la faveur de la Cour de justice et de la doctrine. De plus, l'adoption d'une règle similaire se justifie du fait que le champ d'application matériel du projet est très limité.

La suggestion d'ajouter à une disposition générale sur les lois de police, une disposition spéciale propre à la matière, à l'exemple de ce que prévoit le règlement Rome II pour les

règles de comportement, n'est pas retenue. Des doutes sont en effet émis sur la nécessité d'avoir une règle plus ciblée. En effet, il est loisible au législateur européen d'assortir une réglementation particulière d'une règle spéciale d'applicabilité dérogeant aux dispositions générales. Au demeurant, il serait malaisé selon certains d'énoncer, dans un texte de portée générale, une liste prédéterminée de règles impératives relevant du droit des sociétés et qualifiables de lois de police.

Le Groupe adopte la définition de l'article 10, § 1, proposée par le sous-groupe :

« 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 ».

Par ailleurs, il adopte la proposition d'une disposition particulière sur les relations avec d'autres actes européens :

« Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit de l'Union qui :

- a) règlent les conflits de lois relatifs à certaines formes de sociétés, ou*
- b) déterminent l'accès ou l'exercice de certaines activités et ont une incidence sur la constitution, le fonctionnement ou la dissolution de la société ».*

S'agissant de l'article 10, § 3 du projet du sous-groupe, l'identification des pays de référence fait l'objet de trois options présentées entre crochets, comme suit :

« Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of a third country in which the company [has its central administration] [has an establishment] [is carrying 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 ».

Certains membres proposent de supprimer le critère de l'administration centrale qui, à l'ère de la digitalisation des sociétés risque de devenir une notion surannée et préfèrent ne retenir que le terme « carrying activities ». D'autres se montrent favorables au maintien de l'administration centrale, considérant que même dans l'hypothèse où une société est gérée sur Internet, des personnes physiques de référence doivent pouvoir être localisées en un lieu déterminé. En d'autres termes, il y a toujours une concrétisation d'un rattachement à un territoire. Par ailleurs, beaucoup de sociétés possèdent encore un lieu d'administration centrale. Il paraît donc plus pertinent d'opter pour une règle apte à s'appliquer à la plupart des situations actuelles sans anticiper une éventuelle évolution qui engendrerait la disparition des administrations centrales.

Il est décidé de retenir les critères de l'administration centrale et du lieu d'exercice d'activités.

Le texte de l'article 10 se lit alors comme suit :

« 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 another country in which the company has its central administration or 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. »

C. La responsabilité sociétale des entreprises dans le cadre de la loi applicable aux sociétés commerciales

1. **Présentation**

C. Kessedjian présente les éléments marquants de la problématique de la RSE :

- Le concept vise moins une « responsabilité sociale » qu'une « responsabilité sociétale » des entreprises. Le terme « social » marque une préoccupation plus étroite, centrée sur les droits des travailleurs, alors que l'adjectif « sociétal » renvoie à des intérêts plus larges incluant l'environnement, les chaînes de valeur et toutes autres questions ayant trait à l'impact des activités de la société sur les communautés dans lesquelles elle agit.
- La RSE regroupe un ensemble assez disparate de normes (règles, règles impératives, lois de police, règles éthiques notamment). Une des difficultés aujourd'hui est de parvenir à incorporer, dans notre système de pensée juridique, des normes qui ne sont pas strictement juridiques. Il est important de songer dès à présent à prendre en compte des normes sociétales, des règles du jeu de la société, et qui ne peuvent être qualifiées de normes juridiques car il peut leur manquer l'un ou l'autre des éléments qui, pour les juristes, caractérisent une norme strictement juridique.
- Le projet relatif au droit applicable aux sociétés concerne l'organisation de la société. Il faudrait donc adapter ce projet à ces quelques éléments qui affectent l'organisation, l'administration, la gestion de l'entreprise.

Le projet passerait à côté d'un objectif important s'il ne disait rien sur la RSE. Trois illustrations marquantes du concept méritent l'attention :

- La directive 2014/95 concernant « la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes » prévoit que les sociétés visées doivent faire un rapport décrivant les activités qu'elles entreprennent et affectent notamment l'environnement, le droit social, la lutte contre la corruption¹². Il s'agit de sujets importants dans le cadre des activités économiques transnationales et il est important de les réglementer pour éviter les catastrophes. On peut en effet observer que ces sociétés n'auront pas de telles activités dans leur pays d'incorporation mais qu'une fois implantées dans des Etats tiers, elles pourraient oublier ces règles.
- Il existe par ailleurs un projet de loi français, pour le moment à l'arrêt, qui vise à coupler le devoir de vigilance à la *due diligence*. Ce projet est important car il aborde la question de la prévention. Le droit international privé classique, avec l'application de l'ordre public ou des lois de police du for, est insuffisant à cet égard. D'une part, toutes ces réglementations ne sont pas des lois de police. D'autre part, il est peu efficace en termes de prévention d'attendre la naissance d'un litige et la saisine d'un tribunal pour déterminer quelle loi sera applicable. La prévention permet d'informer les entreprises sur les règles qu'elles doivent respecter.
- Il est important de réfléchir à l'imposition, au sein des sociétés, de la création d'un « *compliance department* ».

¹² Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JO, L 330 du 15 novembre 2014, pp. 1 à 9.

Ces idées sont traduites à l'article 10bis du projet, intitulé responsabilité sociétale des entreprises, comme suit :

« Nonobstant l'article 3, les questions liées à la responsabilité sociétale des entreprises, à partir du moment où elles affectent l'organisation de la société, sont soumises à la loi la plus protectrice soit du siège social statutaire, soit de l'incorporation, soit du siège social réel, soit des activités de la société »¹³.

2. Discussion

2.1. Sur l'opportunité d'adopter une disposition relative à la RSE

Plusieurs arguments sont émis en défaveur de l'adoption d'une disposition relative à la RSE, à savoir :

- Une telle disposition engendrera des coûts pour les entreprises et cela risque de créer des distorsions de concurrence.
- La notion de RSE est trop imprécise pour trouver sa place dans une disposition à part entière.
- La directive 2014/95 prend en charge la RSE en imposant des contraintes particulières aux sociétés relevant du droit des États membres. Elle atteste d'une forte tendance à viser les sociétés européennes qui abusent de leur position dans des États tiers. Dès lors que la directive 2014/95 s'applique déjà aux entreprises localisées dans un État membre et que le projet a un caractère universel, une référence à la RSE pourrait être de trop pour les entreprises européennes et trop peu ambitieux pour les entreprises non européennes. En d'autres termes, si on impose aux premières de respecter la loi d'incorporation et la loi nationale de transposition de la directive, ces entreprises auront davantage d'obligations que celles des États tiers.
- Une telle disposition ne serait pas nécessaire dès lors que de nombreux investisseurs préfèrent aller vers des entreprises qui respectent certains principes éthiques au nom de leur réputation.
- L'activité des entreprises est déjà encadrée notamment par le droit des contrats, par le droit des sociétés et par les droits de l'homme. Au demeurant, les règlements Rome I et II ne contiennent aucune disposition particulière sur la RSE.
- Pour certains la RSE n'a pas vraiment sa place dans un texte portant sur la loi applicable, y préférant une règle matérielle uniforme de nature à mieux répondre à cette préoccupation. Cette règle pourrait préciser que, quelle que soit la loi applicable à la société, cette dernière est tenue de respecter les normes telles qu'elles sont élaborées progressivement par certaines institutions identifiées.
- Si une disposition particulière devait être adoptée sur la base de l'article 10bis proposé, sa formulation devrait être revue afin, d'une part, de se référer aussi à l'article 4 et non pas seulement à l'article 3, et, d'autre part, de préciser comment évaluer si une loi est « plus protectrice » qu'une autre.

Dans l'ensemble, il est convenu que le projet doit contenir, sous une forme ou une autre, une référence à la problématique de la RSE.

1.1. Sur la place de la RSE

Selon certains, il devrait être précisé que la RSE doit être traitée dans un instrument séparé mais tout en explicitement son exclusion dans le projet, afin de mettre en évidence l'importance de cette problématique. La question reste cependant de savoir avec précision ce qui est exclu tant que la notion elle-même est difficile à cerner. Un considérant suffirait ainsi à indiquer que le Groupe a conscience de l'importance de la RSE.

¹³ Il est précisé lors de la réunion que cet article n'est pas une proposition du sous-groupe mais bien une proposition de C. KESSEDIAN remaniée sous la forme d'une disposition par F. GARCIMARTIN.

