

Vingt-quatrième réunion
Florence, 19 - 21 septembre 2014

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

1. Codification du droit international privé de l'Union : la loi applicable aux sociétés
2. Actualités du droit de l'Union
3. Les relations entre le règlement (UE) n° 606/2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile, la directive 2011/99/UE relative à la décision de protection européenne et le règlement Bruxelles IIbis
4. Actualités du droit de l'Union : activités de la Commission
5. Actualités de la Conférence de La Haye (H. van Loon)
6. Réflexions en vue (A) d'une meilleure articulation du régime de la loi applicable en matière de responsabilité parentale et (B) une meilleure opération des dispositions complétant la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (H. van Loon)
7. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : une année exceptionnelle d'activité en droit international privé
8. Codifying choice of law around the world
Annexe 1 Draft of Regulation Rome X on the law applicable to companies and other bodies
Annexe 2 Codifying Choice of Law around the World (S. Symeonides)

Lors de sa réunion de Florence, le Groupe européen de droit international privé a entamé ses travaux sur l'établissement de règles communes de conflit de lois en droit des sociétés, dans le prolongement de l'exposé introductif qu'il avait entendu lors de la réunion de Lausanne. Par ailleurs, il a échangé des informations sur l'actualité du droit de l'Union, de la Conférence de La Haye et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il a également entendu les résultats d'une recherche portant sur le mouvement mondial de codification des règles de conflit de lois dans le domaine de la responsabilité civile.

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

I. Codification du droit international privé de l'Union : la loi applicable aux sociétés

A. Présentation

1. La nécessité d'adopter un règlement relatif au droit applicable aux sociétés compte tenu de l'état du droit

F. Garcimartin présente les conclusions du sous-groupe sur la loi applicable aux sociétés. Pour le sous-groupe, bien que le droit dérivé et la jurisprudence de la Cour de justice contribuent à l'harmonisation du droit des sociétés au sein de l'Union européenne, des lacunes subsistent et l'adoption d'un règlement s'avère nécessaire.

Le droit dérivé comporte actuellement deux types de règles. Outre des dispositions constitutives de « sociétés européennes », adoptées par voie de règlement⁽¹⁾, plusieurs directives visent à rapprocher le droit national des sociétés. Bien que ces directives aient permis une harmonisation élevée, des disparités entre les droits nationaux subsistent. Ainsi, la détermination du droit applicable à une société continue de relever du droit national des Etats membres. Certains droits appliquent la théorie de l'incorporation, d'autres se réfèrent à la théorie du siège réel et d'autres encore font une application combinée des deux théories.

La jurisprudence de la Cour de justice en matière de droit des sociétés a contribué à une harmonisation négative des droits nationaux. En effet, elle a sanctionné les choix relatifs au droit applicable aux sociétés de certains Etats dès lors que ces choix portaient atteinte à la liberté d'établissement garantie par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

On ne peut toutefois compter uniquement sur la jurisprudence pour aboutir à une harmonisation des droits nationaux. En effet, celle-ci statue au cas par cas, ce qui nuit aux principes de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions.

2. Résumé de la jurisprudence de la Cour de justice

Les enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour peuvent être classés en deux groupes. Ils portent d'une part sur la détermination de la loi applicable aux sociétés et le domaine de la loi applicable et, d'autre part, sur le changement du droit applicable à la suite d'un transfert de société.

Quant à la détermination du droit applicable, trois enseignements majeurs peuvent être évoqués. Tout d'abord, les sociétés n'existent que si elles ont été constituées conformément au droit d'un Etat(2). Ensuite, il appartient aux Etats de fixer les conditions en vertu desquelles une société peut être considérée comme s'incorporant sur leur territoire(3). En d'autres termes, chaque Etat fixe son propre critère de rattachement. Enfin, lorsqu'une entreprise est valablement constituée dans un Etat membre, le principe de la reconnaissance mutuelle s'applique(4). Il apparaît que cette jurisprudence se montre plus favorable à l'égard des Etats membres ayant opté pour la théorie de l'incorporation.

Quant au domaine du droit applicable, le principe de reconnaissance mutuelle englobe non seulement la reconnaissance de la personnalité juridique de la société valablement constituée à l'étranger mais également le statut légal de celle-ci(5). De plus, certaines exceptions au principe de reconnaissance mutuelle sont admises pour autant qu'elles respectent le test de proportionnalité(6). Il est néanmoins peu fréquent que la Cour de justice admette des exceptions, considérant souvent que celles-ci ne respectent pas le test de proportionnalité(7).

Quant au changement du droit applicable, si une société valablement incorporée dans l'Etat membre A décide de se ré-incorporer dans l'Etat membre B, cette décision aura un impact sur le droit applicable. Au fil de sa jurisprudence, la Cour de justice a établi trois principes :

- Il appartient à l'Etat membre d'origine de déterminer les conditions en vertu desquelles une société peut s'incorporer sur son territoire mais également de déterminer les conditions selon lesquelles elle peut maintenir son statut dans cet Etat. Il pourrait ainsi imposer à la société de maintenir son siège réel sur son territoire en vue de garder son statut(8).
- Lorsqu'une société décide de transférer son siège social en vue d'être soumise au droit d'un autre Etat, elle doit satisfaire aux exigences de cet autre Etat(9).
- Dans toutes ces hypothèses, l'Etat membre d'accueil détermine les conditions de réincorporation, pourvu qu'il respecte les principes d'équivalence et d'effectivité(10).

3. Orientations du projet du sous-groupe

Le projet porte sur trois aspects, à savoir :

1. La détermination du droit applicable aux sociétés (*lex societatis*) ;
2. Le domaine du droit applicable ;
3. L'hypothèse du transfert de la société et donc, du changement de *lex societatis*.

Le sous-groupe a choisi de laisser en dehors du champ d'application du règlement les situations portant sur les fusions transfrontières.

Le projet repose sur trois principes. D'abord, il opte pour l'application de la théorie de l'incorporation. Ensuite, il prévoit que la loi d'incorporation régit les aspects internes et externes de la société. Enfin, une société doit pouvoir changer de droit applicable en transférant son « *registered board* » dans un autre Etat, tout en maintenant sa personnalité juridique et ce, sans tenir compte du lieu où est localisé son siège réel.

En termes de structure, les trois premiers articles ont égard au champ d'application du règlement. Les articles 4 à 6 définissent la portée du droit applicable à la société. Les articles 7 à 9 abordent l'hypothèse du changement de droit applicable à la société et les articles 10 à 14 portent sur des questions particulières telles que l'exception d'ordre public et l'application des lois de police.

B. Discussion

1. Discussion générale

Les membres du Groupe reconnaissent que l'adoption d'un instrument en matière de droit international privé des sociétés est bénéfique dès lors que la situation actuelle, en amenant les juges nationaux à appliquer leurs règles de conflit de lois tout en respectant la jurisprudence de la Cour de justice qui leur est parfois contraire, est source d'insécurité juridique.

Le choix de prendre la théorie de l'incorporation comme point de départ est admise par l'ensemble des membres. Le débat montre cependant qu'une application pure et simple de la théorie n'est pas admissible et que des réserves et des restrictions devraient être instaurées, au-delà de ce que prévoient les articles 5 et 6 au sujet de la capacité et de la responsabilité.

Une première interrogation porte sur l'absence possible de tout lien d'effectivité entre le lieu d'incorporation et les activités de la société et sur la possibilité d'ajouter une règle matérielle définissant le lien entre l'incorporation et la forme d'activité exercée, afin de se prémunir contre le risque d'abus de droit. Les acteurs politiques accepteraient-ils une référence radicale au critère d'incorporation sans prendre en considération son impact socio-économique ? Dans le climat actuel d'optimisation fiscale, on peut se demander comment l'ensemble des Etats membres pourraient

accepter la délocalisation d'une société qui irait s'incorporer dans un paradis fiscal tout en maintenant son activité principale dans l'Union européenne. Bien que les questions de droit fiscal et social ne peuvent être réglées par cet instrument, il est important de rester cohérent par rapport aux politiques fiscales et sociales.

Ensuite, il convient de déterminer avec clarté quels sont les acteurs dont les intérêts méritent protection. Alors que plusieurs membres proposent d'inclure une disposition protectrice des actionnaires minoritaires, d'autres estiment que les minorités ne doivent pas être protégées au stade de la formation de la société mais plutôt en cas de changement de forme de la société.

D'autres questions sont également soulevées, notamment :

- Faudrait-il
Faudrait-il établir des règles distinctes selon que, dans les hypothèses de transfert, l'Etat d'origine/d'accueil soit un Etat membre ou un Etat tiers ? Certains ne sont pas favorables à une telle distinction car il est fréquent que des sociétés aient des activités commerciales partout dans le monde. Une telle différenciation risque de fermer des portes à de nombreuses sociétés. Il est rappelé que l'article 11 du projet prévoit la possibilité de soulever l'exception d'ordre public.
- Faudrait-il tenir compte des instruments de droit international privé européen portant sur les conflits de juridictions, i.e. le règlement Bruxelles I et son article 22, § 2 qui contient une règle de conflit de juridiction exclusive ?

Sur la méthode de travail, le Groupe est d'accord pour prendre comme point de départ la loi du pays d'incorporation de la société et de travailler ensuite sur les restrictions à prévoir.

En termes de rédaction, il est convenu que le projet contienne des chapitres (champ d'application ; loi applicable et domaine; changement de la loi applicable à la suite d'un transfert ; etc.) afin de rendre sa structure plus cohérente.

2. Discussion par article

2.1. Article 1er - Champ d'application matériel

L'article 1er est libellé comme suit :

Article 1. Scope of the instrument

"The instrument shall apply to companies, associations and other bodies or legal entities, incorporated or unincorporated. It shall not apply to public-law entities".

L'objectif de la disposition est de faire concorder le champ d'application du projet avec les exclusions reprises à l'article 1, § 2, f, du règlement Rome I en vue d'éviter que des sociétés soient exclues des deux instruments.

Diverses propositions de reformulation de l'article sont faites afin de mieux circonscrire le concept de société visé, car la frontière entre un simple contrat de société (soumis au règlement Rome I) et l'existence d'une entité légale (soumise au projet) peut parfois être difficile à tracer.

Une première approche consiste à différencier ces hypothèses en prenant le critère de savoir si l'entité a une personnalité juridique différente de celle de ses membres. Il y a néanmoins un risque que certaines sociétés se trouvent alors exclues des deux règlements, ce que cherche précisément à éviter le projet. Certains membres estiment par ailleurs que ce critère est trop difficile à conceptualiser dans toutes les situations.

Il est également proposé de prendre en compte la notion d'organisation reprise dans le droit suisse.

D'autres suggèrent d'établir une liste des entités devant être considérées comme purement contractuelles et relevant alors du champ d'application du règlement Rome I, et des entités n'étant pas purement contractuelles et relevant du champ d'application du projet. Cette option serait cependant difficile à mettre en œuvre. De plus, ce critère permettrait trop facilement aux entités de contourner les dispositions du règlement Rome I ou du projet en le manipulant. Il est également souligné que toutes les sociétés prennent naissance dans un contrat. Dès lors, à partir de quand faut-il considérer qu'elles n'entrent plus dans le champ d'application du règlement Rome I ?

D'autres enfin proposent de se fonder sur l'article 54, § 2, TFUE, rédigé comme suit « *Par sociétés, on entend les sociétés de droit civil ou commercial, y compris les sociétés coopératives, et les autres personnes morales relevant du droit public ou privé, à l'exception des sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif* ». En reprenant cette définition, on règle la question posée par les sociétés n'ayant pas de personnalité morale puisqu'elle vise les sociétés « et les autres personnes morales ». La difficulté est que l'article contient certaines exclusions, dues au fait qu'il couvre l'hypothèse de libertés économiques de circulation (liberté d'établissement, libre prestation de services). Or, le projet ne se limite pas à cette hypothèse, de sorte que l'on peut envisager de lui donner un champ d'application plus large, s'étendant par exemple aux associations sans but lucratif.

Au terme de la discussion, il est tenu pour acquis de considérer que :

Le champ d'application du projet s'applique à toutes les entités ayant une personnalité morale qui sont exclues du champ d'application du règlement Rome I, dont le domaine devrait par ailleurs rester inchangé.

2.2. Article 2 - Champ d'application spatial

L'article 2 est formulé comme suit :

Article 2. Universal application

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

Du point de vue du droit international privé général, le fait d'avoir un champ d'application spatial universel a du sens dès lors qu'un grand nombre d'instruments de droit international privé européen bénéficient d'une applicabilité universelle.

