

**Vingt-neuvième réunion
Katowice, 13-15 septembre 2019**

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

- I. [Projet de règlement relatif au divorce – questions encore ouvertes](#)
- II. [Droit applicable aux droits réels, examen d'un futur règlement européen](#)
- III. [Codification de la partie générale du droit international privé européen : Choix d'une stratégie](#)
- IV. [Actualités du droit de l'Union : Premiers regards sur la refonte du règlement Bruxelles II bis](#)
- V. [Actualités de la Commission](#)
- VI. [Actualités de la Conférence de La Haye : Adoption du projet Jugements](#)
- VII. [Actualités des droits de l'homme](#)
- VIII. [Actualités en matière de la responsabilité des entreprises pour violation des droits humains et atteintes à l'environnement](#)
- IX. [Actualités de la Commission internationale de l'état civil](#)

[Annexe 1](#)

[Annexe 2](#)

[Annexe 3](#)

[Annexe 4](#)

[Annexe 5](#)

[Annexe 6](#)

Lors de sa réunion à Katowice, le Groupe européen de droit international privé a poursuivi ses travaux concernant d'une part, la refonte des règlements Bruxelles IIbis et Rome III en matière de divorce et de séparation de corps et d'autre part, l'examen du projet d'instrument européen sur les droits réels. Ensuite, il a entamé un débat sur la stratégie à suivre en vue d'une codification européenne de la partie générale du droit international privé. Le Groupe a également entendu des informations d'actualité concernant le droit de l'Union, la Conférence de La Haye, la Cour européenne des droits de l'homme et la problématique de la responsabilité sociétale des entreprises, en particulier dans le contexte du changement climatique. Enfin, tenu informé des difficultés présentes de la CIEC, le Groupe a adopté une

recommandation concernant le maintien et le développement de la coopération internationale en matière d'état civil.

Le compte rendu a été réalisé par Julie Mary et Marie Dechamps, assistantes à la Faculté de droit et de criminologie de l'UCLouvain.

I. Projet de règlement relatif au divorce – questions encore ouvertes

E. Pataut présente le travail du sous-groupe concernant la refonte des règlements sur le divorce et les problèmes encore ouverts à discussion. Ce projet a déjà été discuté lors des sessions précédentes du Groupe (spécialement, lors de la session d'Anvers) et le sous-groupe a donc préparé une nouvelle version à la suite des dernières discussions (voy. l'annexe 1). Restent ouvertes deux questions principalement, concernant le for de nationalité et la reconnaissance de divorces non juridictionnels. D'autres sont encore en suspens, à propos de la litispendance, du renvoi et de l'ordre public.

Il est fait remarquer, préalablement à la présentation du texte, que l'adoption de ce projet a mis tellement de temps que le législateur européen a pris le Groupe de cours en adoptant la refonte du règlement Bruxelles IIbis le 25 juin 2019 (règl. 2019/1111). Cependant, dès sa création, le Groupe a eu pour objectif de prendre des initiatives dans des domaines encore inexplorés par le législateur européen, ayant en vue de précéder l'action législative pour faire progresser le droit européen. Cette méthode a porté ses fruits car les propositions du Groupe ont souvent servi d'amorce à l'adoption de règlements européens, surtout dans le domaine familial¹. Avec l'adoption de la refonte du règlement Bruxelles IIter, le projet du Groupe ne changera rien au nouveau règlement : il ne pourra qu'éventuellement servir à une modification ultérieure au niveau notamment de la reconnaissance des décisions d'États tiers. Cela étant, il est relevé que ce projet reste pertinent, en raison des ambitions limitées de la refonte à propos du divorce. En effet, le règlement Bruxelles IIter ne touche pas aux règles de compétence et n'intègre pas la détermination de la loi applicable au divorce. À l'inverse, le projet du Groupe adopte une approche intégrée de la compétence internationale (actuellement insatisfaisante), de la loi applicable et de la reconnaissance et l'exécution des divorces européens et d'États tiers. Ainsi, ces réflexions pourront servir dans un futur plus ou moins proche lorsqu'il y aura une nouvelle réflexion au niveau européen quant à la modification des instruments en matière de divorce. Les membres du Groupe se rallient donc à l'idée de continuer à travailler sur ce projet. Il est alors suggéré de préciser dans l'introduction de la présentation du texte la plus-value de celui-ci au regard de la refonte.