La RSE pourrait également être insérée dans la disposition générale relative aux lois de police. Cependant, toutes les normes relatives à la RSE ne sont pas nécessairement des lois de police. L'article 10 pourrait préciser qu'il vise également/peut tenir compte de normes qui ne sont pas juridiques. Cette solution ne répond toutefois pas à l'objectif de prévention.

Pour d'autres, la *due diligence* pourrait être insérée à l'article 5 dans le domaine de la loi applicable. Cette option serait cependant risquée car elle permettrait aux actionnaires de choisir d'incorporer la société dans un Etat qui ne prévoit pas une telle procédure.

Il est décidé de ne pas retenir une disposition spéciale sur la RSE et d'y substituer une disposition visant à préserver la portée des normes sur la RSE, par l'insertion d'un nouveau paragraphe dans l'article 1^{er}, montrant que de telles normes peuvent jouer leur rôle et revendiquer leur application sans que le règlement sur le droit applicable aux sociétés y fasse obstacle, comme suit :

« 3. *Rien, dans le présent texte, ne fait obstacle à l'application d'exigences relevant de la responsabilité sociétale des entreprises, telle que définie par les normes nationales, européennes ou internationales applicables* ».

Ce texte permet de montrer que le Groupe est conscient que de telles normes existent, engendrent des obligations pour les entreprises et doivent être prises en considération par elles indépendamment des exigences de la loi applicable telle que définie dans le texte proposé.

D. Autres remarques relatives au projet

- Les termes « *in civil and commercial matters* » sont supprimés à l'article 1, §1.
- L'article 1, §2, e), est modifié de manière à expliciter que le projet n'affecte pas la problématique de la représentation des travailleurs, à la suite de la discussion relative à la RSE. La disposition se lit dès lors comme suit : « *labour relationships and employees right [other than rights of participation in the organs of the company]* » devient « *labour relationships and employees right including the rights of participation in the organs of the company* ».
- Le caractère universel du projet est remis en discussion. Notamment, les auteurs d'une étude sur le droit applicable aux sociétés établie à la demande de la Commission ont eu des difficultés à admettre le caractère universel d'un tel projet et étaient plus favorables à l'adoption d'une coopération renforcée. Certains membres observent cependant que renoncer au caractère universel du projet ne ferait que reporter le problème : s'il est vrai qu'une limitation du champ d'application spatial du texte au niveau européen est plus facile à admettre dès lors que le droit matériel en cette matière est partiellement harmonisé, reste la question de la détermination du critère servant à différencier sociétés européennes et non européennes. Pour d'autres, la qualification d'une société européenne peut se faire sur la base de l'article 54 TFUE, non sans rappeler que le Conseil avait vu dès 1961 le risque que le recours à l'article 54 engendre un mouvement d'eupéanisation de sociétés qui décideraient de s'incorporer dans un Etat membre tout en poursuivant leurs activités dans un Etat tiers. On pourrait donc se fonder sur l'article 54 pour déterminer le champ d'application spatial du règlement, tout en exigeant l'exercice d'un minimum d'activité dans l'Union européenne. Le Groupe décide cependant de s'en tenir au maintien du caractère universel du projet.
- Les termes « *of third countries* » de l'article 7 sont supprimés, conformément aux conclusions de la réunion de Luxembourg.
- A l'article 8, §4, le terme « *conditions of formation* » sont remplacés par les termes « *conditions of re-incorporation* ».
- La règle de conflit transitoire de l'article 17 est formulée comme suit :

« 1. A company validly created before the date of application of this Regulation continues to be validly created after such date.

2. A company not created validly before the date of application of this Regulation is deemed to be validly created if its creation would have been valid under this Regulation ».

E. Texte adopté par le Groupe

DRAFT RULES ON THE LAW APPLICABLE TO COMPANIES AND OTHER BODIES

At its meeting in Milan on 16-18 September 2016, the European Group for Private International Law, giving effect to the results of its meetings in Florence in 2014 and in Luxembourg in 2015, considered the questions of determining the law applicable to companies and of the recognition of foreign companies in the European Union. It adopted a set of draft rules that could serve as a basis for the adoption of an act of the European Union.

CHAPTER I: SCOPE

Article 1. — Scope

1. This Regulation* determines the law applicable to companies (*lex societatis*) and other bodies, corporate or unincorporated (hereinafter “companies”). It shall not apply, in particular, to revenue, customs or administrative matters.

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^{14 15 16};

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

(c) insolvency¹⁷;

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

and

(e) labour relationships and employees rights, including rights of participation in the organs of the company.

3. This Regulation does not prejudice the fulfilment of the obligations deriving from social responsibility of companies (*corporate social responsibility*) as defined by national, European or international norms.

* Though the title of the text uses a “neutral concept” (Draft Rules), the Group considered preferable to draft its articles in the form of a Regulation

¹⁴ 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 Regulation 594/2008 on contractual obligations (Rome I), Article 1 (2) (f), and Regulation 864/2007 on non-contractual obligations (Rome II), Article 1 (2) (d). The interpretation of this Regulation should as much as possible avoid regulatory gaps between these instruments*”.

¹⁵ A Recital should clarify that the liability of members 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 Regulation 864/2007. 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*”].

¹⁶ 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 law, 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*”].

¹⁷ A Recital should clarify that the effects of insolvency proceedings upon the capital structure of a company, e.g. a debt-for-equity swap, shall be governed by the *lex concursus*, not by the *lex societatis* [“*The effects of insolvency proceedings on the capital structure of the company and in particular the conversion of debt into equity shall be governed by the law determined by Regulation 2015/848 on insolvency proceedings*”].

Article 2. — Universal application

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 3 and 4 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

A company operating in the European Union must disclose to third parties the country under the law of which the company is formed. If it fails to do so, any creditor of that company may claim that the liability of a person acting on behalf of the company, its members or directors shall be governed by the law of the Member State where that person was acting, unless such creditor was aware of that information or was not aware of it as a result of his negligence.

CHAPTER III. CHANGE OF APPLICABLE LAW

Article 8. — Change of 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 and creditors of the company.
4. The new law shall determine the conditions of re-incorporation of the company.

Article 9. — Companies of Member States

1. 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 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 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 provisions

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 another country in which the company has its central administration or 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 of the forum

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 convention referred to in this Article.

Article 15. — Relationship with other provisions of European law

This Regulation shall not prejudice the application of provisions of the law of the European Union which:

- a) lay down conflict-of-law rules relating to certain types of companies; or
- b) establish conditions of access to the exercise of activities and affect the formation of the company, its internal functioning or its winding-up.

Article 16. — Entry into force and application in time

This Regulation shall enter into force on the twentieth day following its publication in the *Official Journal of the European Union*. It shall apply from... [two years after its entry into force].

Article 17. — Transitional rule

1. A company validly created before the date of application of this Regulation continues to be validly created after such date.
2. A company not validly created before the date of application of this Regulation is deemed to have been validly created if its creation would have been valid under this Regulation.

III. PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN A POST-BREXIT WORLD

T. Hartley évoque l'incidence possible du Brexit sur le droit international privé au Royaume-Uni. De nombreux cabinets d'avocat sont contactés et fournissent des analyses différentes sur l'avenir du Royaume-Uni, allant des thèses très optimistes jusqu'au plus pessimistes.

Pour T. Hartley, l'avenir du droit international privé est surtout tributaire du type de Brexit qui sera adopté. Un « hard Brexit » impliquerait probablement que le droit dérivé ne fasse plus partie du droit du Royaume-Uni, ou qu'il acquière le statut de législation nationale et puisse ensuite être modifié unilatéralement. Un « soft Brexit » pourrait maintenir des liens avec l'Union européenne. Ainsi, le Royaume-Uni pourrait négocier un accord analogue à celui conclu par le Danemark à propos du règlement Bruxelles *Ibis*, de préférence à un régime inspiré de Lugano *bis*. Par contre, reste ouverte la question de la soumission du Royaume-Uni à la jurisprudence de Cour de justice, dont les juridictions nationales tiendront probablement compte.

Par ailleurs, le Brexit soulève de nombreuses questions de droit transitoire : qu'advient-il par exemple des jugements rendus au Royaume-Uni avant la sortie l'Union européenne mais appelés à l'exécution ultérieurement dans un Etat membre ?

La discussion fait apparaître des interrogations sur le régime de la reconnaissance des jugements. Notamment, si le Royaume-Uni peut décider librement, après le Brexit, de reconnaître automatiquement les jugements rendus dans des Etats membres, il ne peut imposer la reconnaissance automatique de ses jugements dans un État membre.