Pourtant, le projet porte sur une matière comportant un enjeu particulier : la problématique du droit applicable aux sociétés est liée directement aux implications du droit des entraves aux libertés de circulation, dont la portée est limitée aux ressortissants des Etats membres. De plus, il ne faut pas négliger l'impact économique potentiel d'une règle d'applicabilité universelle. Certains Etats tiers adoptent une politique économique très libérale et connaissent des formes de société échappant à l'objet des directives existantes sur les sociétés, et ce même pour un Etat qui, comme le Lichtenstein, fait partie de l'Espace économique européen.

En l'état, le Groupe s'en tient au *maintien du champ d'application spatial universel*.

2.3. Article 3 - Détermination du droit applicable aux sociétés

L'article 3 est formulé comme suit :

Article 3. Applicable law

1. *A company or other entity shall be governed by the law of the country under which it has been incorporated or, where it has not been incorporated, under which its formation took place.*

2. *Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1, a company or other entity shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.*

Cet article vise trois hypothèses :

- Lorsque la société est incorporée dans un Etat, le droit de cet Etat s'applique.
- Lorsqu'on ne peut définir un lieu d'incorporation, le droit applicable est le droit de l'Etat dans lequel la société a été formée.
- Lorsque ni le lieu d'incorporation ni le lieu de formation ne peuvent être localisés, le droit applicable est le droit de l'Etat avec lequel la société présente les liens les plus étroits.

Cet article met en place une forme d'autonomie de la volonté. En effet, il permet aux fondateurs de choisir la loi applicable à leur société, soit en l'incorporant, soit en la formant dans un Etat donné. A défaut d'expression claire de la volonté des parties, on applique le deuxième paragraphe. Le paragraphe 1er devrait couvrir la grande majorité des cas, en désignant pratiquement la loi de l'Etat en vertu de laquelle la société a été créée.

La discussion fait état de multiples questions.

- Sur la localisation du lieu de formation

La localisation du lieu de formation de la société peut prêter à difficulté. Ce lieu semble être soit celui où les formalités ont été accomplies, soit celui où se situe le siège réel de la société. La difficulté pourrait surgir du fait que le lieu de formation puisse être localisé dans différents Etats membres. Comment alors départager ces lieux ? Une piste pourrait consister à retenir un rattachement subsidiaire, en faveur du lieu du siège réel ou en faveur des liens les plus étroits.

- Sur la portée de la référence aux liens étroits

La portée du paragraphe 2 est ambiguë. Convient-il d'établir une clause exception ou plutôt un rattachement subsidiaire, celui-ci ne jouant que lorsque le premier paragraphe n'est pas applicable ?

Par ailleurs, la pertinence de la règle appelle des réserves. Pour certains, il vaudrait mieux lui substituer un rattachement objectif, telle une règle désignant le lieu d'enregistrement de la société. Pour d'autres, il faudrait renvoyer au règlement Rome I lorsque le lieu d'incorporation ou de formation n'est pas identifiable.

L'ajout d'une clause d'exception appellerait certes l'analogie avec les règlements Rome I et Rome II, en vue de protéger certains Etats membres contre un « effet Bolkestein » que crée l'article 3 du projet en accentuant le rôle de l'Etat d'origine.

Cependant, si l'article 3 contient bien une forme d'expression de l'autonomie de la volonté, il n'est pas compatible avec une clause d'exception. Par ailleurs, plusieurs membres considèrent qu'une

clause d'exception n'aurait pas de place dans le contexte des sociétés. Pour d'autres, l'introduction d'une clause d'exception est une contradiction car cela reviendrait à faire valoir la théorie du siège réel. Il serait préférable d'exprimer un choix plus net en faveur soit la théorie du siège réel, soit la théorie de l'incorporation.

Une telle clause ne recueille dès lors pas l'approbation de la majorité des membres.

- Sur la nécessité d'un rattachement d'effectivité

Plusieurs membres s'interrogent sur l'acceptabilité du critère d'incorporation non tempéré par un élément d'effectivité. Cet élément pourrait être envisagé, tantôt par l'ajout d'une règle matérielle exigeant que le siège réel ou une forme d'effectivité minimale coïncide avec le lieu d'incorporation, tantôt par la formulation d'une présomption analogue à celle que contient le règlement sur l'insolvabilité, tantôt par la présence d'une règle subsidiaire utilisant le critère du siège réel dès que le lieu d'incorporation ne correspondrait à aucune effectivité.

Par ailleurs, le rattachement des sociétés ne pourrait se raisonner sans aucune considération pour des impératifs de protection des tiers, en particulier des actionnaires minoritaires.

- Sur la rédaction

Certaines sociétés ne sont pas « *corporated* » mais découlent de plein droit de la loi. Dès lors, certains proposent d'insérer un terme plus large, tel que :

« *governed by the law where it was established* »

Par ailleurs, si l'article 3 est bien une forme d'expression de l'autonomie de la volonté, cette réalité pourrait ressortir plus clairement du texte, en précisant par exemple que :

« *Les fondateurs ont la faculté de choisir la loi applicable à la société.* »

Au terme de la discussion, il est tenu pour acquis que :

- *le paragraphe 1er peut rester inchangé ;*
- *le paragraphe 2 doit être reformulé ;*
- *une clause d'exception ne devrait pas être retenue ;*
- *il faudra tenir compte des discussions relatives aux règles de protection.*

2.4. Articles 4, 5 et 6 - Domaine de la loi applicable, à la capacité et à la responsabilité

Ces dispositions sont rédigées comme suit :

Article 4. Scope of the applicable law

The law applicable under this Regulation shall govern in particular:

- (a) the foundation of the company, its re-organization and winding-up;*
- (b) the name of the company;*
- (c) its legal nature, general capacity and capacity to act;*
- (d) its internal functioning, organization and financial system;*
- (e) accounts, auditing and disclosure;*
- (f) the conditions of membership, the rights and obligations associated with it and the acquisition and disposition of these rights, including the rights of shareholders as such against the company and against each other; and*
- (g) the liability of the company, its officers and its members for obligations of the company.*

Article 5. Capacity [ultra vires doctrine]

The capacity of a company or other entity to enter into relationships with third parties and the powers of their representative bodies or persons shall be governed by the law determined in accordance with Article 3. Nevertheless, any restrictions or limitations established by such law cannot be invoked against third parties when the relationship was concluded in a different country, 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 6. Liability

1. *The liability of members and directors of the company or other entity as such shall be governed by the law determined in accordance with Article 3.*

2. *Companies and other entities [of a third country] operating in the EU must disclose their country of incorporation to third parties. Otherwise, the liability of the persons acting on behalf of those companies and entities, its members and directors shall be governed by the law of the Member State where that person is acting, unless the other party was aware or ought to have been aware of that information.*

3. *The direct liability in tort of members and directors of a company to third parties, in particular liability resulting from their allowing the company to continue carrying on business when undercapitalized, shall be determined by Regulation 864/2007 (Rome II). This instrument shall also determine the law applicable to the liability of members or directors of a company for non-contractual damage caused by the company.*

L'objectif de l'article 4 est de préciser quelles sont les relations internes qui seront régies par la loi applicable à la société. Les aspects externes, telles la capacité et la responsabilité des membres, font l'objet d'articles spécifiques.

- o Sur le domaine de la loi applicable

Le débat fait apparaître des questions relatives à l'articulation de l'article 4, g), avec l'article 6. La disposition vise la responsabilité de la société. Il est possible qu'en vertu de certains droits nationaux les membres de la société puissent être déclarés responsables pour la société. Ainsi par exemple, si une société est condamnée à payer des dommages à un tiers et qu'elle ne s'exécute pas, les membres peuvent être obligés de payer pour elle. Cette hypothèse de responsabilité solidaire est celle visée par l'article 4. Il faut cependant tenir compte, en cas d'insolvabilité, du domaine du règlement sur l'insolvabilité, celui-ci couvrant la responsabilité de directeurs découlant directement de la procédure d'insolvabilité. Alors que l'article 4 vise la répartition des responsabilités entre la société et ses membres, l'article 6 vise plutôt la responsabilité personnelle des membres pour des actes qu'ils ont eux-mêmes commis (d'où le terme « *as such* »). Il est suggéré que l'article 4, g), fasse une référence à l'article 6. Il est convenu que cette disposition devrait être modifiée pour plus de clarté, selon un moyen restant à déterminer.

Une autre question porte sur l'article 4, d). Veut-on dire que la loi applicable précise les moyens dont dispose la société pour se financer ou si elle peut utiliser le procédé d'émission d'obligations ? Dans ce cas, la disposition couvre-t-elle une telle émission alors qu'il y aura une implication de la réglementation de l'appel public à l'épargne ? En toute hypothèse, l'applicabilité de ces lois de police économique devrait être préservée. Par ailleurs, le texte pourrait se référer au « *financial system* », signifiant qu'il couvre la faculté pour la société d'émettre des obligations.

D'autres questions relative à l'étendue du domaine de la loi applicable portent sur la détention de droits réels, qui devraient en être exclus, ou sur l'attribution de droits politiques et économiques liés aux actions, sur l'attribution de droits sur les actions, qui devraient y être insérés.

- o Sur la loi applicable à la capacité

L'article 5 crée une exception à l'article 4. Il reflète la théorie du siège réel et s'inspire de l'article 13 du règlement Rome I(11). L'article 5 *in fine* utilise le terme « *negligence* ». Il faut être attentif au fait qu'il s'agit d'un faux ami en français et donc préciser ce qu'on entend par là.

Alors que l'article 4, c), mentionne la capacité générale et la capacité d'agir, l'article 5 vise la capacité de contracter et la représentation. Or, les capacités d'agir et de contracter varient d'un Etat à l'autre. Certains membres considèrent qu'il faudrait les traiter ensemble. D'autres indiquent qu'il serait utile de préciser, à l'article 4, c), que la capacité est régie par la loi désignée par l'article 3, sauf dans les hypothèses visées par l'article 5.

- o Sur la loi applicable à la responsabilité civile

L'article 6, alinéa 2, est une exception à l'article 4. En principe, la responsabilité de l'entreprise, de ses membres et de ses directeurs est régie par la loi de la société. Dans l'hypothèse visée par l'alinéa 2, la loi du pays d'incorporation, applicable en principe, est écartée au profit de la loi désignée par l'alinéa 2. L'idée est de pouvoir appliquer le droit local pour protéger les créanciers locaux. C'est un reflet de la théorie du siège réel.

Certains membres considèrent que ce deuxième alinéa prête à confusion et qu'il faudrait expliciter qu'il constitue une exception à l'article 4. D'autres se demandent si, en vue d'atteindre une protection optimale des créanciers locaux, il ne vaudrait pas mieux appliquer la loi qui répondra le mieux à leur intérêt car rien ne garantit que la loi locale le fasse.

Il est également suggéré que figure dans le texte la responsabilité sociétale de l'entreprise. Cette responsabilité n'est pas uniquement délictuelle. La loi applicable à ce type de responsabilité ne peut être la loi d'incorporation car trop d'entreprises se cachent derrière la loi d'incorporation pour écarter leur responsabilité.

- o Sur l'acquis concernant les articles 4 à 6

Il est tenu pour acquis que :

- o Le terme « *financial system* » de l'article 4, d), vise « *the capital structure* », c'est-à-dire la faculté de créer des obligations en fonction du capital ;
- o le concept de « *liability* » devrait être précisé ;
- o l'incidence des lois de police devrait être explorée ;
- o capacité et représentation devraient être distinguées.