1) Compétence exorbitante

La version adoptée à l'issue de la session d'Anvers établissait un for résiduel fondé sur la citoyenneté européenne des parties, comme suit :

¹ Ainsi, en matière de divorce, dès l'adoption du texte dit de Heidelberg (1993), de portée générale, le Groupe a examiné le suivi du projet de convention européenne en matière de contentieux conjugal et de mesures accessoires relatives à la garde des enfants (Genève, 1995), puis a examiné longuement la loi applicable au divorce (Rome, 2000, Lund, 2001, Paris, 2002) et adopté (Vienne, 2003) des règles dont la substance a influencé les travaux de la Commission (voy. la présentations à Chania, 2005). Il a également commenté la proposition de règlement, qui intégrait conflit de lois et conflit de juridictions (Coimbra, 2006 et Hambourg, 2007). Il a repris de nouveaux travaux sur le divorce dès la réunion de Luxembourg (2015). Ces travaux, accessibles sur le site du Groupe, sont consignés dans M. Fallon, P. Kinsch et C. Kohler (dir.), *Le droit international privé en construction*, Cambridge, Intersentia, 2011.

[Article 9. Compétence résiduelle

1. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5, 6 et 7 et que les époux ont la nationalité d'un même État membre ou d'États membres différents, sont compétentes les juridictions de l'État membre dont l'un des époux a la nationalité [ou dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile »] à la date de la saisine.
2. Toutefois La juridiction saisie se dessaisit lorsque les époux sont convenus de la compétence de la juridiction d'un État non membre selon les conditions visées par l'article 6.]

Il est rappelé qu'au sein du Groupe, une forte opposition existe quant au maintien du privilège de nationalité, en vue de permettre une saisine des juridictions d'un État membre. Les opposants indiquent que ce privilège d'européanité est regrettable. Malgré les discussions lors de la session d'Anvers, il a toutefois été décidé de maintenir cette compétence exorbitante dans l'article 9 du projet.

Depuis lors, le sous-groupe a tenté de trouver une solution de compromis, qui servirait l'objectif de protection des citoyens européens qui en auraient besoin tout en combinant le for de nationalité avec un critère territorial. Ainsi, la compétence exorbitante de l'article 9 du projet serait remplacée par deux dispositions, à insérer respectivement dans l'article 4 et dans le for de nécessité.

Dans la liste des fors en cascade de l'article 4.2, il est proposé d'ajouter – au dernier critère de la liste hiérarchisée des critères de compétence (litt. d) – une référence à la nationalité d'un État membre ; cet ajout permet au demandeur de saisir les juridictions de l'État membre de sa résidence habituelle sans exiger de délai d'un an s'il a la nationalité d'un (quelconque) État membre.

Cela permet par exemple à un couple de ressortissants européens habitant sur le territoire d'un État tiers d'agir devant les juridictions d'un État membre, si le demandeur revient sur le territoire de l'Union.

Le texte ainsi modifié de l'article 4 prévoit que :

Article 4. Compétence générale

Sont compétentes pour statuer sur une demande relative au divorce ou à la séparation de corps des époux, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve, à la date de la saisine :

1. En cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux.
2. Dans les autres cas,
 - a. la résidence habituelle des époux, ou à défaut
 - b. la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou à défaut
 - c. la résidence habituelle du défendeur ou, à défaut
 - d. la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande [ou s'il possède la nationalité d'un État

membre].

De plus, à l'article 10 du projet concernant le for de nécessité, le sous-groupe propose de préciser que la nationalité constitue un lien suffisant pour la saisine du for de nécessité ; cette précision pourrait aussi être faite dans les considérants. Ainsi, au privilège de nationalité seraient substitués deux correctifs de protection des ressortissants européens partis s'installer dans un États tiers en leur permettant de saisir les juridictions d'un État membre.

Au cours de la discussion, il est précisé que la nouvelle condition de nationalité de l'article 4 est une condition additionnelle à placer au même niveau que la résidence habituelle, cette dernière pouvant être la résidence dans un État quelconque (et donc pas nécessairement celui de la nationalité). Il est ensuite précisé que ces ajouts (à l'article 4 et à l'article 10) permettent d'avoir une solution consensuelle qui convienne à tout le monde.