De plus, se pose la question de savoir si, après le Brexit, la Convention de Bruxelles de 1968 n'a pas vocation à s'appliquer de plein droit.

Il est convenu de traiter de l'incidence du Brexit lors de la prochaine réunion.

IV. ACTUALITÉS DU DROIT DE L'UNION : PROTECTION DES DONNÉES ET DIP

C. Kohler fait rapport sur l'incidence du règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des

données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁸. La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est garantie par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par l'article 16 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Ce règlement, qui remplace la directive 95/46, est long et complexe mais il permet, entre autres, de régler des difficultés mises en avant par certains arrêts rendus par la Cour de justice¹⁹. Le règlement contient avant tout des règles de droit matériel uniforme et n'est pas composé d'un chapitre spécifique sur les règles de conflit de lois. De telles règles sont cependant éparpillées dans le texte.

Trois éléments du règlement intéressent directement le droit international privé : les règles relatives au champ d'application, le caractère impératif du nouveau régime et les garanties de droit privé mises en place par le règlement.

1. Champ d'application du règlement

Le champ d'application matériel et spatial du règlement, décrit à l'article 3, est particulièrement large. Il est d'ailleurs plus large que celui de la directive 95/46/CE qu'il remplace.

Le règlement distingue deux situations en fonction du lieu d'établissement du responsable du traitement des données (ou du sous-traitant). Si cette personne est établie sur le territoire d'un Etat membre, le règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union (art. 3, §1). Par contre, si le responsable du traitement des données n'est pas établi sur le territoire d'un Etat membre, le règlement s'applique en fonction de l'affectation du marché européen, à savoir pour autant que les activités de traitement soient liées : « (a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes; ou (b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union » (art. 3, §2). Par ailleurs, selon l'article 3, §3, le règlement « s'applique au traitement de données à caractère personnel par un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union mais dans un lieu où le droit d'un Etat membre s'applique en vertu du droit international public. »

2. Caractère impératif du régime

Le caractère impératif du régime mis en place par le règlement se déduit de plusieurs éléments.

Tout d'abord, le règlement porte sur des mesures relevant du droit public et s'impose donc à toutes les personnes qu'il vise.

Ensuite, le règlement n'autorise le traitement des données à caractère personnel que dans des hypothèses limitativement énumérées. Les parties ne peuvent donc pas, par accord, en ajouter ni déroger aux conditions qu'il impose.

De plus, le règlement limite les hypothèses dans lesquelles les données personnelles peuvent être transférées vers des Etats tiers. A cet égard, la nature impérative du règlement est reflétée par son article 48 qui porte sur les transferts ou les diffusions non autorisés par

¹⁸ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), J.O., L 119, 4 mai 2016, pp. 1 à 88.

¹⁹ Voy. not. C.J., 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

le droit de l'Union. Cette disposition intéresse l'efficacité de jugements étrangers, laquelle est conditionnée par l'existence de traités bilatéraux, comme suit : « *toute décision d'une juridiction ou d'une autorité administrative d'un pays tiers exigeant d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant qu'il transfère ou divulgue des données à caractère personnel ne peut être reconnue ou rendue exécutoire de quelque manière que ce soit qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un accord international, tel qu'un traité d'entraide judiciaire, en vigueur entre le pays tiers demandeur et l'Union ou un État membre, sans préjudice d'autres motifs de transfert en vertu du présent chapitre* ».

Ces dispositions confirment que le règlement contient des lois de police au sens des règlements Rome I et II.

3. Garanties mises en place par le règlement

Le règlement met en place des garanties visant à assurer l'application de ses règles. Il prévoit ainsi la mise en place d'autorités de contrôle dans chaque Etat (art. 55 et s.). Ces autorités ont notamment le pouvoir d'imposer des amendes administratives (art. 58, §2, i)).

D'autres garanties issues du droit privé sont également prévues en vue de renforcer le système mis en place. L'article 79 organise une possibilité de recours juridictionnel contre un responsable du traitement ou un sous-traitant. Cette disposition prévoit deux fors compétents et est formulée de manière à protéger la partie faible. L'articulation entre cette disposition et les règles de compétence contenues dans le règlement Bruxelles *Ibis* est énoncée par le considérant 147 selon lequel : « *Lorsque le présent règlement prévoit des règles de compétence spécifiques, notamment en ce qui concerne les procédures relatives aux recours juridictionnels, y compris ceux qui visent à obtenir réparation, contre un responsable du traitement ou un sous-traitant, les règles de compétence générales, telles que celles prévues dans le règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil, ne devraient pas porter préjudice à l'application de telles règles juridictionnelles spécifiques* ». Selon C. Kohler, ce considérant doit être compris comme signifiant que les règles de compétence du règlement Bruxelles *Ibis* sont complémentaires de celles du règlement 2016/679 et peuvent être utilisées par le demandeur si elles reviennent à élargir son choix. Par ailleurs, il est relevé que l'article 79 reçoit un domaine d'application spatial plus large que les dispositions pertinentes du règlement Bruxelles *Ibis*, puisqu'il vise aussi un défendeur domicilié dans un pays tiers.

L'article 81, intitulé « suspension d'une action », introduit une variante inédite de la litispendance et de la connexité. Normalement, pour qu'un de ces mécanismes s'applique, les mêmes parties doivent en principe être impliquées. Or, l'article 81 requiert uniquement que le défendeur soit le même et permet ainsi de parvenir à une coordination d'actions pendantes dans plusieurs États membres contre le même responsable du traitement.

L'article 82 donne un droit à réparation pour toute personne qui subit un dommage matériel ou moral du fait d'une violation du règlement. Ce droit à réparation avait fait l'objet de débats sous le régime de la directive 95/46 car tous les Etats n'admettaient pas que soient couverts les dommages moraux. Les droits auxquels donne lieu la réparation sont normalement définis par le règlement lui-même et ne soulèvent donc en principe pas de question sur le droit applicable. Toutefois, le règlement n'est pas complet. Il ne dit par exemple rien sur les délais de prescription. Si la demande de réparation se rattache à une relation de nature contractuelle entre les parties, le droit applicable doit, selon C. Kohler, être déterminé par le règlement Rome I. Si la relation est de nature non contractuelle, elle doit être réglée par la loi désignée par le droit international privé du for, la matière relative à la vie privée et aux droits de la personnalité, dont relève la protection des données personnelles, étant exclue du règlement Rome II.

V. ACTUALITÉS DE LA COMMISSION

K. Vandekerckhove présente les activités de la Commission dans le domaine du droit international privé durant une année marquée par des crises importantes qui ont requis la priorité (crise financière, crise migratoire, Brexit, la situation en Pologne et en Hongrie).

Dans son discours sur l'état de l'Union du 14 septembre, le Président Juncker a essayé de faire passer un message positif, montrant sa détermination à résoudre les difficultés et à respecter ses priorités politiques.

Du point de vue de la justice civile, les priorités politiques principales sont la création d'un marché unique numérique, d'une union des marchés des capitaux et d'un espace de justice.

A. Instruments adoptés

1. Règlement du Parlement européen et du Conseil visant à favoriser la libre circulation des citoyens et des entreprises en simplifiant l'acceptation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012

Le règlement n° 2016/1191 a été adopté le 6 juillet 2016 et entre en application le 16 février 2019. Il est issu d'une proposition de la Commission du 24 avril 2013 et a comme base légale l'article 21, §2 TFUE (liberté de circulation).

Ce règlement a pour objectif de simplifier les formalités administratives requises pour qu'un Etat membre reconnaisse un document public délivré par un autre Etat membre et de réduire les coûts et, par conséquent, d'améliorer la libre circulation des citoyens et des entreprises dans l'Union. Ce règlement couvre uniquement les actes relatifs au statut civil et non les documents à portée économique.

2. Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

La Présidence luxembourgeoise était parvenue, à la fin de l'année 2015, à un compromis permettant la rédaction de deux règlements qu'il était convenu d'adopter au sein du Conseil Justice et affaires intérieures en décembre 2015.

Cependant, les élections en Pologne d'octobre 2015 ont changé le cours des choses. Deux semaines avant la réunion du Conseil, il était clair que la Pologne et la Hongrie allaient voter contre le projet. Ce fut une grande déception car de nombreux compromis avaient été accordés dans le projet pour assurer le vote favorable de ces Etats. La Commission a alors rapidement suggéré d'adopter une coopération renforcée portant uniquement sur la compétence internationale, la loi applicable et la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux régimes patrimoniaux des couples internationaux, couvrant à la fois les régimes matrimoniaux et les conséquences patrimoniales des partenariats enregistrés. La Pologne a critiqué le fait que la coopération renforcée couvre, dans un seul texte, les deux régimes. Elle considérait que pour attirer un maximum d'Etats, la Commission aurait dû proposer l'adoption de deux textes.