2.5. Articles 7 à 9. — Changement de la loi applicable à la suite d'un transfert, à la portée de la loi applicable et aux règles spéciales

Les articles 7 à 9 sont formulés comme suit :

Article 7. Transfer of registered office

1. *Within the European Union, a company may change its applicable law without losing its legal personality. A transfer of the registered office from one Member State to another Member State shall constitute a change of that law. This change shall take place irrespective of the location or change of location of the central administration and/or the principle place of business of the company.*

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

Article 8. Scope of the applicable laws

1. *The decision to change the applicable law shall be taken in accordance with the law of the country of origin. This law will apply, in particular, to measures for the protection of minority shareholders, creditors or employees to the company.*

2. *The law of the country of destination shall determine the conditions of incorporation of the company, [in particular: its capital, registration, name, structure, ...].*

Article 9. Special rules [Resolution of the EU Parliament of 2 February 2012] [This provision only applies to intra-EU changes of *lex societatis*]

1. *The law of the Member State of destination shall determine the date on which the change of applicable law becomes effective. If the company is registered, that date shall be the date of registration in the Member State of destination.*

2. *[Transparency and information rules] In the case of limited liability companies within the meaning of Directive 2005/56/EC [cross-border mergers], the management or board of a company planning to transfer shall be required to draw up a report and a transfer plan [the content of the plan to be added] and a report explaining and justifying the proposal and its consequences. The representatives of the employees or, if there are no representatives, the employees themselves, shall be informed and consulted on the transfer, within an appropriate period prior to the general meeting of shareholders.*

3. *[On the decision by the shareholders] The transfer must be approved by the general meeting of shareholders by the majority required to amend the memorandum and articles of association under the law of the Member State of origin. Member States may adopt provisions designed to ensure appropriate protection for minority shareholders who oppose a transfer, for example, the right to retire from the company, in accordance with the legislation applicable in its home Member State. If the company is managed on the basis of employee participation, the shareholders' meeting may make completion of the transfer conditional on its expressly approving the arrangements for employee participation.*

4. *[Legality of the transfer] The home Member State (or Member State of origin) shall verify the legality of the transfer procedure in accordance with its legislation. The competent authority designated by the home Member State shall issue a certificate conclusively declaring that all the acts and formalities required have been completed before the transfer. The certificate, a copy of the memorandum and articles of association envisaged for the company in the host Member State and a copy of the transfer proposal shall be presented within an appropriate period of time to the body responsible for registration in the host Member State (or Member State of destination). Those documents should be sufficient to enable the company to be registered in the host Member State. The competent authority for registration in the host Member State should verify that the substantive and formal conditions for the transfer, including the requirements laid down in the host Member State for the formation of such company, are met. The competent authority in the host Member State should give immediate notification of the registration to the corresponding authority in the home Member State. Thereupon, the home Member State authority should remove the company from the register. In order to protect third parties, the registration in the host Member State and the removal from the register in the home Member State should be adequately published.*

5. *[Employees' rights] The employees' participation rights shall be preserved through the transfer. In principle, they shall be governed by the legislation of the Member State of destination. However, the legislation of that law shall not be applicable if:*

(a) it does not provide for at least the same level of participation as that applicable in the Member State of origin, or

(b) it does not give employees of establishments of the company situated in other Member States the same entitlement to exercise participation rights as they enjoyed before the transfer.

*In addition, the legislative provisions on employees' rights should be in line with the *acquis*.*

- o Sur la détermination du droit applicable en cas de transfert de siège

Les articles 7 et 8 visent le changement de loi applicable pouvant découler d'un transfert de siège.

Le paragraphe 1er vise le transfert intra-européen. La jurisprudence *Cartesio* semble induire

que le droit matériel des Etats membres doit contenir une règle relative au maintien de la personnalité morale. Dans cette optique, outre l'article 8 qui contient une règle de conflit de lois, une règle matérielle doit consacrer le maintien de la personnalité juridique. Cette règle matérielle devrait néanmoins distinguer les différents types de société.

Il est suggéré d'insérer plutôt une telle règle matérielle dans une directive et non dans le règlement sur la loi applicable. Pour certains, cette directive devrait contenir également une règle matérielle relative à la protection des actionnaires minoritaires. Par ailleurs, se pose la question de savoir si la règle matérielle devrait également concerner les sociétés de pays tiers, du fait de l'applicabilité universelle du projet.

Le paragraphe 2 renvoie à l'hypothèse dans laquelle une société incorporée dans un Etat membre souhaite changer le droit qui lui est applicable en s'incorporant dans un Etat tiers, tout en conservant sa personnalité juridique. Il le permet pour autant que le droit de l'Etat tiers l'autorise. Le paragraphe 3 concerne le cas inverse, d'une entreprise d'un pays tiers souhaitant s'incorporer dans un Etat membre. Le renvoi au droit d'un Etat tiers dans les cas couverts par les paragraphes 2 et 3 est ici nécessaire dès lors qu'on ne peut imposer à ces Etats la jurisprudence de la Cour de justice.

Il est proposé de revoir la formulation des paragraphes 2 et 3. En effet, elle mêle règle matérielle et règles de rattachement et, quant à celles-ci, elle soumet un type de cas à la loi d'origine et l'autre, à la loi de destination, sans que la distinction apparaisse comme cohérente. Certains membres suggèrent d'énoncer que, lorsqu'une société envisage son transfert tout en souhaitant conserver sa personnalité juridique, elle doit s'en référer au droit de l'Etat dans lequel elle veut se relocaliser.

Quant à l'article 8, il détermine le droit applicable au moyen d'une règle de rattachement disjonctive, précisant quelles questions relèvent du domaine de chacune des lois désignées. L'intitulé de l'article devrait être revu, puisque son objet dépasse celui du domaine de la loi applicable.

Par ailleurs, si la règle matérielle sur le maintien de la personnalité morale était maintenue dans le corps du règlement sur le conflit de lois, l'ordre des articles 7 et 8 pourrait être inversé, de sorte que la règle de rattachement précède la règle matérielle.

Il est également envisagé d'ajouter une disposition sur les modalités du transfert, par exemple sous forme de transfert d'actions.

Le cas de transfert de siège pourrait encore nécessiter une règle spéciale de conflit transitoire. Si la date pertinente semble facilement identifiable quand il s'agit de constituer une société (la nouvelle règle est applicable pour autant que la société ait été constituée après son entrée en vigueur), il faudra déterminer la date et l'élément pivot à prendre en compte en cas de transfert.

- o Sur certaines règles matérielles propres aux transferts intra-européens (art. 9)

Certains membres attirent l'attention sur l'article 9, § 5, qui semble se fonder sur la présomption selon laquelle la réglementation en matière de représentation des salariés est issue de la *lex societatis*, ce qui ne serait pas exact.

Il est alors convenu *d'exclure du champ d'application le droit des travailleurs ou de modifier la formulation de la disposition en indiquant que le transfert d'une société n'a pas d'impact sur les travailleurs.*

Il est encore convenu que *l'ensemble des articles relatifs au transfert de siège soient regroupés dans une subdivision spéciale.*

2.6. Liste des acquis issus de la discussion

Au terme du débat, les acquis suivants devraient être pris en considération en vue de la poursuite des travaux, outre l'utilité de structurer le texte en chapitres :

1. *Le champ d'application du projet s'applique à toutes les entités ayant une personnalité morale qui sont exclues du champ d'application du règlement Rome I, dont le domaine devrait par ailleurs rester inchangé.*

2. *En l'état, le Groupe s'en tient au maintien du champ d'application spatial universel.*

3. Sur la détermination du droit applicable :

- o *le paragraphe 1er de l'article 3 peut rester inchangé ;*
- o *le paragraphe 2 de l'article 3 doit être reformulé ;*
- o *une clause d'exception ne devrait pas être retenue ;*
- o *le rôle d'un critère d'effectivité devrait être exploré ;*
- o *il faudra tenir compte des discussions relatives aux règles de protection.*

4. Sur le domaine du droit applicable, la capacité et la responsabilité :

- *Le terme « financial system » de l'article 4, d), vise « the capital structure », c'est-à-dire la faculté de créer des obligations en fonction du capital ;*
- *le concept de « liability » devrait être précisé ;*
- *l'incidence des lois de police devrait être explorée ;*
- *capacité et représentation devraient être distinguées.*

5. Sur le transfert de siège :

- *les articles doivent être regroupés dans une subdivision propre ;*
- *la localisation des règles matérielles de l'article 7 dans un acte séparé, telle une directive, pourrait être envisagée ; à défaut, l'ordre des articles 7 et 8 devrait être inversé ;*
- *il conviendrait d'exclure du champ d'application le droit des travailleurs ou de modifier la formulation de la disposition en indiquant que le transfert du siège n'a pas d'impact sur les travailleurs.*

2. Actualités du droit de l'Union

C. Kohler présente deux problématiques issues de « L'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 – Améliorer la confiance, la mobilité et la croissance au sein de l'Union » (Communication de la Commission COM(2014) 144 du 11.3.2014) et des Conclusions du Conseil européen des 26/27.6.2014 (EUCO 79/14) relatives à l'espace « Liberté, Sécurité et Justice ».

A. L'avenir du domaine de la justice après la fin du programme de Stockholm (décembre 2014)

L'avenir du domaine de la justice après la fin du programme de Stockholm est en préparation depuis 2013. L'année dernière, l'activité de la Commission était un peu en retrait en raison de la fin de la Commission Barroso et de l'arrivée des élections européennes. Ceci n'a toutefois pas empêché le Commissaire européen à la justice, aux droits fondamentaux et à la citoyenneté, Mme Viviane Reding, d'organiser les Assises de la justice dont l'objectif était de dresser le bilan de l'avancement de l'espace de liberté, sécurité et justice (et plus particulièrement du volet justice dans la perspective post-Stockholm). Cette conférence de deux jours a trouvé un écho dans la communication que la Commission a adoptée en mars 2014.

La communication de la Commission porte sur l'agenda de l'UE en matière de justice pour 2020 et dresse l'inventaire des développements possibles. Ce document a par la suite servi au Conseil européen de juin 2014 pour adopter les « orientations stratégiques » de l'Union. Le document de la Commission européenne développe trois axes politiques : l'amélioration de la confiance, de la mobilité et de la croissance.

La communication comprend quatre points qui intéressent directement le droit international privé.

Premièrement, le document se prononce en faveur d'une codification des instruments existants en matière de conflit de lois et de juridictions. Il est probable qu'en parlant de codification, la Commission entende plutôt une consolidation, à savoir le fait de rassembler dans un acte ce qui existe déjà pour faciliter l'accès des textes et non l'adoption de nouveaux instruments de droit international privé codifiant des matières jusqu'ici laissées aux droits des Etats membres. Ceci est corroboré par le fait que le document ne parle pas des lacunes qui existent toujours dans la législation de droit international privé, comme en droit des sociétés ou en droit des personnes. Le document n'aborde pas non plus la possibilité d'adopter une partie générale reprenant des règles et des principes généraux du droit international privé.

Deuxièmement, la communication vise des problématiques plus spécifiques. Elle prévoit ainsi de compléter les instruments existants, notamment en matière de droit civil et de droit commercial. La question des méthodes est évoquée de manière tacite sous le volet « croissance » ou « confiance ». Avant la publication de la communication de la Commission, les Assises de la justice de novembre 2013 donnaient, pour l'avenir, deux pistes méthodologiques : la reconnaissance et l'harmonisation des règles substantielles. Elles passaient cependant sous silence les autres méthodes, telle la méthode conflictuelle. Les interventions qui ont suivi les Assises de la justice montrent que la méthode consistant à harmoniser les règles de conflit conserve une certaine importance. La communication de la Commission a tenu compte de ces réactions dès lors qu'elle fait allusion, lorsqu'elle aborde la question des méthodes, à la reconnaissance mutuelle, à la détermination du droit applicable et à l'adoption de règles procédurales ou facultatives.

Troisièmement, sous le volet mobilité, la Commission aborde la libre circulation des actes d'état civil. L'objectif est de résoudre les difficultés rencontrées par les citoyens pour la circulation des actes, en matière de nom ou pour l'accès aux documents administratifs.

Quatrièmement, la communication évoque le développement de la dimension extérieure. Elle mentionne notamment l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme. Au niveau multilatéral, l'accent est mis sur une coopération plus efficace avec la Conférence de La Haye au sein de laquelle l'Union européenne s'exprime d'une seule voix dans le domaine civil et commercial.

Cette communication a permis au Conseil européen de fin juin 2014 de préparer ses prises de position et de définir ses orientations stratégiques. Selon C. Kohler, le Conseil européen s'est contenté d'entériner la proposition de la Commission car il était surtout focalisé sur la désignation de J.C. Juncker comme futur président de la Commission. En principe, ce Conseil devait être consacré à l'espace de liberté, de sécurité et de justice mais le résultat n'est pas à la hauteur des ambitions. En ce qui concerne le volet relatif à la confiance mutuelle, on retrouve ce que la Commission avait préconisé dans sa communication. Le Conseil indique que ce sont ses orientations stratégiques qui serviront, à moyen terme, à la mise en œuvre effective de la consolidation des instruments existants. Des aspects de droit international privé sont repris dans une partie consacrée à la justice dans laquelle il est prévu d'examiner la question du renforcement des droits de la personne dans les procédures afin d'améliorer l'exécution des décisions en matière familiale.

B. Rapport de la Commission sur le fonctionnement du règlement Bruxelles IIbis

La publication du rapport sur le fonctionnement du règlement Bruxelles IIbis (doc. COM 2014, 225, 15.4.2014) est prévue par l'article 65 du règlement. Le rapport a été préparé sur la base des informations reçues par le Réseau judiciaire européen. Les rapports relatifs au fonctionnement du règlement Bruxelles I ou du règlement sur l'insolvabilité étaient quant à eux issus des enceintes académiques. Le Réseau judiciaire exprime un certain degré de satisfaction : le règlement a apporté des progrès mais sont également mentionnés des points faibles et des possibilités d'amélioration. Les points faibles sont surtout identifiés dans des domaines ou sur des aspects sur lesquels la Commission européenne n'a pas d'impact. Il s'agit notamment du manque de synchronisation entre le règlement Bruxelles IIbis et le règlement Rome III. La Commission regrette ainsi la possibilité de *forum shopping* et que la pluralité des fors incite le demandeur à choisir le for qui appliquera la loi la plus favorable (« *race to the court house* ») mais elle ne peut forcer les Etats membres n'ayant pas souhaité participer à la coopération renforcée mise en place par le règlement Rome III à le faire.