Pour la majorité des membres, le compromis permet d'éviter une compétence concurrente jugée non idéale, tout en permettant aux citoyens européens d'agir dans l'Union, pour autant qu'ils aient l'intention de s'y installer. Si tel ne devait pas être le cas, ces citoyens disposeront encore du for de nécessité. Le compromis proposé permet également de satisfaire les membres qui s'opposaient à toute référence à la nationalité au regard des critères de compétence. Il permet encore de privilégier une citoyenneté européenne, en évitant dans le même temps de procéder à une discrimination entre les différentes nationalités européennes. Il est cependant indiqué que cette discrimination n'est en réalité évitée qu'à partir du moment où l'on parle de la nationalité des deux époux et non de celle du demandeur seulement (ce dernier étant d'ailleurs contraint de venir établir sa résidence habituelle dans un État membre, fictivement ou réellement). Dans la première version de l'article 9, le privilège de citoyenneté ne jouait que si l'un et l'autre époux étaient ressortissants d'Etats membres, sans exiger pour autant qu'ils soient de nationalité commune.

Certains objectent encore que l'article 4.2, d), nouveau peut conduire à des abus et qu'il conviendrait, afin de les éviter, de préciser dans un considérant que ce règlement n'empêche pas les États membres de prendre des mesures contre ces abus.

Par ailleurs, un membre suggère que la nationalité soit maintenue en tant que chef de compétence spécifique. L'exemple est pris d'une ressortissante espagnole, mariée en Espagne et vivant en Afrique. Elle revient alors s'établir en Belgique. En application de l'article 4.2, d), elle pourrait agir en Belgique et non en Espagne. Pour ce membre, il conviendrait d'ajouter une possibilité pour cette partie d'agir en Espagne. Un autre membre ajoute que le retour à un privilège de nationalité est nécessaire, du fait qu'avec les critères de l'article 4 du projet, un couple de ressortissants européens vivant sur le territoire d'un État tiers, qui ne s'accorderait pas pour divorcer et dont le demandeur ne souhaiterait pas revenir en Europe ou y établir fictivement sa résidence, ne dispose d'aucune autre possibilité que d'agir devant les juridictions de cet État tiers. Ce qui pourrait mener à une impossibilité de divorcer (ou à de grandes difficultés pour ce faire).

Une telle réintroduction du privilège de nationalité (véritable question politique) est cependant écartée, en raison notamment du trop grand risque de forum shopping en résultant. C'est pour éviter cela que la nationalité n'a été ajoutée qu'au regard du dernier critère de compétence dans la liste des critères hiérarchisés. Il n'y a donc pas de privilège de nationalité, sauf de l'accord des parties (art. 5 du projet).

Au sujet de l'article 10 du projet relatif au for de nécessité, un membre soutient la suggestion de mentionner la nationalité comme lien suffisant avec l'Etat du for. La formulation pourrait

retenir une forme de présomption de lien étroit, par analogie avec ce que prévoit le règlement Bruxelles IIbis en matière de responsabilité parentale lorsque l'enfant réside sur le territoire d'un État tiers (art. 12.4, cependant supprimé par le règlement de refonte).

Plutôt que de laisser entre crochets certains points de discussion, un consensus se dégage au sein du Groupe pour supprimer l'article 9 (soit, la compétence exorbitante) et ajouter à l'article 4 une condition de nationalité au for de résidence du demandeur, tout en indiquant dans la présentation explicative que la nationalité peut valoir comme indice de proximité lors de l'application de l'article 10. Suite à la suppression de l'article 9, la numérotation des dispositions devra être réadaptée.

2) Divorces non juridictionnels

La problématique de la reconnaissance des divorces non juridictionnels s'avère délicate, en raison de la nature de l'acte et de la diversité de ses modalités. En témoignent les hésitations subsistant au terme de la réunion d'Anvers ainsi que la position arrêtée par le législateur européen dans le règlement de refonte de Bruxelles IIbis.

En suivi de la réunion d'Anvers, trois dispositions ont été introduites dans le projet. L'une porte sur les divorces homologués par une autorité juridictionnelle, dont la reconnaissance est soumise au régime de circulation des décisions, une autre concerne spécifiquement les divorces purement consensuels soumis à la méthode des conflits de lois et une dernière disposition traite des divorces unilatéraux.