Il y avait suffisamment d'Etats prêts à participer à la mise en œuvre de cette coopération renforcée. Elle fut également plus facile à mettre en œuvre puisque ce n'était pas la première coopération renforcée. Cette coopération renforcée a été autorisée le 9 juin 2016 et deux règlements (n° 2016/1103 et 2016/1104) ont été adoptés le 24 juin 2016, avec une date de mise en application reportée au 29 janvier 2019. A ce jour, 18 Etats y participent.

3. Règlement (UE) n° 2015/2421 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n° 861/2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges et le règlement (CE) n° 1896/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer

Plusieurs changements ont été introduits en vue d'accélérer les procédures ainsi que l'exécution. Ce règlement étend notamment son champ d'application aux litiges ne dépassant pas 5.000 euros.

4. Décisions d'acceptation d'adhésion, par des Etats tiers, à la Convention de La Haye de 1980

Il s'agit d'un sujet sensible et difficile qui a émergé à la suite de l'adoption de l'avis 1/13 par la Cour de justice. Les Etats membres ont des approches très différentes en ce qui concerne l'acceptation d'adhésions des Etat tiers.

Un processus a donc été mis en place afin de rendre ces adhésions possibles au niveau européen. La Commission et les Etats membres ont mis en place un « *informal data gathering* », en vue de collecter des informations provenant de sources indépendantes de l'Etat en question. Ces informations concernent notamment :

- Le respect des règles de droit (en ce compris l'indépendance du système judiciaire, le respect des droits fondamentaux) ;
- L'établissement d'une autorité centrale ;
- La mise en place d'une législation permettant de mettre en œuvre la convention ;
- La formation des juges ;
- Existence d'instruments permettant de localiser un enfant ;
- Existence d'institutions chargées de la protection des enfants ;
- (...)

Il n'y a pas de hiérarchie entre ces éléments, si ce n'est la création d'une autorité centrale. Sur cette base, l'adhésion de 7 Etats a été acceptée (Andores, Singapour, Seychelles, Russie, Albanie, Maroc, Arménie). L'adhésion du Gabon n'a pas été acceptée car il n'y avait pas d'autorité centrale dans cet Etat. Début juin, de nouvelles propositions ont été faites pour l'adhésion de la Corée, du Kazakhstan et du Pérou.

5. Règlement Rome III

Le 10 août 2016, l'Estonie a rejoint la coopération renforcée. 17 Etats sont donc participants.

6. Proposition de refonte du règlement Bruxelles IIbis

La proposition de refonte du règlement Bruxelles IIbis a été transmise le 30 juin 2016 (doc. COM 2016, 411 ; doc. 2016/0190 CNS). Elle concerne principalement la responsabilité parentale et l'enlèvement d'enfants. Elle fait l'objet d'une présentation et d'une discussion dans le présent compte rendu, ci-dessus.

7. Trois rapports d'évaluation

- Rapport d'évaluation sur la procédure européenne d'injonction de payer (13 octobre 2015).
- Rapport d'évaluation sur la directive médiation (26 août 2016)
- Rapport d'évaluation sur les EJM (10 mars 2016)

B. Projets

Deux propositions ont été déposées en décembre 2015 :

- Contenu numérique (COM 2015, 634) : proposition de directive harmonisant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique. L'objectif est de réduire les coûts pour les commerçants et d'encourager l'expansion du commerce transfrontière. Les consommateurs sauront à quoi ils peuvent s'attendre lorsqu'ils achètent des contenus numériques en ligne et connaîtront leurs droits en cas de défaut de produits. Les commerçants ne devront plus s'adapter au droit des contrats des différents Etats membres puisque certains aspects seront harmonisés.
- Vente de biens en ligne (COM 2015, 635) : harmonisation des règles impératives principales existant dans les droits nationaux en vue de permettre aux commerçants de vendre des biens en respectant une seule loi applicable et d'améliorer la confiance des consommateurs.

Parmi les projets futurs, sont cités :

- Directive en vue de prévenir les restructurations et de promouvoir les secondes chances. Cette initiative suit la recommandation formulée par la Commission en 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises. L'objectif de cette directive est de créer des standards minima en vue d'encourager les investissements transfrontières.
- Initiative relative aux cessions de créances, qui ne sont pas prises en compte dans l'article 14 du règlement Rome I. Cette initiative pourrait être combinée avec une initiative portant sur la loi applicable aux droits sur les titres.
- Droit applicable aux sociétés et au transfert de siège des sociétés.
- Etude sur le transfert de siège des sociétés (non encore publiée).
- Lancement d'un rapport d'évaluation sur la Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union.
- Révision des règlements sur l'obtention des preuves et sur la communication des actes.

Au niveau international :

- Des négociations sont en cours avec la Norvège sur la transmission des documents et sur l'obtention des preuves
- Participation au projet jugement de la Conférence de La Haye.

Etudes :

- Transmission des documents (étude de droit comparé) ;
- Droit applicable aux sociétés ;
- Droit applicable aux contrats d'assurance ;
- Droit matériel relatif à l'insolvabilité ;
- Standards minimum de droit procédural.

VI. SUIVI DE LA DÉCLARATION SUR LE STATUT JURIDIQUE DE DEMANDEURS DE PROTECTION INTERNATIONALE EN PROVENANCE DE PAYS TIERS VERS L'UNION EUROPÉENNE

Lors de la réunion de Luxembourg, le Groupe a adopté une déclaration sur le statut juridique de demandeurs de protection internationale en provenance de pays tiers vers l'Union européenne. H. van Loon présente plusieurs suivis de cette déclaration :

- Transmission de la déclaration par le Secrétaire général au gouvernement luxembourgeois, dans le cadre de sa présidence de l'Union européenne ;
- Publication au/à la
 - o www.conflictolaws.net du 25 octobre 2015
 - o Nederlands Juristenblad (NJB), du 25 novembre 2015 (ainsi que sur le blog du NJB)
 - o Revue critique de droit international privé (4/2015), pp. 1069-1071
 - o Netherlands International Law Review (1/2016), pp. 95-97
 - o IPRax (4/2016), pp. 400 à 414. Voy. également C. Kohler (pp. 401 à 404) ;
- Présentations et débats à l'occasion de réunions scientifiques :
 - o Sciences Po Law School, Paris, 26 février 2016 (« Law and Refugees/Migration Governance »)
 - o KNVIR/International Law Association, Netherlands branch, spring meeting, The Hague, mai 2016 (« Migration, Refugees and International Law », avec Bram van Ojik et Flip Schüller) ;
- Projet de recherche à la faculté de droit de l'université de Gand à la suite de cette déclaration (« How refugee flows to Europe end in families in limbo- Bridging private international law and public international law »). Une recherche de fond pour financer ce projet est en cours.

K. Kreuzer soulève la question du droit applicable au statut personnel des réfugiés et propose d'en traiter au cours de la prochaine réunion. Il existe trois catégories de réfugiés : les demandeurs d'asile, les réfugiés ayant le statut de la Convention Genève et les réfugiés ayant le statut européen de protection subsidiaire. Pour la deuxième catégorie, la Convention de Genève comprend une règle de droit international privé (art. 12). A-t-on besoin d'une règle analogue pour les réfugiés bénéficiant de la protection subsidiaire, sachant que les règlements européens assimilent autant que possible les réfugiés tombant sous le régime de la Convention de Genève et ceux tombant sous le régime européen.

VII. ACTUALITÉS DE LA CONFÉRENCE DE LA HAYE

M. Pertegas présente les activités de la Conférence de La Haye durant l'année écoulée. L'Organisation compte à présent 81 Membres (80 États et l'Union européenne) ; 68 États supplémentaires sont Parties à l'une au moins des Conventions de La Haye sans être Membres de l'Organisation, ce qui porte à presque 150 le nombre total d'États « liés » à la Conférence. L'État membre le plus récent est la République de Moldova. Les prochains pourraient être la Colombie, le Liban ou l'Arabie Saoudite. Sont États candidats, le Kazakhstan et la République Dominicaine

Une célébration sera organisée à l'occasion du 125^e anniversaire de la Conférence (1893-2018).

A. Travail législatif

1. Le projet Jugements

Il s'agit du projet prioritaire. Il a fait l'objet de plusieurs avancées depuis l'année dernière. En mars 2016, le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence a salué la finalisation du projet de texte par le Groupe de travail et a décidé d'instituer une Commission spéciale en vue de la préparation d'un projet de Convention.