Dans son rapport, la Commission propose des pistes touchant aux règles de compétence et à l'exécution des décisions.

1. Pistes touchant aux règles de compétence

Au niveau des règles de compétence, la Commission propose trois pistes :

- L'autorisation des conventions attributives de juridiction en vue de permettre le parallélisme entre le for compétent et la loi applicable.
- La suppression des règles résiduelles de compétence que sont actuellement les règles nationales du juge saisi. En 2006 (doc. COM 2006, 399), la Commission avait déjà proposé de supprimer ces règles pour les remplacer par des règles communes dont le *forum necessitatis*.
- Une réflexion sur la possibilité pour les juridictions d'un Etat membre de décliner leur compétence en faveur de juridictions d'un Etat tiers lorsque la situation a un lien avec cet Etat et d'établir une règle de litispendance. Le règlement est actuellement muet sur cette question.

2. Pistes touchant à la problématique de l'exécution des décisions

La Commission a consacré des développements importants à l'exécution des décisions. Elle observe que la dualité du régime actuel en matière d'exécution des décisions relatives aux enfants crée des difficultés. Le régime commun exige une décision d'exequatur mais il y a des exceptions pour deux catégories de décisions qui peuvent faire l'objet d'une certification (décision ordonnant le retour de l'enfant et droit de visite).

En conclusion, le rapport n'a pas pour vocation de faire des propositions de modification. Il attire l'attention sur le fait que si, dans les mois à venir, la Commission envisage des modifications concrètes, il faudra procéder, au préalable, à une consultation publique.

3. Les relations entre le règlement (UE) n° 606/2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile, la directive 2011/99/UE relative à la décision de protection européenne et le règlement Bruxelles IIbis

A. Présentation (M. Bogdan)

Il n'est pas rare qu'une personne subisse des menaces ou des violences, comme la violence conjugale ou le harcèlement au travail, de la part d'une autre personne. Ces comportements constituent souvent des infractions pénales dans le droit des Etats membres mais le droit pénal n'est pas toujours efficace pour deux raisons : tout n'est pas pénalisé et surtout, le droit pénal n'a pas toujours de fonction préventive. Or, il est important d'assurer la prévention : certaines législations nationales permettent d'octroyer des protections en vue d'éviter que ces infractions puissent être commises.

L'Union européenne a fait des progrès en la matière du fait que la liberté de circulation a engendré des problèmes de reconnaissance des ordres de protection.

Deux textes ont été adoptés : la directive 2011/99 relative à la décision de protection européenne, qui trouve son fondement dans l'article 82 TFUE, et le règlement n° 606/2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile, qui trouve son fondement dans l'article 81 TFUE⁽¹²⁾. Ces deux textes sont liés et commenceront d'ailleurs à s'appliquer à la même date, à savoir le 11 janvier 2015. La directive s'applique à la protection en matière pénale alors que le règlement vise la protection en matière civile. Il est donc indispensable de pouvoir distinguer ces notions.

1. La distinction entre la protection en matière civile et en matière pénale

Il n'est pas évident de tracer la frontière entre la matière pénale, relevant de la directive, et la matière civile, relevant du règlement. Or, l'enjeu est important. D'une part, parce que les deux instruments indiquent qu'ils s'excluent mutuellement (considérant 10 de la directive et considérant 9 du règlement) et, d'autre part, parce que le régime mis en place dans les deux instruments est différent. Le règlement prévoit notamment une reconnaissance automatique des mesures de protection, en son article 4, § 1, alors que la directive ne le fait pas (article 9, § 1).

Pour distinguer ce qui relève de la protection en matière civile ou pénale, on ne peut prendre en compte les mesures utilisées par les juridictions nationales puisque celles-ci sont similaires dans les deux textes (comparez les articles 5 de la directive et 3, § 1, du règlement).

Par ailleurs, les deux textes indiquent que la nature de la juridiction n'est pas un critère déterminant pour qualifier si l'action relève de la directive ou du règlement (considérant 10 du règlement et considérant 10 de la directive).

Pour distinguer les deux instruments, on pourrait se fonder sur le fait que le comportement est ou non criminalisé dans l'Etat d'origine. C'est notamment ce que laissent sous-entendre l'article 1er de la directive qui fait mention d'une « infraction » et le considérant 11 du même texte qui reprend également ce terme d'« infraction ». A la lecture de ces dispositions, on pourrait en effet déduire que si le comportement est criminalisé, on applique la directive. Dans l'hypothèse contraire, on applique le règlement. Pourtant, le considérant 6 du règlement fait également mention d'une série d'infractions (« violence physique », « violence fondée sur le genre », « agression sexuelle », « traque », « intimidation », etc). Cela signifie donc que les infractions ne sont pas exclues du champ d'application du règlement. La question de savoir si le comportement est criminalisé par le droit national ne suffit pas pour distinguer les matières relevant de la directive et celles relevant du règlement.

Le considérant 10 du règlement indique que la notion de matière civile doit être interprétée de manière autonome. Selon le considérant 14 du règlement : « *sur la base du principe de reconnaissance mutuelle, les mesures de protection ordonnées en matière civile dans l'Etat membre d'origine devraient être reconnues dans l'Etat membre requis en tant que mesures de protection en matière civile conformément au règlement* ». On peut regretter que le législateur ait choisi le terme « devraient » au détriment d'un terme plus fort. Le considérant 20 ajoute qu'un Etat membre requis peut, à certaines conditions, procéder à des ajustements de la mesure prise dans un autre Etat mais que ces ajustements ne peuvent affecter la nature civile de la protection. Ce considérant signifie-t-il que l'Etat membre requis n'est pas autorisé à dire ce qui ne relève pas de la matière civile ?

2. Contenu du règlement

Le règlement ne contient pas de règles de conflit de juridictions directes ou indirectes. Selon M. Bogdan, cela signifie que le règlement Bruxelles *Ibis* s'applique puisqu'on est dans une matière civile qui n'est pas exclue de son champ d'application. Le règlement Bruxelles *Ibis* ne peut toutefois être mobilisé que pour régler les questions relatives à la compétence internationale. Les questions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des mesures sont en effet traitées par le règlement relatif aux mesures de protection en matière civile. L'articulation des textes pourrait être délicate. Alors que le règlement Bruxelles *Ibis* exclut un contrôle de la compétence indirecte sous couvert de l'ordre public (art. 45, § 3), le motif de refus de l'ordre public au sens du règlement sur les mesures de protection (art. 13, § 1, a) ne prévoit pas cette restriction.

Le considérant 14 du règlement prévoit qu'il n'affecte pas le fonctionnement du règlement Bruxelles *Ibis*. On peut éventuellement concevoir qu'à la suite d'un divorce, le juge interdise à

un époux de contacter l'autre. Or, le règlement Bruxelles IIbis ne s'applique qu'au divorce et à la séparation de corps et non aux mesures entre époux. Il faudra sans doute appliquer le règlement relatif aux mesures de protection en matière civile à ces mesures.

B. Discussion

Plusieurs pistes sont avancées pour distinguer les deux instruments, sans pouvoir dégager de consensus.

D'aucuns attirent l'attention sur l'article 5 de la directive qui énonce que « *une décision de protection européenne ne peut être émise que lorsqu'une mesure de protection a été adoptée au préalable dans l'Etat d'émission, laquelle impose à la personne à l'origine du danger encouru une ou plusieurs des interdictions et restrictions suivantes : ...* ». Les mesures qui y sont inscrites se retrouvent également dans le règlement, à l'article 3. Toutefois, le régime prévu par les deux textes est différents. Ainsi, la directive conditionne l'application de cette mesure à l'émission d'une décision préexistante et vise à la faire circuler au sein de l'Union européenne. Cette différence de régime pourrait aider à établir la distinction entre les deux textes.

Il est également proposé que le critère décisif pour distinguer les deux instruments soit la nature civile de la mesure (voyez le considérant 20 du règlement, *in fine*).

La matière civile ou pénale pourrait encore dépendre simplement de la décision de l'Etat d'origine. Si celle-ci relève de la matière pénale, la directive est applicable et si elle relève de la matière civile, on applique le règlement. Encore convient-il de préciser que les notions du règlement et de la directive doivent recevoir une interprétation autonome.

Enfin, à la lecture des considérants de la directive et en les comparant avec ceux du règlement, il est possible que le choix du législateur d'adopter deux textes différents se base sur des raisons d'ordre politique. La directive se réfère expressément au programme de Stockholm et au programme de protection des victimes de la criminalité (considérant 3). Cette initiative est sans doute le fruit d'une obligation du Conseil européen imposée au législateur européen. Une analyse systématique des deux textes ne permet pas vraiment de les distinguer alors que les raisons politiques de la distinction ont du sens.

4. Actualités du droit de l'Union : activités de la Commission

K. Vandekerckhove présente les actions menées au cours de l'année écoulée au sein des institutions.

De manière générale, la Commission s'est attachée à finaliser le programme de Stockholm, ce qui a conduit à l'établissement de nouvelles orientations, lors des Assises de la justice et dans la communication de la Commission d'avril 2014 sur l'Agenda 2020 (doc. COM 2014, 144). L'idée centrale est que le bon fonctionnement de la justice constitue un facteur de croissance et repose sur trois clés : Consolider, Codifier, Compléter. La « consolidation » vise à assurer l'application du droit existant, à développer l'e-justice et la formation des magistrats et à améliorer les réseaux. L'effort de « codification » couvre essentiellement les conflits de lois. Et des actions de « complément » viseront à faciliter la mobilité, à assurer la confiance mutuelle en améliorant les droits procéduraux des parties par l'établissement de standards minimaux et à centrer le traitement de l'insolvabilité sur le sauvetage plutôt que sur la liquidation par une harmonisation du droit matériel. Le rapport a été adopté par le Conseil européen en juin 2014. Celui-ci énonce moins un programme cohérent qu'un plan stratégique de nature politique visant à des réalisations concrètes. Des trois éléments repérés par la Commission, l'accent est mis sur l'action de « complément » plutôt que sur la codification.

L'installation de la nouvelle Commission s'accompagne d'une nouvelle orientation dans l'architecture des portefeuilles des commissaires. La Vice-présidence des Droits fondamentaux constituera un mandat important dans le domaine juridique. De même, la direction générale Justice prend de l'ampleur, car elle inclut SANCO et les Droits sociaux. Par ailleurs, les propositions ne seront pas soumises au collège mais au Vice-président compétent, ce qui nécessitera des motivations politiquement abouties.

Parmi les dossiers spéciaux sont épinglés :

- o la ratification de la convention sur les aliments et l'adoption du règlement sur les saisies bancaires ;
- o la révision en cours du règlement sur l'insolvabilité, qui devrait aboutir en décembre 2014, touchant aux groupes de sociétés, aux mesures de soutien, aux règles de compétence ;
- o la préparation d'un instrument sur les actes publics, encore problématique devant le Conseil en raison de la réserve de certains Etats membres relative au domaine couvert (accord sur l'état civil mais non sur les matières économiques) ;
- o en matière de régimes matrimoniaux, la finalisation de la proposition de règlement malgré des réticences politiques au sujet de la reconnaissance du mariage de

personnes de même sexe, tandis que la proposition sur le partenariat reste problématique, notamment eu égard à la volonté de certains Etats de fonder la compétence juridictionnelle sur la nationalité ;

- o la révision du règlement sur les petits litiges, pour en étendre le domaine aux PME et moderniser la procédure par une extension de l'écrit ;
- o la préparation de la ratification de la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for, avec une déclaration visant à exclure certaines matières et une déclaration de compétence de l'Union⁽¹³⁾;
- o une recommandation en vue de l'harmonisation du droit matériel de l'insolvabilité sous l'angle de la restructuration de l'entreprise ;
- o à propos du règlement Bruxelles IIbis, la recherche d'une réponse au problème soulevé en cas de refus d'exécution empêchant un retour immédiat de l'enfant ;
- o la préparation d'un projet sur la communication des actes parallèle à la convention de Lugano.

Des appels d'offres sont cités concernant :

- o la communication des actes ;
- o le droit des sociétés (règles de conflit et droit matériel) ;
- o le droit applicable au contrat d'assurances ;
- o le droit matériel de l'insolvabilité ;
- o l'identification des urgences relatives à un standard minimal des droits procéduraux ;
- o la connectivité des registres des testaments et la possibilité de création d'un registre analogue à celui du certificat d'héritier.