Article 41 : Reconnaissance des actes authentiques et accords sur le divorce

Les actes authentiques et les accords sur le divorce reçus par une juridiction étrangère au sens de l'article 3§1 sont reconnus dans les mêmes conditions que les décisions.

Article 42 – Divorces consensuels - Loi applicable

Sans préjudice de l'article 29, la dissolution consensuelle ou sur demande acceptée d'un mariage, obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1 produit effet sur le territoire des États membres s'il a été conclu et enregistré conformément à la loi nationale ou à la loi de la résidence habituelle de l'un ou de l'autre des époux.

[Néanmoins, sa reconnaissance sera refusée s'il apparaît qu'avant sa conclusion, l'un des époux n'a pas été correctement informé des effets de cet accord ou si son consentement n'était pas entièrement libre].

Article 43 – Divorces unilatéraux – Loi applicable

La dissolution du mariage fondée sur la seule déclaration unilatérale et obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1 ne produit effet sur le territoire des États membres que si elle est conforme à la loi applicable désignée en application du chapitre III et qu'elle a été acceptée de façon certaine par l'autre conjoint [ou que, malgré le défaut d'acceptation par l'autre conjoint, sa reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public et notamment à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne].

Entre-temps, le nouveau règlement Bruxelles IIter a été adopté et présente une position plus radicale et aussi plus simple (voy. à cet égard, infra, point IV). Ce nouveau régime n'avait pas été proposé par la Commission en 2016 mais a été ajouté relativement tard devant le Conseil lors des négociations et elles ont été actées en dernière minute.

— Sur l'orientation du règlement Bruxelles IIter

Dans son ensemble, le Groupe émet des réserves sur l'approche du législateur européen. L'assimilation des divorces non juridictionnels à des décisions judiciaires est problématique. Sous l'angle de son fondement, le considérant 55 évoque la confiance mutuelle. Pourtant, en matière de reconnaissance des jugements, c'est plutôt la confiance mutuelle dans l'administration de la justice qui fonde le régime de reconnaissance. Or, dans le cas de divorces non juridictionnels, la justice ne joue par hypothèse aucun rôle dans la création de la convention et dans son enregistrement. L'autorité qui procède à l'enregistrement de la convention se limite à constater les données formelles et à vérifier que l'acte a été reçu dans un État dont les juridictions auraient été compétentes si le divorce avait été porté devant elles. En bref, le fondement de la confiance mutuelle est guidé par le fait du respect dans l'État d'origine d'une forme de justice procédurale et d'un principe d'équité des parties. Or, en prenant comme exemple un divorce tel que le divorce français qui se présente sous la forme d'une convention sous seing privé signée par un avocat et consignée par un notaire, la question se pose de savoir quel serait le fondement pour reconnaître ce type de convention dans les autres États.

Par ailleurs, l'incidence pratique précise du régime de reconnaissance reste à évaluer, en ce qu'il permet de multilatéraliser, dans l'ensemble de l'Union, les effets produits par un acte ou une décision dans l'État d'origine, sauf motifs de refus. Par exemple, après qu'un divorce par acte d'avocat a été enregistré en France conformément aux règles de compétence directe du règlement, cet acte pourra-t-il encore faire l'objet d'un débat sur sa validité dans tout Etat membre autre que l'Etat d'origine ? En cas de doute sur sa validité en Belgique par exemple, faudra-t-il porter nécessairement la question devant une juridiction française et ce, en fonction des critères de compétence directe tels qu'ils se concrétisent au moment du litige ?

— Sur le divorce consensuel

Le débat laissé ouvert après la réunion d'Anvers à propos des divorces non juridictionnels a révélé la subsistance de divergences d'ordre méthodologique malgré une orientation commune favorable à un contrôle d'ordre conflictuel. Aussi le sous-groupe soumet-il une proposition de compromis, visant à introduire une solution à la fois plus flexible et plus simple, tout en étant favorable à la reconnaissance. Selon la formulation actée au terme de la réunion d'Anvers, le divorce consensuel ne pouvait être reconnu qu'à la condition qu'il soit valable en application du droit désigné en vertu de la règle de conflit de lois pertinente. Selon l'alternative plus flexible proposée par le sous-groupe, il suffit que l'acte soit conforme à une des lois nationales des parties ou à la loi de l'État de la résidence habituelle de l'une d'elles et ce, même si cette loi ne correspond pas à la loi qui aurait été désignée comme applicable par la règle de conflit de lois.