La première réunion de la Commission spéciale s'est tenue du 1^{er} au 9 juin 2016 (et une seconde réunion doit en principe se tenir du 16 au 24 février 2017). Voy. l'avant-projet de

Convention de juin 2016 : <https://assets.hcch.net/docs/c914d382-e720-48a0-be2e-3a66511651ff.pdf>. La Conférence aspire à une adoption d'une convention à court terme.

Parmi les travaux en cours sont cités les clauses générales et finales, y compris l'articulation avec la Convention Élection de for, les questions sur la propriété intellectuelle, d'autres questions portant sur le champ d'application (matière « civile et commerciale »), etc. En février, il faudra encore notamment régler la question de savoir si la Convention adoptée est ouverte au monde et non aux seuls membres ou si la Conférence adopte une convention plus restrictive.

Le Groupe est invité en qualité d'Observateur. Paco Garcimartín a été nommé co-rapporteur et Fausto Pocar a été nommé président du Comité de rédaction.

Le Conseil a aussi fait sienne la recommandation du Groupe de travail visant à confier au Groupe d'experts relatif au projet sur les Jugements le soin d'examiner les questions de compétence directe (entre autres, chefs exorbitants de compétence et litispendance / refus d'exercer la compétence) rapidement après la rédaction d'un projet de Convention par la Commission spéciale. Ces questions prendront peut-être la forme d'un document additionnel ou d'un protocole.

2. Le projet Filiation/Maternité de substitution

Il s'agit du deuxième projet prioritaire. Ce projet touche néanmoins à des aspects très sensibles, ce qui rend les travaux délicats.

Le Conseil a décidé de constituer un Groupe d'experts en 2015. Celui-ci s'est réuni une première fois en février dernier et a préparé un rapport à l'attention du Conseil (<https://assets.hcch.net/docs/abf15fe3-18dc-4155-867b-2aaefe5016ed.pdf>).

En 2016, le Conseil a invité le Groupe d'experts à poursuivre ses travaux conformément au mandat qui lui a été confié en 2015 et a demandé au Bureau Permanent de convoquer une seconde réunion du Groupe avant la prochaine réunion du Conseil. Cette réunion aura lieu au mois de janvier 2017 et doit surtout examiner la *faisabilité* d'un projet législatif, notamment sur la reconnaissance internationale du statut des enfants. L'idée est peut-être de moins se focaliser sur la maternité de substitution. Le Groupe d'experts rendra compte au Conseil en 2017.

Le thème de la maternité de substitution reste de grande actualité et, au niveau de la coordination internationale, d'importants développements législatifs, jurisprudentiels et scientifiques se succèdent.

B. Travail de suivi des principales conventions

1. Apostille et le 10e Forum sur l'apostille électronique

La Convention Apostille compte désormais 112 Etats contractants. On adhéré récemment le Chili, le Brésil, le Maroc. L'adhésion du Kosovo n'a pas été approuvée par tous les Etats puisque certains Etats ne reconnaissent pas le statut d'Etat du Kosovo.

Début novembre 2016, une réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Apostille se tiendra de concert avec le 10e Forum international sur l'e-APP.

2. Notification, Obtention de preuves et Accès à la justice

- Notification : 71 États contractants ; récentes adhésions du Kazakhstan, du Vietnam et du Costa Rica.

- Obtention de preuves : 59 Etats contractants ; récente adhésion du Costa Rica. La ratification de l'Autriche et de Malte devrait intervenir bientôt (décision du Conseil (UE) 2016/414).
- Accès à la Justice : 28 Etats contractants ; récente adhésion du Costa Rica.
- Publication en janvier 2016 de la 4^e édition, actualisée et étoffée, du Manuel Pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification et de la 3^e édition du Manuel Pratique sur le fonctionnement de la Convention Preuves.
- Elaboration en cours du Manuel Pratique sur l'utilisation de la liaison vidéo et d'autres technologies modernes pour l'obtention des preuves à l'étranger.

3. Élection de for

- 30 États et l'UE liés par la Convention ; ratification de Singapour en 2016.
- Recommandations à soumettre au Conseil en mars 2017 pour faciliter l'application des articles 5 et 6 de la Convention : « profil d'État » sur la (loi applicable à la) validité d'une clause d'élection de for et création d'un réseau des juges de La Haye pour les matières civiles et commerciales ?

4. Choix de la loi applicable (Principes)

Les principes ont été incorporés au Paraguay et sont en examen en Australie.

5. Protection des enfants (y compris Enlèvement)

- Convention Enlèvement d'enfants : 95 États contractants ; adhésion en 2016 des Philippines et de la Bolivie.
- Convention Protection des enfants : 44 États contractants ; ratification de la Norvège et adhésion de la Serbie en 2016.

5.1. La préparation de la prochaine Commission spéciale (octobre 2017)

- Préparations en cours pour la prochaine réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des deux Conventions.
- Finalisation du projet de Guide de bonnes pratiques sur l'interprétation et l'application de l'article 13(1) (b) de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980.

5.2. La consolidation du réseau judiciaire de La Haye

- Celui-ci compte désormais 118 membres à travers le monde. Au total, 78 États ont officiellement désigné un juge dans le cadre du RIJH.
- Les juges désignés agissent comme des intermédiaires et assurent le dialogue avec les Autorités centrales de leur pays, avec les autres juges de leur propre juridiction ainsi qu'avec les juges d'autres pays.

6. Adoption

97 États contractants ; entrée en vigueur en 2016 pour le Kirghizistan et la Namibie.

7. Aliments (Convention)

- 34 États et l'UE liés par la Convention; ratification en septembre 2016 des Etats-Unis (entrée en vigueur au premier janvier 2017, ainsi que pour le Monténégro).
- iSupport : un système de gestion électronique des dossiers et de communications sécurisées entre États Parties sera opérationnel en octobre 2016 afin de renforcer et d'accélérer la coopération, l'efficacité et la cohérence dans le traitement des demandes par les Autorités centrales.

C. Perspectives : les trois Cs

- **Croissance** : vers la mondialisation de la HCCH.

- Une nouvelle Convention de La Haye à l'horizon ? La Conférence l'espère pour 2018 étant donné que la dernière convention date de 2008.

Coopération internationale : « l'unification progressive des règles de DIP (article premier du Statut) » n'est peut-être pas le but en soi mais l'outil de la coopération internationale...

VIII. JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

P. Kinsch présente principalement trois affaires : l'arrêt *Avotins c. Lettonie* rendu en grande chambre le 23 mai 2016 (n° 17502/07), l'arrêt *Arlewin c. Suède* du 1^{er} mars 2016 (n° 22302/10) et l'arrêt *Nait-Liman c. Suisse* du 21 juin 2016 (n° 51357/07)

Au préalable, il évoque la question des enlèvements internationaux d'enfants pour mettre en évidence un phénomène. Il observe — en généralisant à partir de cas types — qu'il y a, d'une part, le contentieux des mères et, d'autre part, le contentieux des pères. Parfois, le mécanisme prévu par le règlement Bruxelles IIbis n'est pas efficace pour ces derniers, qui typiquement ne sont pas titulaires d'un droit de garde de l'enfant mais d'un droit de visite à un enfant dont la résidence habituelle est auprès de sa mère. Dans deux affaires, le recours des pères — privés de l'exercice effectif de leur droit de visite par un changement, unilatéralement décidé par la mère, de l'Etat de la résidence de l'enfant — a été accueilli. Cependant, un long délai s'était écoulé dans les deux affaires avant que le retour de l'enfant ne soit prononcé. La Cour a alors conclu que « *« Lastly, the Court observes that, as the child has lived with her mother in Poland for over three years and a half, there is no basis for the present judgment to be interpreted as obliging the respondent State to take steps ordering the child's return to the United Kingdom »*²⁰. Ces arrêts démontrent que l'inefficacité des procédures nationales, certes sanctionnées par la Cour, peut conduire à ce que la stratégie d'enlèvement d'enfants soit payante.