La discussion, révèle :

- o au sujet du projets CESL, la réticence de certains Etats à propos du caractère optionnel et la proposition du Parlement européen de le limiter aux contrats à distance⁽¹⁴⁾;
- o l'absence de structure uniforme des notifications nationales relatives au règlement Bruxelles I ;
- o la complexité persistante du dossier relatif à la cession de créances, en rapport avec les marchés financiers ;
- o à propos du Tableau de bord de la Justice, en quête d'une justice effective en vue d'assurer la confiance mutuelle : des craintes, d'une part, face à l'optimisme de la Commission et à sa faveur à la diversité des pratiques nationales, et, d'autre part, face à l'absence de publicité des débats dans ce dossier, tandis que la Commission semble chercher surtout à établir une surveillance du fonctionnement de la justice dans des pays en situation de crise économique génératrice d'une crise de la justice et à établir des critères d'évaluation de la justice dans tous les Etats membres, processus devant conduire à un meilleur échange d'informations et de bonnes pratiques, processus à l'égard duquel les Etats et certaines DG manifestent une certaine hostilité.

5. Actualités de la Conférence de La Haye (H. van Loon)

A. Développements concernant l'Organisation et les Conventions de La Haye

Au cours de l'année écoulée, la Conférence de La Haye a accueilli deux nouveaux Membres : le Burkina Faso, en Afrique, et Singapour, en Asie. Elle attend l'acceptation du Statut par la Colombie, le Liban, tous deux admis depuis de nombreuses années, ainsi que par l'Arménie et l'Azerbaïdjan, plus récemment admis. Le vote d'admission de la Tunisie, le seul pays dans lequel le printemps arabe fut un succès, est en cours. La Conférence de La Haye compte actuellement 76 Membres: 75 États membres et l'Union européenne. Le Bureau permanent a déménagé vers de nouveaux locaux, un peu plus éloignés du Palais de la Paix, mais plus modernes et avec l'avantage que tout le personnel se trouve au même étage.

De plus, la Conférence a attiré un nombre important de nouveaux États contractants à une ou plusieurs Conventions au cours des 12 derniers mois. À ce jour, plus de 140 États sont liés aux Conventions de La Haye.

Pour rappel, en ce qui concerne d'abord l'Union européenne :

— La ratification par l'Autriche de la Convention Protection des Adultes – cet instrument progresse lentement au sein de l'Union qui connaît un vieillissement de sa population, *eppur si muove* : il y a maintenant l'Allemagne, l'Autriche, l'Estonie, la Finlande, la France, la République tchèque et l'Écosse (via le RU) qui sont liés par cet instrument, de même que la Suisse.

— La Belgique vient de ratifier la Convention Protection des Enfants de 1996 ; reste encore l'Italie, qui devrait fermer la liste selon la décision du Conseil du 5 juin 2008 visant la ratification de cette Convention par tous les États membres, « si possible, avant le 5 juin 2010 ».

— Suite à la ratification par la Croatie de la Convention de 1993 sur l'adoption, tous les Etats de l'Union sont parties à cet instrument.

— Depuis le premier août 2014, l'Union européenne est partie à la Convention de 2007 sur le recouvrement des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille. Notons aussi que le rapport explicatif Borrás-Degeling a été publié, non seulement dans les deux langues officielles de la Conférence, mais également, grâce à A. Borrás, en Espagnol. Pour la première fois, un Manuel pratique pour les responsables de dossiers concernant la Convention de La Haye de 2007 sur le recouvrement des aliments/*practical handbook for caseworkers*, a été publié.

En dehors de l'Union européenne, il convient de noter que la Convention Enlèvement d'enfants est finalement entrée en vigueur pour le Japon, à la suite de pressions politiques au plus haut niveau de la part, notamment, des États-Unis, du Canada et du Royaume-Uni.

En outre, l'Iraq et la Zambie ont adhéré à la Convention Enlèvement d'enfants. La Commission, dix ans après l'avis sur la Convention de Lugano, a demandé l'avis de la Cour de Justice de l'Union sur la question de savoir si l'acceptation de telles adhésions appartient aux Etats membres de l'Union, ou au contraire, à l'Union elle-même⁽¹⁵⁾. Cet avis est important, non seulement pour l'acceptation des adhésions à la Convention Enlèvement d'enfants ou à d'autres Conventions, telle la Convention Obtention des preuves (le Brésil, par exemple, vient d'adhérer à cet instrument), mais encore pour l'acceptation d'autres actes, tels les réserves, le retrait des réserves, les dénonciations, etc.⁽¹⁶⁾.

En passant de l'Extrême-Orient vers l'Ouest, l'Asie connaît d'autres développements : en décembre 2012 la Conférence a pu ouvrir un bureau régional pour l'Asie pacifique à Hong Kong, avec l'appui notamment du ministère de la Justice de Hong Kong. Or le bureau et le ministère organisent un *Asia Pacific Week* du 6 au 11 octobre 2014 à Hong Kong, prévoyant une réunion du groupe de travail sur le projet Jugements, un 9^{ième} forum sur la Convention apostille, et une compétition – *moot court* – entre étudiants de 8 universités de la région sur un cas basé sur la Convention Élection de for. Le bureau régional est donc bien actif et H. van Loon pu constater que l'intérêt pour le droit international privé en Chine et en Inde, entre autres, est énorme, dès lors qu'on expose aux étudiants les questions croissantes de droit international privé liées au processus de régionalisation et de mondialisation. La Conférence de La Haye a par ailleurs été invitée à participer à une réunion des ministres de la Justice de l'Union et de leurs collègues d'Asie centrale au Kazakhstan au mois de novembre 2014.

En Afrique, les choses évoluent lentement : outre le statut de membre du Burkina Faso et la demande d'adhésion au statut de la Tunisie, la Zambie a adhéré à la Convention Enlèvement d'enfants, le Burundi a adhéré à la Convention Apostille et l'adhésion de nombreux Etats africains à la Convention Adoption est attendue, car le continent africain est devenu la nouvelle frontière en matière d'adoptions internationales.

Aux Amériques, le Canada lutte avec sa structure fédérale qui ralentit beaucoup la procédure de ratification des Conventions. Aux Etats-Unis la ratification de la Convention de 2007 semble proche, mais un blocage persiste concernant la méthode de mise en œuvre de la Convention Élection de for. Entretemps est entré en vigueur le *Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act*, qui vise entre autres à sanctionner sévèrement les Etats qui ne coopèrent pas pour le retour de l'enfant.

L'Amérique latine connaît beaucoup de mouvement, grâce notamment au bureau régional à Buenos Aires. Le Paraguay a adhéré à la Convention Apostille – poursuivant ainsi le changement radical d'attitude envers cette Convention en Amérique latine. Le Paraguay est également en voie de transposer dans sa législation le projet de principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux, évoqué ci-dessous. Le Brésil vient d'adhérer à la Convention Obtention des Preuves, et l'Allemagne, l'Italie et la République tchèque n'ont pas attendu l'avis de la Cour de justice sur la Convention Enlèvement d'enfants pour accepter cette adhésion. Le Brésil prépare également la ratification de la Convention de 2007. Haïti a finalement ratifié la Convention Adoption, et un grand effort est en cours en vue de la mise en œuvre de la Convention par ce pays ultra pauvre.

B. Travaux en cours

Les travaux se poursuivent sur les principes non-contraignants sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux. Un projet de principes révisés accompagné d'un projet de commentaire a été publié en juillet. On note les aspects intéressants suivants :

— liberté de choix de la loi applicable: aucun lien n'est requis entre la loi choisie, les parties et leur opération. Les parties peuvent même désigner des règles de droit (Article 2). L'article 3 en donne une définition: il faut qu'elles soient généralement acceptées au niveau international, supranational ou régional comme un ensemble de règles neutres et équilibrées, à moins que la loi du for n'en dispose autrement. On peut penser à un ensemble de règles,

comme les Principes UNIDROIT, ou, en matière de contrats de transport maritime, les Règles de Rotterdam avant leur entrée en vigueur. Un tel choix d'un ensemble de règles est largement accepté en matière d'arbitrage. En revanche, les tribunaux ordinaires sont très hésitants. Et l'on sait que le règlement Rome I a rejeté l'idée.

— le *battle of forms*, le conflit des conditions générales, article 6. Par exemple, si les parties ont eu recours à des conditions générales qui désignent différentes lois mais que selon celles-ci c'est la condition générale dernièrement reçue qui prévaut, c'est alors la loi désignée dans cette dernière clause-type qui sera applicable.

— les lois de police et l'ordre public. Les quatre premiers paragraphes de l'article 11 s'adressent uniquement aux tribunaux étatiques. Le paragraphe 2 préconise une solution originale pour les lois de police des Etats tiers. Le groupe n'a pas été très enthousiaste pour la solution de l'article 7, 1er, du règlement Rome I et propose un renvoi à la loi du for : c'est celle-ci qui détermine les cas où le tribunal peut ou doit prendre en considération les lois de police d'une autre loi, c'est-à-dire la loi d'un Etat tiers. Le paragraphe 5 reconnaît aux arbitres une certaine discrétion pour déterminer quelles sont les lois de police à appliquer.

Le Paraguay prépare un projet de loi pour mettre en œuvre les principes, et en Corée du Sud cette idée a également été reprise.

Les travaux sur l'autonomie de la volonté en matière contractuelle se situent dans la prolongation de la Convention de 2005 sur les accords d'élection de for. Cette Convention est à l'étude dans plusieurs Etats et l'Union européenne s'en est inspirée pour la révision du règlement Bruxelles I et prépare sa ratification. La Convention Élection de for a déjà eu une influence sur un certain nombre d'accords bilatéraux, notamment un accord entre Hong Kong et la Chine continentale et l'Accord Trans-Tasman entre l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Une fois en vigueur elle pourra constituer l'équivalent de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales. Mais son domaine d'application reste limité et il existe sans aucun doute un besoin d'établir un instrument mondial sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. Comme déjà indiqué un groupe d'experts se réunira début octobre à Hong Kong afin de poursuivre les travaux dans ce domaine.

En matière de droit de la famille, le Bureau permanent a publié des études importantes sur la filiation et les questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international. Aucune décision n'a encore été prise à propos de l'inscription de ce sujet à l'ordre du jour de la Conférence mais le Conseil sur les affaires générales et la politique pourrait recommander la constitution d'un groupe d'experts lors de sa réunion du printemps 2015. Il semblerait, à la suite des arrêts *Menesson* et *Labassee* de la CEDH, que le droit de l'enfant de voir son statut, obtenu à l'étranger selon la loi locale, reconnu dans le pays où il vit, est renforcé en Europe, du moins à l'égard d'un parent biologique. Cela devrait rendre plus facile un accord sur la reconnaissance de telles situations au niveau international. En revanche, les normes et valeurs concernant la gestation pour autrui, notamment commerciale, varient considérablement d'un pays à l'autre, ce qui ne facilitera évidemment pas la tâche.

Concernant l'examen de la faisabilité d'un instrument sur la reconnaissance et exécution des ordonnances de protection rendues par des juridictions civiles étrangères, un groupe d'experts continue ses travaux. Des travaux continuent également sur la reconnaissance et l'exécution des accords amiables transfrontières et, finalement, pour élaborer un projet de Guide de bonnes pratiques sur l'interprétation et l'application de l'article 13, § 1er, b, de la Convention Enlèvement d'enfants.

Sont maintenus à l'ordre du jour l'accès au contenu du droit étranger et la nécessité d'élaborer un instrument mondial en la matière. Il y a donc encore un petit espoir que ce sujet pourrait finalement être repris par la Conférence, ce qui serait certainement souhaitable. Et le sujet des couples non mariés a, lui aussi, été maintenu. Il s'agit là également d'un sujet incontournable.

Quant aux réunions sur le fonctionnement pratique des Conventions, une réunion a eu lieu en mars sur les Conventions Notification, Preuves et Accès à la Justice, et le Bureau permanent prépare une réunion sur le fonctionnement de la Convention Adoption au premier semestre de 2015. Une note importante a déjà été publiée sur les aspects financiers de l'adoption internationale.

6. Réflexions en vue (A) d'une meilleure articulation du régime de la loi applicable en matière de responsabilité parentale et (B) une meilleure opération des dispositions complétant la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (H. van Loon)

La note présentée n'a pas pour objet d'aborder les rapports entre ces instruments dans leur globalité mais d'épingler deux points particuliers. Le 15 avril 2014, la Commission a publié un rapport sur le fonctionnement du règlement Bruxelles IIbis et a lancé une consultation

publique sur le fonctionnement pratique du règlement(17). Le groupe se prononcera peut être plus tard sur cette initiative mais à ce stade, il est utile de relever deux aspects de la relation du règlement avec 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, d'une part, et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, d'autre part.

A. Une meilleure articulation du régime de la loi applicable en matière de responsabilité parentale

Le règlement Bruxelles IIbis ne prévoit pas de règles sur la loi applicable, ce qui peut surprendre dès lors que le règlement n° 4/2009 sur les aliments et le règlement n° 650/2012 sur les successions le font. Pour les matières matrimoniales, le règlement Rome III mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ne comble que partiellement la lacune puisqu'il exclut l'annulation du mariage et que 16 Etats membres seulement y participent. Au vu de cette diversité de régimes, on n'est pas surpris de ne pas trouver de chapitre sur la loi applicable dans le règlement Bruxelles IIbis. En effet, que pourrait apporter une telle modification dans le règlement, si ce n'est renvoyer aux dispositions du règlement Rome III qui ne valent que pour les Etats participants.