Cette approche ne diffère pas radicalement de la précédente, ni même de celle du règlement Bruxelles IIter dans la mesure où celui-ci vise uniquement un acte dressé dans l'État dont les juridictions auraient été compétentes si elles avaient été saisies d'un divorce judiciaire. La nouvelle formulation de l'article 42 est donc relativement libérale et allie la compétence et la loi applicable.

La proposition du sous-groupe ajoute cependant une règle matérielle d'ordre public, présentée entre crochets, qui puisse constituer un frein à la reconnaissance.

Par ailleurs, le texte de la proposition réserve un motif de refus basé sur l'article 29, envisageant l'hypothèse d'un conflit de décisions, à savoir entre un divorce obtenu par accord et un divorce judiciaire. Une autre solution aurait été de prévoir une règle spécifique de conflits entre décisions.

La discussion confirme deux positions divergentes sur le contenu du test conflictuel.

En faveur du maintien d'un test strict, tel qu'envisagé dans la version issue de la réunion d'Anvers, une référence à la loi applicable en vertu de la règle de conflit de lois pertinente du règlement s'alignerait sur la tendance en ce sens observée dans les règlements relatifs aux régimes matrimoniaux, aux partenariats et aux successions. Dans le règlement Successions en particulier, la proposition de la Commission assimilait un acte authentique à un jugement. Dans le texte final, une distinction est établie nettement entre force probante, preuve de l'authenticité et vérification au fond, cette dernière étant soumise à la méthode conflictuelle. Cette méthode est donc désormais dominante, hormis dans le règlement de refonte de Bruxelles IIbis. Pour les partisans de cette méthode, l'ajout d'une règle matérielle protectrice du consentement des parties serait insuffisante.

Par ailleurs, une adhésion à l'approche du sous-groupe soulève encore une interrogation, au regard des termes mêmes de l'option de droit laissée aux parties. Selon cette approche, il suffit que l'acte soit valable selon la loi de la nationalité d'une des parties ou de la résidence habituelle d'une des parties. Or, l'option de droit prévue dans le chapitre sur les conflits de lois permet de choisir le droit de la résidence commune des parties, de la nationalité d'une des parties ou la loi du for (art. 18 du projet). Ainsi, toute faveur à plus de flexibilité devrait s'aligner sur les formes de choix retenues plus largement en matière de divorce. À défaut, la cohérence d'un système du for pourrait être affectée, au bénéfice d'une stimulation des fraudes à la loi, par exemple, en facilitant une délocalisation des divorces de Belgique vers la France. Pour d'autres membres, un alignement des formes d'option de droit pourrait encore avoir lieu en sens inverse, en assouplissant les conditions de l'article 18.

Les termes du débat montrent la nature sensible d'une problématique de conflit de lois largement sous-estimée par le législateur national, comme le montre l'expérience française. Encore faut-il souligner, comme le font certains membres, la probabilité d'une généralisation des formes de divorce consensuel, traduisant une politique de faveur au divorce. On assiste pourtant à la persistance d'une méfiance pour cette forme de divorce, ce qui explique le souhait de lui réserver un régime de reconnaissance plus strict en réintroduisant un contrôle de conflit de lois qui n'existe plus pour les autres formes de divorce. À titre de comparaison, la Convention de La Haye sur la reconnaissance de la validité des mariages² considère comme valable un mariage valable selon le droit de l'Etat de célébration (art. 9) étant celui de la nationalité ou de la résidence d'un des époux, ou selon le droit désigné par la règle de conflit de lois de cet Etat (art. 3). En suivant ce raisonnement, un divorce serait reconnu s'il est conforme à une forme de divorce autorisée par la loi de l'Etat dans lequel il a eu lieu.