1. Arrêt Avotins c. Lettonie

Il s'agit de l'arrêt le plus important rendu par la Cour européenne des droits de l'homme au cours de l'année écoulée en ce qui concerne le droit international privé. L'arrêt rendu en chambre avait déjà été présenté lors de la réunion du Groupe en 2015. Avotins est un ressortissant letton qui avait emprunté de l'argent à la société chypriote FH Limited qui l'avait ensuite assigné, devant les juridictions chypriotes, pour obtenir le remboursement de cet emprunt. Avotins reproche à Chypre d'avoir méconnu son droit au procès équitable étant donné qu'il n'avait pas effectivement reçu d'acte introductif d'instance. Il reproche aux juridictions lettones d'avoir accordé l'exequatur d'un jugement sur le fondement du règlement Bruxelles I, alors que l'article 34, 2°, de ce règlement prévoit expressément qu'une « *décision n'est pas reconnue si : (...) l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre, à moins qu'il n'ait pas exercé de recours à l'encontre de la décision alors qu'il était en mesure de le faire ; (...)* ». En réalité, Avotins n'avait pas introduit de recours à Chypre contre le jugement de condamnation. Il n'avait en conséquence pas été admis à faire valoir, devant les juridictions lettones, la violation de son droit au procès équitable devant le tribunal d'origine du jugement.

La Cour européenne des droits de l'homme avait alors fait application de la présomption Bosphorus qui vise à limiter les moyens qu'on peut faire valoir contre l'exécution du droit de l'Union européenne dans un Etat contractant à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg avait estimé dans son arrêt de chambre que l'Union européenne a des procédures présentant des garanties équivalentes à celles prévues par la Convention pour veiller au respect du droit au procès équitable si bien que la Cour n'a pas

²⁰ Arrêt *K.J. c. Pologne*, 1^{er} mars 2016, n° 30813/14, § 76. Voyez également *E.S. c. Roumanie et Bulgarie*, 19 juillet 2016, n° 60281/11, § 82.

voulu imposer à la Lettonie des obligations contradictoires à celles du droit européen. Cet arrêt a été porté devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme qui a accepté ce recours tout en sachant que la Cour de justice examinait une problématique similaire dans le cadre de l'avis 2/13. Selon P. Kinsch, il est en effet incontestable que l'avis 2/13 a joué un rôle. La Grande chambre a nuancé la solution adoptée par la chambre en reconnaissant tout d'abord l'existence de la présomption Bosphorus mais en signalant des limites. Elle rappelle également que la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice implique qu'on ne peut pas imposer un double contrôle. Toutefois, la Grande chambre examine également, dans son arrêt, dans quelle mesure l'ordre juridique de l'Union européenne assure de manière équivalente le droit au procès équitable et en dégage une lacune. En effet, elle observe que pour la Cour de justice, la confiance mutuelle signifie que les juridictions lettonnes ne peuvent pas faire un double contrôle de la procédure ayant eu lieu à Chypre. La Cour de justice admet cependant une exception en cas de violation systémique. En d'autres termes, s'il n'y a pas de violation systémique, le double contrôle n'est pas admis, même si la violation touche au droit au procès équitable. La Cour européenne des droits de l'homme estime que la limitation du double contrôle au cas exceptionnel de violation « systémique » va à l'encontre de l'obligation du juge de faire un contrôle adapté à la gravité de l'allégation dans ces cas *individuels*. Il y a donc une contradiction potentielle entre les obligations du droit européen (interdiction de double contrôle) et les obligations imposées par la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour conclut que « *Dans cet esprit, lorsque les juridictions des États qui sont à la fois partie à la Convention et membres de l'Union européenne sont appelées à appliquer un mécanisme de reconnaissance mutuelle établi par le droit de l'Union, c'est en l'absence de toute insuffisance manifeste des droits protégés par la Convention qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet. En revanche, s'il leur est soumis un grief sérieux et étayé dans le cadre duquel il est allégué que l'on se trouve en présence d'une insuffisance manifeste de protection d'un droit garanti par la Convention et que le droit de l'Union européenne ne permet pas de remédier à cette insuffisance, elles ne peuvent renoncer à examiner ce grief au seul motif qu'elles appliquent le droit de l'Union* » (§ 116). La Cour incite en quelque sorte les juridictions des États membres à une forme de désobéissance civique.

2. Affaires relatives à la compétence internationale des tribunaux

Les arrêts traités sous ce point sont les arrêts *Arlewin c. Suède* (1^{er} mars 2016, n° 22302/10) et *Nait-Liman c. Suisse* (21 juin 2016, n° 51357/07). Dans ces affaires, le droit au procès équitable est mis en cause en ce sens que les juridictions saisies n'ont pas permis un accès suffisant à la justice. Dans les deux affaires, elles avaient constaté leur incompétence. Les demandeurs leur reprochaient d'avoir manqué au droit d'accès effectif au juge.

2.1. Arlewin c. Suède

Pour des raisons normatives complexes, la législation suédoise rend impossible le fait d'assigner pour calomnies un présentateur TV suédois par un autre Suédois en Suède dès que le programme a été transmis par voie satellitaire du Royaume-Uni. En l'espèce, une émission était produite en Suède mais transmise par voie satellitaire de la Suède vers le Royaume-Uni, d'où elle est diffusée au public suédois dans le cadre du dispositif mis en place par les directives « Télévision sans frontières », puis « Services de médias audiovisuels ». Lorsque Monsieur Arlewin saisit les juridictions suédoises, celles-ci rejettent sa demande comme étant incompatible avec la protection constitutionnelle des programmes de télévision assurée par la Constitution suédoise. La Cour européenne des droits de l'homme observe que, dans cette matière, le droit suédois ne permet pas d'obtenir la compétence des tribunaux suédois sans raison justifiable. Elle condamne donc la Suède car il appartient, dans les circonstances de l'espèce, à l'Etat de mettre ses tribunaux à disposition de demandeurs comme Arlewin, eu égard aux « liens étroits » qui existent entre la cause et la Suède :

« 65. Under Article 1 of the Convention, Sweden “shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms” set out in the Convention. In this regard, the Court reiterates that both the applicant and X, the person against whom he brought the defamation proceedings, are Swedish nationals. Moreover [...] there were strong connections between Sweden, on the one hand, and the television programme and the UK company responsible for the programme contents and involved in its broadcasts, on the other. These circumstances are sufficient to conclude that there was a prima facie obligation on the Swedish State to secure the applicant’s rights, including the right of access to court. Consequently, the possible access of the applicant to a court in a different country, namely the United Kingdom, does not affect Sweden’s responsibility as such under Article 1, but is rather a factor to consider in determining whether the lack of access to a court in Sweden, in the particular circumstances of the case, was proportionate under Article 6 ».

Etant donné que le programme en cause a été produit en Suède, par des Suédois, pour la télévision suédoise, le droit suédois aurait dû permettre l’introduction d’une demande en dommages et intérêts à l’encontre de X.

Au cours de la discussion est évoquée l’allusion de l’arrêt de la Cour à l’article 1^{er} de la Convention. Selon P. Kinsch, la Cour ne peut pas recourir à l’article 1^{er} pour justifier une condamnation puisque cet article est de nature générale et définit le champ d’application de la Convention. Il doit donc nécessairement être combiné avec une autre disposition de la Convention. L’application la plus spectaculaire de l’article 1^{er} a été faite dans le cadre d’une affaire opposant des ressortissants serbes à tous les Etats membres de la Convention européenne des droits de l’homme, également contractants de l’OTAN, suite aux bombardements en Yougoslavie à l’occasion de la guerre du Kosovo (décision du 12 décembre 2001, *Banković et autres c. Belgique et autres* [GC], n° 52207/99). La Cour européenne a décidé, à l’unanimité, qu’un tel comportement ne relevait pas de la Convention puisque ce comportement adopté par des Etats membres, est extraterritorial. La Cour a maintenu sa position ultérieurement, en particulier pour des faits de torture en Irak reprochés au Royaume-Uni.

2.2. Nait-Liman c. Suisse

Dans l’affaire Nait-Liman, ce ressortissant tunisien prétendait avoir été torturé en Tunisie sous l’ordre de l’ancien ministre de l’Intérieur tunisien. Il souhaitait obtenir justice devant les tribunaux suisses contre la Tunisie et l’ancien ministre et justifiait la compétence de ces juridictions par le for de nécessité ainsi que par la compétence civile universelle. Les juridictions suisses ont considéré que les conditions justifiant de fonder leur compétence sur la base du for de nécessité n’étaient pas remplies et elles n’ont pas reconnu la compétence civile universelle. La Cour européenne des droits de l’homme a suivi cette position :

« 107. Quant au but poursuivi par la restriction du droit d’accès à un tribunal, la Cour estime que le refus de donner suite à l’action civile du requérant visait la bonne administration de la justice et l’effectivité des décisions judiciaires internes. Elle partage l’avis du Gouvernement selon lequel une compétence universelle, au sens civil, risquerait de créer des difficultés pratiques considérables pour les tribunaux, notamment à cause de l’administration des preuves et l’exécution de telles décisions judiciaires. La Cour n’exclut pas non plus que l’acceptation d’une compétence universelle puisse provoquer des immiscions indésirables d’un pays dans les affaires internes d’un autre. La Cour conclut donc que le refus des tribunaux suisses d’examiner le bien-fondé de l’action du requérant poursuivait des buts légitimes [...] ».