En ce qui concerne la responsabilité parentale, on arrivera à une uniformité des régimes lorsque tous les Etats membres seront liés par la Convention de La Haye de 1996 dès lors que celle-ci contient un régime de conflit de lois(18). En effet, il découle des articles 62, § 1er et 61 du règlement Bruxelles IIbis ainsi que du Guide pratique pour l'application du règlement Bruxelles IIbis que les règles de conflit de lois de la Convention de 1996 combleraient la lacune du règlement. Il serait utile que le règlement Bruxelles IIbis rappelle, par une référence expresse, qu'en matière de responsabilité parentale, la Convention de 1996 existe et que ses règles de conflit de lois doivent être impérativement appliquées dans le cadre du règlement Bruxelles IIbis(19). Un tel rappel est utile pour éviter que le juge applique sa loi nationale au lieu de la Convention.

B. Une meilleure interopérabilité des dispositions du règlement complétant la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

Un des objectifs principaux du règlement Bruxelles IIbis était de compléter la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants dans les relations entre Etats membres. Plusieurs dispositions ont été prises pour atteindre cet objectif :

a) Le règlement renforce le principe sous-jacent à la Convention de 1980 selon lequel il appartient aux autorités de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement de prendre la décision sur la garde de celui-ci (voyez not. article 10). Tout le monde a vu un progrès dans cette possibilité.

b) Le règlement renforce le droit de l'enfant d'être entendu (cette disposition reflète l'influence de la Convention des Nations-Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant) ainsi que le droit de la personne demandant le retour d'être entendue (article 11, §§ 2 et 5). La procédure vise également à promouvoir la rapidité du retour et oblige le juge d'ordonner le retour s'il est établi que des mesures adéquates ont été prises pour assurer le retour (article 11, §§ 3 et 4).

c) Le règlement prévoit également, à l'article 11, §§ 6 à 8, lu en combinaison avec l'article 42, un mécanisme de retour de l'enfant par décision de la juridiction de l'Etat membre de la résidence habituelle (« Etat membre d'origine »), exécutoire sans exequatur dans tout Etat membre, nonobstant une décision de non-retour en application de l'article 13 de la Convention de 1980 de la juridiction de l'Etat membre vers lequel l'enfant a été enlevé (« Etat membre de refuge »)(20).

L'article 11, §§ 6 à 8, lu en combinaison avec l'article 42 du règlement prévoit l'exécution de la décision du juge de l'Etat d'origine sur la base d'un certificat, sans possibilité de s'y opposer. Ces dispositions ne font pas que compléter la convention. Elles la modifient également. La décision prise dans l'Etat membre de refuge, sur la base de l'article 13 de la Convention, après des considérations sérieuses, peut être annulée par le juge de l'Etat d'origine. A l'époque, la mise en place de ce mécanisme avait été justifiée par l'insatisfaction de certains Etats sur le fonctionnement de la Convention de 1980 et notamment de l'article 13, § 1, b). Ces Etats estimaient qu'il y avait trop de refus de renvoyer l'enfant de la part de l'Etat membre de refuge. Pourtant, les études statistiques sur le fonctionnement de la Convention de 1980 montrent que ce constat n'est pas justifié. Il y avait en réalité un accord général montrant qu'il y avait peu de refus dans les faits et que les juges interprétaient cette disposition de manière restrictive.

Ce constat prend une allure particulière lorsqu'on analyse la configuration sociologique actuelle des enlèvements d'enfants. En effet, le profil du parent déplaçant l'enfant et ses motifs se sont modifiés ces dernières années. Dans les années 1980-1990, le parent déplaçant l'enfant était le parent sans droit de garde et donc le plus souvent, le père. Puisque le parent déplaçant n'était pas en charge de la garde et des soins, il était primordial d'assurer un retour rapide de l'enfant afin que ce dernier ne perde pas le contact avec la personne chargée de la garde et des soins. La sanction du retour immédiat avait donc un sens évident. Aujourd'hui, c'est le plus souvent la mère qui enlève l'enfant et les motifs de l'enlèvement sont différents. Les mères évoquent souvent la violence conjugale et familiale. De plus, comme le droit de déterminer le lieu résidence d'un enfant est maintenant plus généralement partagé par les parents, il arrive souvent que la Convention soit invoquée par le père pour exécuter son droit de visite et non plus nécessairement son droit de garde. Le règlement a tenu compte de cette évolution en renforçant le droit de visite, en son article 41. En revanche, ce qui cadre difficilement avec cette évolution, c'est le mécanisme des articles 11, §§ 6 à 8, et 42. Ce mécanisme se fonde sur l'idée du retour forcé de l'enfant en dépit du refus de la décision du juge proche de l'enfant (et de la mère le plus souvent). De plus le règlement, contrairement à la Convention de La Haye de 1996 (art. 7, § 3, et 11), ne prévoit pas que le juge de l'Etat de refuge prenne des mesures de protection devant être reçues et exécutées dans l'Etat d'origine.

La Convention de 1980, quant à elle, établit un équilibre entre les compétences des juridictions de l'Etat de refuge et de l'Etat d'origine. De même, la Convention de 1996, en substituant la disposition négative de l'article 16 de la Convention de 1980 (qui définit le moment où la compétence du juge de refuge de se prononcer sur le fond prend fin) par la règle positive de son article 7 (qui définit les circonstances dans lesquelles cette compétence commence), réserve un rôle réel au juge de refuge, tout en renforçant la compétence du juge d'origine. Cet élément est important car le changement du profil du « parent-enleveur » appelle un examen (encore plus) attentif du juge de refuge, juge de proximité dans les cas d'enlèvement vers son pays. Sa décision ne saurait ni être mécanique ni se substituer à la décision sur le fond qui, elle, appartient au seul juge d'origine. Or, l'article 13 de la Convention de 1980 (comme l'article 7 de la Convention de 1996) se prête à une telle application nuancée par les juridictions de l'Etat de refuge, apte à tenir compte de la nouvelle configuration de l'enlèvement d'enfants. Et c'est en respectant ce cadre normatif que la communauté internationale, notamment en renforçant les mesures d'accompagnement de l'enfant et du parent l'ayant déplacé et en promouvant la médiation internationale — car il incombe aux Etats d'assurer le droit de l'enfant d'avoir des relations avec ses deux parents — cherche à améliorer la situation complexe résultant du déplacement illicite des enfants.

La jurisprudence de la Cour de justice a rendu les choses plus difficiles. Les auteurs du règlement Bruxelles IIbis voulaient limiter le pouvoir du juge de l'Etat membre d'origine d'ordonner le retour de l'enfant, en dépit d'un refus du juge de l'Etat membre de refuge, à la seule hypothèse où il doit décider sur la garde de l'enfant. Cependant, dans l'arrêt *Povse c. Alpage*, la Cour de justice est allée plus loin et a admis que ce pouvoir s'étendait à d'autres hypothèses, tel le cas où le juge prend une décision provisoire concernant la garde en fixant par exemple le lieu de résidence de l'enfant dans le pays d'origine⁽²¹⁾. La Cour de justice a accepté explicitement la conséquence qu'il devient possible, après un retour forcé issu de la décision provisoire du juge d'origine, que finalement l'enfant doive retourner dans l'autre Etat, à la suite de la décision contraire au fond. Dans l'arrêt *Aguirre Zarraga*⁽²²⁾, la Cour a déclaré que la vérification du respect des exigences de l'article 42, en ce compris la violation du droit fondamental de l'enfant d'être entendu, appartient uniquement aux juridictions de l'Etat membre d'origine et non à celles de l'Etat membre de refuge. Dans cette affaire, le juge espagnol avait ordonné le retour de l'enfant sans l'entendre. Les tribunaux allemands y avaient vu une violation du droit de l'enfant. La Cour a alors décidé que ce n'était pas au juge allemand mais au juge espagnol de déterminer si le droit de l'enfant avait été violé. Ce résultat est difficilement compatible avec l'examen concret et attentif qu'appelle la nouvelle configuration de l'enlèvement international d'enfants.

Le mécanisme des articles 11 et 42 mérite une réflexion qui devrait porter sur son bien-fondé notamment à la lumière de l'évolution dans la configuration des enlèvements internationaux d'enfants. La question se pose de savoir si, d'une part, le règlement ne répondrait pas mieux à la réalité actuelle sans le mécanisme du retour forcé et si, d'autre part, la solution ne devrait pas plutôt être le renforcement des autres innovations importantes du règlement (article 11, §§ 3 et 4) en vue de protéger l'enfant et d'arriver à des solutions qui permettent à l'enfant d'avoir un lien et un contact avec ses deux parents.

C. Discussion

Une brève discussion évoque quatre points, à savoir : la nécessité ou non de tenir compte des réalités sociologiques ; la question de l'exequatur dans le règlement Bruxelles IIbis ; l'attitude de la Cour de justice face au régime mis en place par l'Union européenne ; la nécessité d'adopter un point de vue global.

Plusieurs membres appuient les propositions formulées au départ de l'évolution sociologique

des enlèvements internationaux d'enfants. Par ailleurs, la réalité sociologique du fonctionnement du règlement Bruxelles IIbis doit également être prise en compte. Un des premiers arrêts de la Cour de justice rendu en matière d'enlèvements d'enfant était très sévère et on s'est rendu compte que la décision avait mis plusieurs années à être exécutée. Dans l'affaire *Povse*, la Cour a peut-être réalisé davantage qu'elle était face à une réalité humaine où les décisions des juridictions sont une chose mais où la mise en œuvre concrète en est une autre. Dans la plupart des pays, le tribunal juge mais les organes d'exécution sont parfois bloqués.

Il est également mis en avant qu'à l'époque de l'élaboration du règlement Bruxelles IIbis, on était dans la logique que la suppression de l'exequatur était inéluctable à long terme. Pourtant, lors des négociations sur la refonte du règlement Bruxelles I, on s'est aperçu que les Etats ne voulaient pas de cette logique. Dès lors que la suppression de l'exequatur n'est pas inéluctable, peut-être faudrait-il reconsidérer celle-ci dans le règlement Bruxelles IIbis.

Il est encore observé que la Cour de Strasbourg refuse toujours de mettre le doigt dans le système créé par l'Union et qu'elle adopte une attitude différente selon qu'elle est face à un conflit impliquant deux Etats membres — qu'elle assimile à un conflit interne — ou un Etat membre et un Etat tiers. Peut-être cette attitude changera-t-elle lorsque la Convention européenne de sauvegarde entrera en vigueur dans l'Union européenne.

Enfin, de manière plus globale, la raison d'être même du maintien, dans l'espace de l'Union européenne, de l'application d'un mécanisme tel que celui de La Haye avec ses motifs de non-retour pourrait donner lieu à réflexion, dans le contexte du principe de reconnaissance mutuelle, aux implications croissantes dans d'autres secteurs du droit international privé européen.

7. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : une année exceptionnelle d'activité en droit international privé

P. Kinsch met l'accent sur quatre arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme intéressant le droit international privé.

A. Reconnaissance des situations

1. *Henry Kismoun c. France* (req. no 32265/10, du 5 décembre 2013) : l'universalisation de la solution *Garcia Avello*

Le requérant, né d'une mère française et d'un père algérien, fut enregistré à sa naissance en France sous le nom Christian Henry. A l'âge de trois ans, il fut abandonné par sa mère et recueilli par son père, qui l'emmena en 1961 vivre en Algérie. L'état civil algérien l'enregistra sous le nom Chérif Kismoun. Au cours des années 1980, le requérant vint à vivre en France, où il apprit que le nom sous lequel il était enregistré restait Christian Henry et non Chérif Kismoun. Le requérant demanda par la suite un changement de nom, demande rejetée par le ministre de la Justice. Ni le ministre de la Justice, ni les juridictions administratives françaises n'accordèrent une importance particulière aux raisons pour lesquelles le requérant souhaitait continuer à porter en France le nom sous lequel il était enregistré en Algérie. Ils se bornaient à retenir que le requérant ne prouvait pas que sa mère s'était désintéressée de lui, et que le motif « affectif » invoqué ne suffisait en tout état de cause pas à lui conférer un intérêt légitime pour changer de nom.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, le requérant a mentionné le droit à la vie privée et familiale (article 8 CEDH) qui comprend le droit à l'identité. Dans son arrêt, la CEDH reconnaît que le droit à la vie privée englobe le droit à l'identité qui se traduit notamment par la reconnaissance du nom qu'il avait obtenu en vertu de sa deuxième nationalité. La Cour a estimé que les autorités françaises, en ne faisant pas droit à sa demande, avaient violé l'article 8 de la CEDH. Elle fait également mention de deux arrêts rendus par la Cour de justice, les arrêts *Garcia Avello* (2 octobre 2003, C-148/02) et *Grunkin & Paul* (14 octobre 2008, C-353/06), et universalise la solution dégagée par la Cour de justice dans ces deux arrêts. En effet, la solution de la Cour de justice était fondée sur le droit à la libre circulation et n'avait d'impact qu'au sein de l'espace, régional ou « fédéral », de l'Union européenne. La solution de la CEDH, identique à celle de la Cour de justice, prend quant à elle appui sur une base conceptuelle différente et n'est pas limitée au territoire de l'Union européenne. La solution de la Cour de justice a donc été universalisée par la CEDH.