D'autres membres rejettent l'idée d'établir un miroir avec l'autonomie de la volonté du chapitre III. La formulation proposée par le sous-groupe tend vers la méthode de la reconnaissance, qui émerge progressivement en droit international privé. Par ailleurs, les éléments de rattachement retenus ne sont pas sans lien avec les chefs de compétence actuels du règlement Bruxelles IIter. Par comparaison, la jurisprudence européenne en matière de nom porte également une attention particulière au fait que le nom a initialement été fixé conformément au système juridique d'un Etat membre avec lequel la situation présente un lien d'effectivité. Au demeurant, les termes de l'option offerte par la proposition du sous-groupe reflètent bien un lien entre la situation et l'Etat d'origine, selon un mode plus adéquat que l'approche de Bruxelles IIter. Ils reflètent aussi les termes de l'option de juridiction offerte par l'article 5 en projet. Par exemple, un couple franco-belge habitant en Autriche se rend en France pour conclure une convention de divorce. En application du règlement, ce divorce ne pourra pas circuler puisque les juridictions françaises n'étaient pas compétentes en vertu des règles de compétence directe. Par contre, en application de

² Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

l'article 42 proposé, cela sera possible car ce divorce consensuel aura été établi conformément à la loi nationale d'un des époux.

S'agissant de la règle matérielle de sauvegarde du consentement, certains membres doutent de la pertinence d'un tel frein à la reconnaissance, étant entendu que la question relève plutôt du contrôle à effectuer dans l'Etat d'origine. D'autres, au contraire, insistent sur l'importance d'une telle clause et sur le besoin de clarté pour les praticiens. Ils suggèrent néanmoins d'ajouter au texte l'exigence d'un consentement de l'une et l'autre parties.

S'agissant du renvoi à un contrôle au titre de l'article 29, il est relevé que la mise en œuvre littérale de cette disposition ne correspond guère à un conflit impliquant un accord. Aussi serait-il préférable d'y substituer dans l'article 42 — ainsi que dans l'article 43 par identité de motifs — une disposition reflétant la substance de l'article 29.

Au terme de la réunion, le Groupe retient la formulation suivante de l'article 42, devenu article 41 suite à la suppression du for de nécessité (ancien art. 10 du projet) :

« Article 41 (ancien article 42) - Divorces consensuels

1. La dissolution consensuelle ou sur demande acceptée d'un mariage, obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1, produit effet sur le territoire des États membres si elle a été conclue et enregistrée conformément à la loi nationale ou à la loi de la résidence habituelle de l'un ou de l'autre des époux.

2. Son efficacité est refusée :

a. si celle-ci est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis. En particulier, l'efficacité sera refusée s'il apparaît qu'avant la conclusion de l'accord, l'un des époux n'a pas été correctement informé des effets de cet accord ou si son consentement n'était pas entièrement libre ;

b. si l'accord est inconciliable avec une décision rendue ou un accord conclu dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ;

c. si l'accord est inconciliable avec une décision rendue ou un accord conclu antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision ou accord réunit les conditions nécessaires à son efficacité dans l'État membre requis ».

— Sur le divorce unilatéral

Le divorce unilatéral, dont l'expression traditionnelle la plus courante est le *talak* de droit islamique, donne lieu à une discussion analogue au divorce consensuel, portant sur le contrôle conflictuel. À cet égard, le texte du sous-groupe maintient un renvoi à la loi applicable en vertu du chapitre III.

Une telle référence à la loi applicable sans autre verrou risque de conduire à la reconnaissance d'un acte dès lors qu'il est conforme à la loi nationale des parties lorsque les époux résident dans des Etats différents, ou à la loi de la nationalité d'une des parties, en pratique l'époux, en cas d'option de législation. Ainsi, dans le cadre d'une union entre deux Afghans revenant habiter en France pour l'homme et en Belgique pour la femme, il serait possible pour l'homme d'obtenir un divorce unilatéral en application de sa loi nationale, quel que soit par ailleurs l'Etat dans lequel l'acte aurait été établi. L'exception générale d'ordre public pourrait certes intervenir *ex post*, mais il serait préférable de dissuader un tel mode de dissolution lorsque la situation présente un lien avec un Etat membre de l'Union. Ainsi par

exemple en Belgique, l'adoption de l'article 57 du Code de droit international privé a permis de verrouiller la pratique de « répudiations touristiques » et de stabiliser la jurisprudence, en particulier la pratique administrative, en exigeant que la dissolution ait lieu à l'étranger avec un contrôle judiciaire dans l'Etat d'origine, sans que l'un des époux soit ressortissant d'un Etat ou réside dans un Etat qui ignore cette forme de dissolution du mariage. Au Royaume-Uni également, la reconnaissance d'une répudiation n'est pas possible dès que la situation présente un lien avec cet Etat.