L’aspect commun entre ces deux affaires est l’existence — ou non — de liens étroits. Dans le premier cas, ce sont les liens étroits existants entre la Suède et le requérant qui obligent la Suède à fonder sa compétence. Dans la seconde affaire, c’est l’absence de liens étroits

entre le requérant et la Suisse qui justifie que les juridictions de cet Etat refusent de se déclarer compétentes.

La discussion fait apparaître des réserves à l'égard de la position de la Cour dans l'affaire Nait-Liman. En effet, même si le requérant n'avait pas encore acquis la nationalité suisse, il était déjà résident permanent dans cet Etat et avait reçu le statut de réfugié. Par ailleurs, le refus de connaître de l'affaire par les juridictions suisses place le requérant dans une situation de déni de justice puisqu'il ne pouvait raisonnablement pas agir en Tunisie. Ce refus est d'autant plus surprenant que le droit suisse connaît le *forum necessitatis*.

IX. LOI ITALIENNE SUR LES UNIONS CIVILES ET LES COHABITATIONS

S. Bariatti présente les orientations de la nouvelle loi italienne sur les unions civiles et la cohabitation du 20 mai 2016, entrée en vigueur le 5 juin 2016 (Loi n°76/2016). La loi contient un article unique, composé de 69 alinéas. Cette loi a été adoptée suite à la condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme le 21 juillet 2015, en raison de l'absence dans sa législation d'un régime spécifique de reconnaissance et de protection des unions entre personnes de même sexe.

Il existe en Italie trois types de famille :

- Les familles nées d'un mariage hétérosexuel, régies par l'article 29 de la Constitution ;
- Les unions civiles introduites par la nouvelle loi ;
- La cohabitation.

Ces trois types de famille ne sont pas régis de la même manière par la législation italienne.

1. L'union civile

1.1. L'union civile n'est pas une forme d'union équivalente au mariage

L'union civile se définit comme une forme sociale spécifique et concerne les couples de même sexe. Il s'agit d'une forme alternative et différente du mariage. La Cour constitutionnelle italienne a d'ailleurs précisé, en 2014, que l'article 29 de la Constitution n'était dédié qu'au mariage.

Cette volonté de distinguer l'union civile et le mariage, tout en prévoyant des droits similaires, se marque à deux niveaux.

D'une part, l'article 1^{er}, §20, de la loi sur les unions civiles précise que « *dans le seul but d'assurer l'effectivité de la protection des droits et le complet accomplissement des obligations découlant de l'union civile entre personnes du même sexe, les dispositions qui se réfèrent au mariage et les dispositions contenant le mot « époux » ou des mots équivalents, où qu'elles se retrouvent dans les lois, dans les actes ayant force de loi, dans les règlements aussi bien que dans les actes administratifs et les contrats collectifs, s'appliquent aussi à chaque partie d'une union civile entre personnes du même sexe. La disposition de la phrase précédente ne s'applique pas aux règles du Code civil auxquelles la présente loi ne fait pas référence expresse, ni aux dispositions de la loi du 4 mai 1983, n° 184. Ce qui est prévu et permis en matière d'adoption par les dispositions en vigueur est réservé* ». Cette disposition confirme donc que l'union civile n'est pas un mariage mais que les lois, les actes, les règlements, les actes administratifs qui reprennent le terme « mariage » s'appliquent également aux unions civiles, sauf exceptions.

D'autre part, la loi ne prévoit pas que les couples unis civilement puissent accéder à l'adoption mais elle autorise que ce qui est prévu dans ce domaine par la jurisprudence pour les couples mariés, vaut également pour les unions civiles.

1.2. Aspects de droit matériel

Le contenu du régime patrimonial applicable aux unions civiles est régi par le Code civil, dans son chapitre sur le mariage.

En cas de séparation, le législateur ne prévoit pas, à la différence du mariage, l'écoulement d'une période de séparation avant de prononcer le divorce. Dans le cadre de l'union civile, une déclaration de volonté adressée à l'officier de l'état civil suffit à sceller le divorce (art. 1^{er}, §24, de la loi). Quant aux motifs du divorce, ils sont plus ou moins identiques dans les deux types d'unions.

En cas de rectification de sexe dans un mariage, les époux peuvent déclarer la volonté de continuer le mariage, qui se transforme alors en union civile.

En ce qui concerne l'adoption, deux situations sont à distinguer :

- Adoption de l'enfant d'une des parties à l'union civile (*stepchild adoption*) : la loi est ambiguë (art. 1.20 : l'assimilation des parties à l'union civile aux époux ne s'applique pas en matière d'adoption, mais « ce qui est prévu et permis en matière d'adoption par les dispositions en vigueur est réservé »).
- Art. 44.1.d de la loi n° 184/1983 : adoption dans des cas particuliers (l'art. 44.1.b qui prévoit l'adoption de l'enfant de l'époux n'est pas applicable).
- Suite à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 février 2013 (*X c. Autriche*), la jurisprudence admet l'adoption pour garantir le droit des enfants à une relation familiale reconnue juridiquement avec les deux mères ou les deux pères.
- Le fait que l'enfant est né d'une gestation pour autrui n'est pas relevant.

1.3. Aspects de droit international privé

L'article 1^{er}, §28, de la loi donne au gouvernement une délégation pour modifier et réorganiser les règles en matière de droit international privé en prévoyant l'application des dispositions de la loi italienne relatives à l'union civile entre personnes de même sexe aux couples de personnes de même sexe ayant contracté à l'étranger un mariage, une union civile ou toute autre institution analogue.

Plusieurs aspects de droit international privé ne sont pas encore réglés :

- Etant donné que la loi refuse d'assimiler l'union civile au mariage, la loi contenant une règle de conflit de lois applicable au mariage ne peut pas s'appliquer (loi n°218/95). Il n'est en principe pas non plus possible d'appliquer le règlement Bruxelles II*bis* ou le règlement Rome III. Plusieurs solutions peuvent être envisagées :
 - o Etablir, dans la loi n°218/95, que les règles relatives au mariage qu'elle contient s'appliquent également aux unions civiles ;
 - o Prévoir l'adoption d'une règle *ad hoc* dans la loi ayant le même contenu que les règles relatives au mariage. Cette solution présente deux inconvénients. D'une part, elle contourne la nouvelle loi. D'autre part, certaines dispositions nationales ont été abrogées par le règlement Bruxelles II*bis* et le règlement Rome III et elles ne peuvent donc pas être reprises pour s'appliquer aux unions civiles ;
 - o Une autre solution est d'introduire dans la loi n°218/95 des règles identiques à celles des règlements européens. C'est probablement la solution que va choisir le législateur.

- En ce qui concerne la capacité pour constituer une union civile, on se basera probablement sur la loi italienne (analogie avec l'article 31, §2, de la loi n°218/95 : « *Si la séparation et la dissolution du mariage ne sont pas prévues par la loi étrangère applicable, elles sont régies par la loi italienne* »).
- En ce qui concerne les règles de forme de l'union civile, ce sera probablement la loi du lieu de constitution de l'union civile et la loi nationale des personnes au moment de la célébration qui seront prises en considération.
- En ce qui concerne les effets patrimoniaux, la question demeure de savoir comment les régir tant que le règlement 2016/1104 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés n'est pas entré en application.
- En ce qui concerne la reconnaissance des mariages de personnes de même sexe prononcés à l'étranger, ils sont qualifiés d'union civile — et non de mariage — au moment de la reconnaissance. Cette requalification peut impliquer que le couple perde certains droits... mais ils sont aussi dégagés de certains devoirs induits par le mariage.

S'agissant de l'adoption, la jurisprudence reconnaît l'acte établi par un couple de personnes de même sexe à l'étranger. Par contre, l'établissement d'une adoption par des personnes de même sexe n'est pas autorisé en Italie.

2. La cohabitation

La cohabitation concerne tant les couples de personnes de même sexe que de sexe différent. Il s'agit d'une forme sociale dans laquelle se développe l'autonomisation de l'individu. Les couples qui désirent officialiser leur cohabitation font une déclaration devant l'Officier de l'état civil pour déclarer qu'ils habitent ensemble.

La loi n°76/2016 a codifié ce qui est issu de la jurisprudence pour donner aux concubins des droits en cas de maladie ou de mort de l'autre personne. Les couples ont le choix de signer un simple contrat de cohabitation devant l'Officier de l'état civil ou un contrat réglant les aspects patrimoniaux de la vie commune (contrat de cohabitation).