On pourrait penser que la position de la CEDH a moins de force que celle de la Cour de justice car elle n'a pas derrière elle l'appareil institutionnel de l'Union européenne. Pour P. Kinsch, c'est en réalité une force d'avoir une même solution universalisable. Cette solution de la CEDH serait moins superficielle que celle de la Cour de justice. En effet, en disant que la libre circulation d'un enfant est en danger, la Cour de justice utilise une base plus artificielle que celle sur laquelle repose la décision de la CEDH. En contrepartie, et comme d'habitude, la jurisprudence de la Cour européenne a l'inconvénient (ou l'avantage ?) de se concentrer, beaucoup plus que celle de la Cour de justice, sur l'aspect factuel de l'affaire.

En conclusion, l'enseignement est qu'un Etat doit potentiellement reconnaître le nom qu'une personne a obtenu sur la base de son autre nationalité.

2. La question de la reconnaissance des gestations pour autrui à l'étranger

Deux arrêts et une décision ont été rendus en juin et juillet 2014 : l'arrêt *Mennesson c. France* (req. n° 65192/11, du 26 juin 2014), l'arrêt *Labassee c. France* (req. n° 65041/11, du 26 juin 2014) et la décision *D. et autres c. Belgique* (req. n° 29176/13, du 8 juillet 2014).

Dans ces différents arrêts, seule la France a été condamnée. La gestation pour autrui (GPA) est traitée de manière plus sévère par la jurisprudence française que par la jurisprudence belge. En Belgique, la jurisprudence reconnaît la filiation paternelle si elle correspond à la filiation biologique. Elle ne reconnaît par contre pas la filiation maternelle si le procédé n'a pas utilisé les ovocytes de la mère d'intention. Dans l'hypothèse de l'homoparentalité, la Cour d'appel de Liège amène le père qui n'a pas donné ses gamètes à procéder à une adoption. Cela traduit le souci d'une approche tenant compte de la réalité. La jurisprudence française ne reconnaît pas les jugements rendus en cette matière à l'étranger, attribuant la filiation paternelle et maternelle. Elle ne reconnaît aucune filiation, même s'il existe une filiation biologique. Elle ne permet pas non plus l'adoption car elle considère que l'adoption après GPA est constitutive de fraude. Par conséquent, la jurisprudence française place les enfants issus des GPA dans des situations très fragiles. Au niveau administratif de l'accès au territoire, la GPA est tolérée mais sur le plan civil, ces enfants n'ont aucun statut.

Les affaires *Mennesson* et *Labassee* étaient issues du refus de la transcription des actes de naissance établis par des jugements californiens (affaire *Mennesson*) ou du Minnesota (affaire *Labassee*) pour des enfants nés par GPA aux Etats-Unis, les parents d'intention étant français et résidant en France. Dans les deux cas, les enfants étaient les enfants biologiques de leur père français, mais n'avaient aucun lien biologique avec leur mère d'intention française (GPA avec don d'ovocyte). La Cour de cassation française a refusé de reconnaître la filiation, tant à l'égard du père que de la mère d'intention, car elle ne voulait pas faire le jeu de la GPA qu'elle considère comme contraire à l'ordre public. A l'occasion d'un autre arrêt rendu ultérieurement⁽²³⁾, la Cour de cassation a encore considéré que la GPA établie à l'étranger était constitutive de fraude à la loi.

Dans ces arrêts, la Cour de cassation française a donc recouru à la technique de l'ordre public pour refuser de transcrire les actes de naissance établis aux Etats-Unis. La CEDH reconnaît aux juridictions nationales la possibilité de recourir à l'ordre public mais ce recours doit préserver un « juste équilibre » entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leur droit au respect de leur vie privée et familiale. La CEDH considère que cet équilibre est respecté en ce qui concerne l'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale des parents et des enfants (voyez les pts 93 et 94 de l'arrêt). Elle admet en effet que la France interdise la GPA ; le fait qu'on ne puisse pas y recourir en France n'est pas contraire à la Convention, pas plus que la volonté de décourager les Français à recourir à la GPA à l'étranger. Par contre, la Cour a jugé que la décision française ne respecte pas l'équilibre au niveau du droit des enfants au respect de leur identité à l'égard du père biologique. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. S'il est vrai que les parents n'ont pas de droit à faire valoir car ils ont recouru à une pratique qui n'est pas reconnue en France — ce qui n'est pas contraire à la Convention — les enfants n'ont en revanche rien demandé. Or, ils sont sanctionnés par la jurisprudence française puisqu'ils ne sont pas considérés comme étant les enfants de leur père biologique, avec toutes les conséquences légales que ceci implique. Pour la Cour, l'équilibre n'a ici pas été respecté : l'intérêt de l'enfant et non l'intérêt de la collectivité doit prévaloir.

Les arrêts ne sont pas clairs sur la question de la non-reconnaissance du lien de filiation entre les enfants et leur mère d'intention qui n'est pas leur mère biologique. La Cour semble considérer que cette non-reconnaissance à l'égard de la mère d'intention est constitutive d'une « question grave de compatibilité » avec l'intérêt de l'enfant, mais se retourne ensuite sur l'analyse concrète et factuelle, et juge que c'est la non-reconnaissance de la filiation biologique avec le père qui constitue une violation de la Convention par dépassement de la marge d'appréciation de l'Etat.

B. Reconnaissance et exécution des jugements étrangers

Un Etat contractant peut méconnaître la Convention en refusant d'exécuter un jugement étranger ou en l'exécutant malgré le fait que les droits garantis par la Convention ont été méconnus lors de la procédure devant le juge d'origine.

L'affaire *Avotiņš c. Lettonie* (req. n° 17502/07 du 25 février 2014), intervenu dans une hypothèse du deuxième type, se range entièrement du côté de l'Union européenne et du droit européen. Plus précisément, il concerne le fonctionnement du règlement Bruxelles I. Un recours avait déjà été introduit par le requérant devant une chambre de la Cour mais sa

demande avait été rejetée. Il a donc fait appel devant la Grande chambre de la Cour qui a pris l'affaire. La demande avait originairement été dirigée par le requérant, Avotiņš, un résident letton, contre Chypre et la Lettonie. Chypre, parce que ses droits au procès équitable auraient été méconnus devant le Tribunal de district de Limassol qui le condamna à payer la somme de 100.000 USD à une demanderesse, F.H. Limited, sans qu'il ait effectivement reçu l'acte introductif d'instance. La Lettonie, parce que les juridictions lettones avaient accordé l'exequatur au jugement chypriote sur le fondement du règlement Bruxelles I. Or, l'article 34 du règlement mentionne notamment qu'une décision rendue dans un Etat membre n'est pas reconnue dans un autre Etat membre si l'acte introductif d'instance 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. Avotiņš n'avait pas introduit de recours contre les juridictions chypriotes et avait soulevé les moyens directement devant les juridictions lettones. Ces dernières ont donc considéré qu'il n'avait pas introduit de recours devant les juridictions chypriotes et qu'il n'avait par conséquent pas le droit de faire valoir la violation de son droit au procès équitable. Par cet arrêt, la Cour confirme que la jurisprudence *Pellegrini* s'applique également dans les rapports entre Etats membres et Etats contractants de la Convention⁽²⁴⁾. Mais dans les relations entre Etats membres, la jurisprudence *Pellegrini* ne peut être transposée car elle ne peut s'appliquer à l'encontre du programme de libre circulation des jugements notamment mis en place par le règlement Bruxelles I⁽²⁵⁾. L'arrêt *Povse* répond à la même logique.

En avalisant la logique de libre circulation des jugements et du principe de la confiance mutuelle, la Cour soutient le système mis en place par l'Union européenne et décide qu'Avotiņš n'a aucun droit à faire valoir en Lettonie, ni à Strasbourg car il n'a pas usé des voies de recours à Chypre.

Dans leur opinion dissidente, trois juges estiment que « *la question soulevée ici est d'une grande importance. Elle concerne notamment l'application des garanties de l'article 6 que font les juridictions internes d'un Etat membre de l'UE lorsqu'elles sont appelées à exécuter une décision de justice rendue dans un autre Etat membre de l'Union et ainsi à appliquer le règlement (CE) no 44/2001 du Conseil (Bruxelles I)* ». La Grande Chambre de la Cour paraît être du même avis, puisqu'elle a accepté de se saisir de l'affaire.

C. Coopération internationale en matière d'enlèvement d'enfants (*X c. Lettonie*, req. n° 27853/09, 26 novembre 2013)

Un premier arrêt avait déjà été tranché par la Cour dans le cadre de cette même affaire le 15 novembre 2011. Dans cette affaire, les juridictions de l'Etat de refuge ont obéi à la logique de la Convention de La Haye de 1980, ont écarté la possibilité de mettre en œuvre son article 13 et ont estimé que le retour de l'enfant en Australie se justifiait. La mère décide alors d'introduire un recours devant la Cour en faisant valoir son droit à la vie familiale avec son enfant ainsi que le droit à la vie familiale de son enfant de vivre avec elle. Cet arrêt innove par rapport à la jurisprudence antérieure (arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*) dans le sens où la Cour reconnaît que la Convention de La Haye de 1980 est un instrument important, compatible avec la Convention de sauvegarde. Les obligations que la Cour définit sont procédurales : tant que l'Etat de refuge renvoie l'enfant dans l'Etat origine après avoir examiné scrupuleusement l'article 13, il respecte la procédure. Dans l'affaire, il était reproché à la Lettonie de ne pas avoir ordonné second audition de l'enfant et donc, de ne pas avoir fait une application scrupuleuse de l'article 13. Le moyen de défense de la Lettonie, tiré de l'obligation imposée par la Convention de La Haye ordonne d'agir dans un bref délai, est jugé non fondé, car les obligations procédurales découlant de la Convention ne sont pas compatibles avec un traitement expéditif. En cas de doute, elle préconise de privilégier un examen attentif au détriment d'un examen expéditif.

D. Discussion

1. *La question de la reconnaissance des gestations pour autrui*

Des membres soulignent que le problème relatif à la reconnaissance des gestations pour autrui est très complexe et très sensible, et que la CEDH l'a compris. L'affaire contre la Belgique montre que le souci des parents d'intention est surtout migratoire et moins lié aux questions d'état civil. Dans l'expérience belge, la transcription est avant tout demandée pour obtenir le visa d'entrée de l'enfant en Belgique. Une fois que l'enfant est dans le pays, c'est déjà beaucoup pour les parents d'intention.

Dans sa motivation, la Cour note que les juridictions belges ont veillé au respect du droit belge — applicable en vertu de la règle de conflit de lois en matière de filiation — et de la loi ukrainienne⁽²⁶⁾. La CEDH donne un poids au respect de la loi ukrainienne. Or le Code belge de droit international privé ne requiert pas de la part du juge qu'il vérifie le respect du droit ukrainien. Pour certains, l'objectif de la Cour n'était pas tant de donner un poids au droit ukrainien mais plutôt d'assurer le respect des intérêts publics ukrainiens afin d'éviter le trafic d'enfants.

Dans les arrêts condamnant la France, la Cour européenne est claire sur l'attitude à adopter à l'égard du père d'intention (biologique) mais reste vague sur l'attitude à adopter par rapport à

la mère d'intention. Un consensus général se dégage dans le Groupe sur l'importance de trouver une solution pour deux raisons.

D'une part, l'arrêt prévoit qu'on ne peut refuser de reconnaître le lien de filiation biologique avec le père d'intention. Une fois ce lien reconnu, l'enfant peut entrer sur le territoire. En principe, il va alors vivre avec le père et la mère d'intention avec qui la filiation maternelle n'est pas reconnue. Au fil des mois et des années, une situation familiale se concrétise. Ne faudrait-il pas impérativement reconnaître cette situation en France ?

D'autre part, un parallèle est fait avec la situation qui a existé pendant des années à l'égard des enfants naturels et des droits qui pouvaient leur être reconnus. Comme dans le cadre des GPA, le refus de reconnaissance était lié aux circonstances entourant la naissance des enfants. On était également conscient qu'il ne fallait pas pour autant pénaliser les enfants pour des actes commis par leurs parents.