Il est alors suggéré d'ajouter à la disposition la condition que la dissolution ait eu lieu en-dehors de l'Union européenne. La majorité des membres adhèrent à ce compromis, tout en étendant ce verrou à l'acte établi dans un Etat tiers qui n'admet pas la répudiation, telle la Suisse. Ce verrou, ajouté à celui de l'ordre public, devrait avoir un effet dissuasif suffisant.

La référence à l'article 43 à la Charte des droits fondamentaux de l'Union fait également débat. Elle vise à concilier deux droits fondamentaux, relatifs à l'égalité de traitement et au droit à mener une vie familiale. Ceci peut concerner le cas où, postérieurement à une répudiation intervenue sans son accord, l'ex-épouse exprime implicitement son acceptation en nouant une nouvelle vie de couple. Pour autant, la pertinence d'une telle mention prête au doute, non seulement en raison de la nécessaire marge d'appréciation à laisser au juge dans un cas particulier, mais aussi parce que toute mention analogue est omise dans d'autres dispositions, tel l'article 29 du projet. Au demeurant, la mention s'avère inutile dès lors que la Charte fait partie intégrante de l'ordre public et que tout acte de l'Union concerné veille à en faire mention dans l'un de ses considérants.

Un consensus se dégage pour l'ajout d'une condition relative à la localisation de l'acte de dissolution et pour la suppression de la référence à la Charte. Par ailleurs, un paragraphe est ajouté concernant le risque d'inconciliabilité, par analogie avec ce qui est décidé pour le divorce consensuel. Le texte se présente alors comme suit :

« Article 42 (ancien article 43) - Divorces unilatéraux

1 La dissolution du mariage fondée sur la seule déclaration unilatérale et obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1 ne produit effet sur le territoire des États membres que si elle a été obtenue en dehors du territoire des États membres, est conforme à la loi applicable désignée en application du chapitre III et a été acceptée de façon certaine par l'autre conjoint ou que, malgré le défaut d'acceptation par l'autre conjoint, sa reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public du for.

2. Son efficacité est en outre refusée :

a. si la déclaration unilatérale est inconciliable avec une décision rendue ou un accord conclu dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ;

b. si la déclaration unilatérale est inconciliable avec une décision rendue ou un accord conclu antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision ou accord réunit les conditions nécessaires à son efficacité dans l'État membre requis ».

3) Litispendance

Le sous-groupe soumet l'article 14 dans sa formulation arrêtée au terme de la réunion d'Anvers, maintenant entre crochets les paragraphes 1 et 2 suite à certaines réticences exprimées lors de cette réunion.

Article 14 : Litispendance et actions dépendantes

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

2. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci.

Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.]

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

Le Groupe convient de maintenir la version initiale, avec maintien des paragraphes 1 et 2 sans crochets. Cette règle classique conserve en effet son utilité en matière de divorce.

4) Renvoi

Le Groupe s'était accordé à Anvers pour exclure le renvoi. Il y avait toutefois été suggéré de garder le texte entre crochets, aux termes duquel le renvoi est autorisé dans le cadre de l'application du droit d'un État tiers, lequel renverrait au droit d'un État membre, à l'exemple de ce que prévoit le règlement relatif aux successions. Le fait de le garder permettrait de simplifier les choses et ce, même si les hypothèses de son application en pratique sont peu nombreuses.

Article 23 : Exclusion du renvoi

1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé.

[2. Toutefois, lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers et que les règles de droit international privé en vigueur dans celui-ci renvoient à la loi d'un État membre, cette dernière loi s'applique.]

Le Groupe reste partagé quant au maintien de cette forme de renvoi. En sa faveur, d'aucuns y voient une forme de simplification pour les juges, notamment du fait de l'accès plus simple aux règles de conflit de lois étrangères plutôt qu'aux règles matérielles. De plus, le procédé permet d'écarter la loi d'un État tiers qui ne veut de toute façon pas s'appliquer et d'appliquer plus simplement la loi d'un État membre. Par ailleurs, cela permettra d'écarter une loi s'opposant au divorce. D'autres contestent que le renvoi simplifie la tâche du juge, qui devra en réalité examiner le droit étranger des conflits de lois dans son ensemble, vérifiant qu'il mène bien à l'application de la loi d'un État membre sans obstacle dû, par exemple, à une exception d'ordre public. De plus, l'effet de simplification pourrait être atténué du fait que le renvoi pourra se faire, non pas nécessairement vers le droit du for mais aussi vers le droit d'un autre État membre.