Il est également précisé que la déclaration de cohabitation n'est pas réservée aux personnes qui sont en couple. La seule condition est que ces personnes vivent sous le même toit.

Du point de vue du droit international privé, le législateur a directement introduit une règle prévoyant que le contrat de cohabitation est soumis à la loi nationale commune. Si les personnes sont de nationalités différentes, la loi applicable est celle du lieu où la cohabitation est principalement localisée. Ce contrat suit les règles du droit de la famille et non les règles relatives aux contrats car il n'y a pas de choix de loi possible. C'est une situation familiale qui repose sur la volonté des parties mais on n'accorde pas aux parties d'autonomie au sens des contrats civils et commerciaux.

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

J. Basedow présente les termes d'un projet de résolution portant sur l'interprétation des règlements et conventions de droit privé uniforme dans le contexte de l'Union européenne, comme suit :

L'Union européenne et les règlements et conventions internationales de droit privé uniforme

Article 1^{er}

Les conventions internationales de droit privé uniforme auxquelles l'Union Européenne est partie contractante font partie intégrale du droit de l'Union; la Cour de justice est donc compétente pour statuer sur leur interprétation.

Article 2

Pour l'interprétation des conventions internationales de droit uniforme, il sera tenu compte de leur caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de leur application dans les relations internationales avec les autres parties contractantes, aussi en dehors de l'Union.

Article 3

(1) Les questions concernant les matières régies par un règlement et qui ne sont pas expressément tranchées par celui-ci seront réglées selon les principes généraux dont ce texte s'inspire.

(2) À défaut de tels principes ces questions sont régies par la loi applicable en vertu des règles de droit international privé de l'Union ou, à défaut, de l'État Membre du for.

Article 4

Les règles énoncées à l'Article 3 s'appliquent aussi aux conventions internationales de droit privé uniforme auxquelles l'Union européenne est partie contractante.

Le point de départ de cette résolution devrait être le droit des conventions internationales dès lors que l'Union européenne est partie à de nombreuses conventions. Les conventions et règlements ont en commun qu'ils sont applicables comme tels, sans l'intermédiaire d'une loi nationale d'exécution, et déterminent leur champ d'application. En cas de lacune dans ces textes, le recours au droit national est toujours possible.

Les conventions auxquelles l'Union européenne est partie sont notamment la Convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, la Convention de Capetown du 16 novembre 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles, la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for et la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille. L'Union européenne joue donc un rôle de plus en plus important dans la communauté internationale.

L'article 1^{er} correspond à la jurisprudence de la Cour de justice.

Plusieurs membres approuvent l'idée que la Cour de justice se doit d'uniformiser l'interprétation du droit en tenant compte des relations extérieures. Il est également suggéré d'ajouter au texte des éléments tirés d'actes existants, tel le protocole n° 2 de la Convention de Lugano qui est un bon exemple de méthode visant à faciliter une interprétation uniforme.

L'article 2 porte sur l'interprétation des conventions. Pour interpréter les conventions internationales, la méthodologie à adopter devrait être la suivante : dès lors qu'elles ne font pas partie du droit national, leur interprétation doit être indépendante du droit national. Cette règle est similaire à ce que préconise la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Lorsque la Cour de justice interprète une convention internationale, elle doit le faire non seulement en considérant les effets que son jugement aura au sein de l'Union européenne mais également aux effets sur les Etats contractants qui sont des Etats tiers. Les décisions de la Cour de justice sont lues notamment en Amérique Latine, en Australie, en Afrique. Il y a donc un enrichissement intellectuel qui peut être donné par la Cour au reste du monde. Or, pour le moment, la Cour ne tient pas compte des effets que ses jugements peuvent avoir sur les Etats tiers. Elle a par exemple rendu un arrêt sur la Convention de Montréal dans lequel elle ne fait aucune référence aux Etats tiers. Pour J. Basedow, cette situation doit évoluer. La Cour de justice doit prendre en compte le fait que la Convention de la Haye 2005 sur les accords d'élection de for a été ratifiée par le Mexique notamment et que

la Convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement international des aliments a été ratifiée par les Etats-Unis.

Il est suggéré d'ajouter au texte une précision indiquant qu'il s'adresse aux juges européens autant que nationaux.

L'article 3 concerne les lacunes. A l'instar de ce que prévoit la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980 (CVIM), les questions non tranchées par un règlement doivent être résolues conformément aux principes généraux dont le texte s'inspire. Si ces principes généraux ne permettent pas de combler les lacunes d'un texte, un recours à la loi applicable désignée par le droit international privé du for est autorisé.

De nombreux règlements contiennent des règles de droit international privé. Quelques-uns prévoient quelle règle s'applique lorsque le texte contient des lacunes. C'est le cas par exemple du règlement n° 207/2009 sur la marque communautaire ou du règlement n° 462/2013 sur les agences de notation de crédit. Par contre, le nouveau règlement n° 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ne prévoit pas quel droit national s'applique en cas de lacunes du règlement.

Le règlement n° 261/2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol ne prévoit non plus aucune règle de droit international privé en cas de lacune du règlement. La Cour de justice a dû résoudre cette difficulté dans un arrêt du 22 novembre 2012²¹. En l'espèce, un citoyen espagnol avait réservé un vol de Shanghai à Barcelone. Le vol a été annulé et il a été mis sur un autre avion. Cette annulation a eu pour conséquence qu'il est arrivé en retard à Barcelone. Après trois ans, il a introduit une action contre la compagnie KLM qui lui a opposé une prescription. La juridiction espagnole a posé à la Cour la question de savoir si on peut appliquer au cas d'espèce la prescription de deux ans prévue par l'article 35 de la Convention de Montréal. Pour la Cour, cette disposition ne peut s'appliquer au cas d'espèce, considérant qu'« *il est de jurisprudence constante que, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, pour autant que ces modalités respectent les principes d'équivalence et d'effectivité* » (para. 25 de l'arrêt). La question demeure de savoir à quel droit national il convient de se référer pour déterminer le délai de prescription. Au sein des droits nationaux des Etats membres, la prescription peut aller de deux ans à trente ans, étant de dix ans en droit espagnol. La Cour n'a pas réglé cette question. Si on applique l'article 3 de l'avant-projet, il faudrait, pour déterminer le délai de prescription, regarder en premier lieu si on ne peut dégager un principe général. N'y a-t-il pas moyen de dégager de l'ensemble des conventions internationales et du droit européen, une durée de prescription ? Selon J. Basedow, il ressort de l'ensemble des textes internationaux et européens relatifs aux transports l'idée que le délai de prescription doit être court (environ 2-3 ans). Si l'idée de recourir aux principes généraux est rejetée, il y a lieu d'appliquer la loi désignée par le droit international privé du for pour combler les lacunes. Il est regrettable que la Cour n'ait pas mentionné les règles portant sur le choix de la loi applicable, ces règles étant précisément codifiées dans le droit de l'Union.

Plusieurs membres appuient la référence aux principes généraux dans l'article 3. D'autres y sont plus réticents car ils considèrent que si le texte contient des lacunes, c'est souvent parce que les auteurs du texte ne sont pas parvenus à un accord sur le sujet. Un renvoi vers le droit national s'imposerait par conséquent. Encore convient-il de distinguer, selon certains, selon que la lacune touche une question entrant dans le domaine matériel de l'instrument ou

²¹ C.J., 22 novembre 2012, *Joan Cuadrench Moré c. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV*, C-139/11, ECLI:EU:C:2012:741.

s'il en est exclu, dans le cas d'une harmonisation partielle : dans le premier cas, l'interprétation ne pourrait qu'être autonome en l'absence de renvoi exprès au droit national alors que dans le second, il convient d'appliquer le droit national avec ses règles de conflit de lois.

Par contre de nombreuses réticences sont émises à l'idée que la Cour de justice fixe, en l'absence de tout texte de nature à la guider, un délai de prescription par voie d'interprétation. Il serait sans doute plus opportun qu'elle oriente l'action des juges nationaux en leur indiquant qu'ils doivent respecter un délai raisonnable pour déterminer une prescription. A cet égard, la Cour aurait pu donner utilement des indications en vue de cas futurs.

Enfin, la qualification procédurale de la prescription dans l'arrêt n'est pas sans susciter des interrogations. Elle est peu conciliable avec les termes du règlement Rome I. Au demeurant, même s'il est de règle que les questions de procédure relèvent du droit national, il reste difficile de définir avec précision ce que recouvre le terme.