Face à cette jurisprudence, la France peut adopter plusieurs solutions :

- La transcription, dans l'acte, de la filiation à l'égard de la mère d'intention ;
- Le recours à une procédure d'adoption, allégée le cas échéant ;
- Le recours à d'autres mécanismes du droit familial, telle la tutelle ;
- La reconnaissance de la filiation à l'égard des deux parents en cas de recours à la GPA, tout en pénalisant la pratique à l'égard des parents.

2. Possibilité d'une violation de la Convention par exécution d'un jugement étranger qui a lui-même violé les garanties du procès équitable (arrêt *Avotiņš*)

Est-il normal d'octroyer autant d'importance au principe de la confiance mutuelle entre les Etats membres quand le droit au procès équitable est également en jeu, en décidant de ne pas appliquer la jurisprudence *Pellegrini* ? En d'autres termes, en l'état actuel des choses, le principe de la confiance mutuelle peut-il vraiment primer sur le droit au procès équitable ? Pour certains, ce principe, appliqué de manière trop absolue, peut être dangereux car il justifie l'absence de tout contrôle. Toutefois, si on traite de la même manière les situations impliquant un Etat membre et un Etat tiers et les situations impliquant uniquement des Etats membres, sans tenir compte du principe de la reconnaissance mutuelle, on porte atteinte à un autre principe de l'Union européenne, à savoir le développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Pour les tenants de cette dernière option, le contrôle du respect du procès équitable doit être fait dans le pays d'origine.

8. Codifying choice of law around the world

S. Symeonides expose les conclusions principales de son livre, *Codifying Choice of Law Around the World* (Oxford University Press, 2014), à l'aide de 147 slides (voy. l'annexe 2).

Quantitativement, les cinquante dernières années ont été les plus productives de tous les temps en termes d'élaboration de textes relatifs au droit international privé : 94 codifications nationales, 15 règlements européens, 29 Conventions de La Haye ...

S. Symeonides – dont le livre est consacré aux règles de conflit en général, y compris en matière contractuelle et familiale – concentre ses explications sur les conflits de lois en matière de responsabilité délictuelle. Son exposé montre que s'agissant de la responsabilité délictuelle, le droit international privé est passé du principe de territorialité, prédominant dans le monde entier avant la Seconde Guerre mondiale, à des solutions plus subtiles, plus complexes aussi, qui tiennent compte – à des degrés divers et sous des habillages conceptuels divers – des principes de territorialité comme de personnalité. D'autres dichotomies apparaissent dans la suite de l'exposé : flexibilité contre prévisibilité ; accent mis sur la « justice de droit international privé » ou sur la justice de droit matériel ; politisation du droit international privé contre conceptualisme privatiste, internationalisme contre ethnocentrisme.

L'exemple des conflits de lois en matière délictuelle permet au rapporteur de formuler des conclusions générales, transposables aux autres aspects de la codification du droit international privé, et notamment à la matière contractuelle (discussion des clauses d'exception ou clauses échappatoires, telles qu'elles sont prévues sous des formes très variées et parfois surprenantes dans différentes codifications). Avec pour dernier mot :

« 700 years after the birth of Bartolus, our subject is not only alive and well, but also more vibrant, sophisticated, flexible, pragmatic, and richer than ever before ».

Notes:

(1) Voy. en particulier le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *J.O.*, L 294, 10 novembre 2001, p. 1.

(2) C.J., Daily Mail, pt. 19 ; C.J. Uberseering, pt. 67 ; C.J., Cartesio, pt. 104 ; C.J., Vale, pt. 27.

(3) C.J., Vale, pt. 29 ; C.J., Cartesio, pt. 109 et 110.

(4) C.J., Uberseering, pt. 95 ; C.J., Centros, pts. 17, 22 et 27 ; C.J., Inspire Art, pts. 95.

(5) C.J., Inspire Art, pt. 142.

(6) C.J., Centros, pt. 34 ; C.J., Uberseering, pt. 83 et s. ; C.J., Inspire Art, pt. 121.

(7) Voy. not. C.J., Centros, pt. 36.

(8) C.J., Uberseering, pt. 70 ; Cartesio, pt. 110 ; National Grid, pt. 27 ; Vale, pt. 29 ; C.J., Daily Mail, pt. 24.

(9) C.J., Cartesio, pt. 113 ; C.J., Vale, pt. 41.

(10) C.J., Vale, pt. 53.

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

(12) Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne, L 338, J.O., 21 décembre 2011, p. 2 ; Règlement (UE) n°606/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile, L 181, J.O., 29 juin 2013, p. 4.

(13) Voy. entre-temps la décision de ratification n° 2014/887 du 4.12.2014, JO, 2014, L 353.

(14) Résolution du Parlement européen du 26.2.2014, doc. COD 2011, 284.

(15) JO du 3.8.2013.

(16) Voy. entre-temps l'avis 1/13 rendu le 14 octobre 2014.

(17) Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n° 2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, COM (2014) 225.

(18) Tous les Etats membres sont partie à la Convention, à l'exception de l'Italie.

(19) La référence expresse, dans le règlement, à l'existence de la Convention de 1996 pourrait trouver sa place dans un nouveau Chapitre II A qui contiendrait un article unique renvoyant à la Convention, à l'instar de ce que fait le règlement n° 4/2009 sur les aliments. L'article 15 du règlement 4/2009 est libellé comme suit : « *La loi applicable en matière d'obligations alimentaires est déterminée conformément au protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (ci-après dénommé «le protocole de La Haye de 2007») pour les États membres liés par cet instrument* ».

(20) L'article 13 de la Convention de 1980 énonce que :

« *Nonobstant les dispositions de l'article précédent, l'autorité judiciaire ou administrative de l'Etat requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant, lorsque la personne, l'institution ou l'organisme qui s'oppose à son retour établit :*

1. *que la personne, l'institution ou l'organisme qui avait le soin de la personne de l'enfant n'exerçait pas effectivement le droit de garde à l'époque du déplacement ou du non-retour, ou avait consenti ou a acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour ; ou*
2. *qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable.*

L'autorité judiciaire ou administrative peut aussi refuser d'ordonner le retour de l'enfant si elle constate que celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion.

Dans l'appréciation des circonstances visées dans cet article, les autorités judiciaires ou administratives doivent tenir compte des informations fournies par l'Autorité centrale ou toute autre autorité compétente de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sur sa situation sociale ».

(21) C.J., 1 juillet 2010, C-211/10.

(22) C.J., 22 décembre 2010, C-491/10 PPU.

(23) Cass. civ., 19 mars 2014, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2014, p. 619, note S. Bollée.

(24) Pour rappel, dans l'affaire Pellegrini était en cause un jugement ecclésiastique, c'est-à-dire un jugement émanant d'un ordre juridique non lié par la Convention.

(25) Le fait d'insister sur un double contrôle du respect du droit au procès équitable, par les juridictions de l'Etat contractant d'origine comme par l'Etat contractant d'exécution, ferait obstacle au programme de libre circulation des jugements au sein de l'Union européenne.

(26) Au point 52 de l'arrêt, on peut lire en effet que « *La Cour constate que le refus initial des autorités belges d'autoriser la venue de A. sur le territoire national était motivé par la nécessité de vérifier si les législations belge et ukrainienne étaient respectées. L'ingérence était donc justifiée par des objectifs*

ANNEXE I

Draft of Regulation Rome X on the law applicable to companies and other bodies

Proposition du sous-groupe coordonné par F. Garcimartin

Article 1. Scope of the instrument

This instrument shall apply to companies, associations and other bodies or legal entities, incorporated or unincorporated. It shall not apply to public-law entities.

Article 2. Universal application

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

Article 3. Applicable law

1. A company or other entity shall be governed by the law of the country under which it has been incorporated or, where it has not been incorporated, under which its formation took place.

2. Where the law applicable cannot be determined on the basis of paragraph 1, a company or other entity shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected.

Article 4. Scope of the applicable law

The law applicable under this Regulation shall govern in particular:

- (a) the foundation of the company, its re-organization and winding-up;
- (b) the name of the company;
- (c) its legal nature, general capacity and capacity to act;
- (d) its internal functioning, organization and financial system;
- (e) accounts, auditing and disclosure;
- (f) the conditions of membership, the rights and obligations associated with it and the acquisition and disposition of these rights, including the rights of shareholders as such against the company and against each other; and
- (g) the liability of the company, its officers and its members for obligations of the company.

Article 5. Capacity [ultra vires doctrine]

The capacity of a company or other entity to enter into relationships with third parties and the powers of their representative bodies or persons shall be governed by the law determined in accordance with Article 3. Nevertheless, any restrictions or limitations established by such law cannot be invoked against third parties when the relationship was concluded in a different country, 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 6. Liability

1. The liability of members and directors of the company or other entity as such shall be governed by the law determined in accordance with Article 3.

2. Companies and other entities [of a third country] operating in the EU must disclose their country of incorporation to third parties. Otherwise, the liability of the persons acting on behalf of those companies and entities, its members and directors shall be governed by the law of the Member State where that person is acting, unless the other party was aware or ought to have been aware of that information.

3. The direct liability in tort of members and directors of a company to third parties, in particular liability resulting from their allowing the company to continue carrying on business when undercapitalized, shall be determined by Regulation 864/2007 (Rome II). This instrument shall also determine the law applicable to the liability of members or directors of a company for non-contractual damage caused by the company.

Article 7. Transfer of registered office

1. Within the European Union, a company may change its applicable law without losing its legal personality. A transfer of the registered office from one Member State to another Member State shall constitute a change of that law. This change shall take place irrespective of the location or change of location of the central administration and/or the principle place of business of the company.

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

Article 8. Scope of the applicable laws

1. The decision to change the applicable law shall be taken in accordance with the law of the country of origin. This law will apply, in particular, to measures for the protection of minority shareholders, creditors or employees to the company.

2. The law of the country of destination shall determine the conditions of incorporation of the company, [in particular: its capital, registration, name, structure, ...].

Article 9. Special rules [Resolution of the EU Parliament of 2 February 2012] [This provision only applies to intra-EU changes of *lex societatis*]

1. The law of the Member State of destination shall determine the date on which the change of applicable law becomes effective. If the company is registered, that date shall be the date of registration in the Member State of destination.

2. [Transparency and information rules] In the case of limited liability companies within the meaning of Directive 2005/56/EC [cross-border mergers], the management or board of a company planning to transfer shall be required to draw up a report and a transfer plan [the content of the plan to be added] and a report explaining and justifying the proposal and its consequences. The representatives of the employees or, if there are no representatives, the employees themselves, shall be informed and consulted on the transfer, within an appropriate period prior to the general meeting of shareholders.

3. [On the decision by the shareholders] The transfer must be approved by the general meeting of shareholders by the majority required to amend the memorandum and articles of association under the law of the Member State of origin. Member States may adopt provisions designed to ensure appropriate protection for minority shareholders who oppose a transfer, for example, the right to retire from the company, in accordance with the legislation applicable in its home Member State. If the company is managed on the basis of employee participation, the shareholders' meeting may make completion of the transfer conditional on its expressly approving the arrangements for employee participation.

4. [Legality of the transfer] The home Member State (or Member State of origin) shall verify the legality of the transfer procedure in accordance with its legislation. The competent authority designated by the home Member State shall issue a certificate conclusively declaring that all the acts and formalities required have been completed before the transfer. The certificate, a copy of the memorandum and articles of association envisaged for the company in the host Member State and a copy of the transfer proposal shall be presented within an appropriate period of time to the body responsible for registration in the host Member State (or Member State of destination). Those documents should be sufficient to enable the company to be registered in the host Member State. The competent authority for registration in the host Member State should verify that the substantive and formal conditions for the transfer, including the requirements laid down in the host Member State for the formation of such company, are met. The competent authority in the host Member State should give immediate notification of the registration to the corresponding authority in the home Member State. Thereupon, the home Member State authority should remove the company from the register. In order to protect third parties, the registration in the host Member State and the removal from the register in the home Member State should be adequately published.

5. [Employees' rights] The employees' participation rights shall be preserved through the transfer. In principle, they shall be governed by the legislation of the Member State of destination. However, the legislation of that law shall not be applicable if:

(a) it does not provide for at least the same level of participation as that applicable in the Member State of origin, or

(b) it does not give employees of establishments of the company situated in other Member States the same entitlement to exercise participation rights as they enjoyed before the transfer.

In addition, the legislative provisions on employees' rights should be in line with the *acquis*.

Article 10. Overriding mandatory rules

Article 11. Public policy

Article 12. Multi-unit States

Article 13. Renvoi

Article 14. International agreements

Annexe II

Codifying Choice of Law around the World

(S. Symeonides)

[Codifying Choice of Law around the World: the last fifty years](#)