Un consensus se dégage en faveur du maintien du paragraphe 2, au vu de la rareté de sa mise en application, mais sous plusieurs conditions. D'abord, le renvoi doit être exclu lorsque les parties ont utilisé l'option de législation : le texte doit donc se référer au dispositif du seul rattachement objectif. Ensuite, l'utilisation du renvoi ne devrait être qu'une faculté pour le juge, afin que celui-ci puisse apprécier l'intérêt de son utilisation en fonction de l'espèce. Par ailleurs, la note explicative devrait évoquer l'hésitation marquée au sein du Groupe à propos de cette forme de renvoi, étant entendu que la question reviendra de manière plus générale lorsque le Groupe abordera le thème d'une codification de la partie générale du droit international privé et devra y prendre une position de principe sur le renvoi.

Le texte est adopté sous la formulation suivante :

« Article 22 (ancien article 23) - Exclusion du renvoi

1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé.

2. Toutefois, lorsque l'article 16 prescrit l'application de la loi d'un État tiers et que les règles de droit international privé en vigueur dans celui-ci renvoient à la loi d'un État membre, cette dernière loi peut s'appliquer ».

5) Ordre public

Le sous-groupe soumet à la discussion les formulations retenues à l'issue de la réunion d'Anvers, respectivement pour le conflit de lois et pour la reconnaissance des jugements, tout en y ajoutant des crochets dans un but de simplification.

Article 24 : Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application a un effet manifestement incompatible avec l'ordre public du for, [notamment lorsqu'elle aurait un effet contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination.]

Article 38 : Motifs de non-reconnaissance d'une décision rendue dans un État non membre

§ 1. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État non membre n'est pas reconnue :

a) si la juridiction de l'État d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'État d'origine et le litige, sauf si la partie qui s'oppose à la reconnaissance a accepté la compétence de la juridiction de l'État d'origine ;

b) si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public substantiel ou procédural de l'État membre requis ou de l'Union européenne, [en particulier

i) si cette décision résulte d'un manquement aux principes qui régissent le droit au procès équitable ou résulte d'une fraude commise dans la procédure, ou

ii) si elle aurait un effet contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination.]

c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au

défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;

d) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ;

e) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis ;

f) si elle est encore susceptible de recours ordinaire dans l'État d'origine.

§ 2. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État non membre peut ne pas être reconnue si la demande a été introduite dans l'État d'origine après l'introduction devant le tribunal d'un État membre d'une demande en divorce ou en séparation de corps entre les mêmes parties.

La suppression des termes entre crochets reviendrait à retenir une approche similaire à celle prévue dans d'autres instruments européens, en vue de maintenir une cohérence entre ces instruments.

La discussion fait apparaître une hésitation sur la nécessité d'une mention de l'ordre public de l'Union aux côtés de celui du for, présente dans l'article 38 mais non dans l'article 24. La mention est cependant jugée redondante, puisque l'ordre public de l'Union est inclus dans l'ordre public des États membres. S'il est vrai que les praticiens n'en sont pas toujours conscients, il l'est tout autant que la présence d'une telle mention dans le présent contexte et non d'autres comporte un risque de confusion. Aussi ce débat doit-il être reporté à l'examen du thème de la codification de la partie générale du droit international privé. Tout au plus, la note explicative pourrait-elle confirmer l'inclusion de l'ordre public européen dans l'ordre public national.

Le texte adopté se présente dès lors comme suit :

Article 24 : Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application a un effet manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Article 38 : Motifs de non-reconnaissance d'une décision rendue dans un État non membre

§ 1. *Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État non membre n'est pas reconnue :*

a) si la juridiction de l'État d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'État d'origine et le litige, sauf si la partie qui s'oppose à la reconnaissance a accepté la compétence de la juridiction de l'État d'origine ;

b) si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public substantiel ou procédural de l'État membre requis ;

c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;

d) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ;

e) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis ;

f) si elle est encore susceptible de recours ordinaire dans l'État d'origine.

§ 2. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État non membre peut ne pas être reconnue si la demande a été introduite dans l'État d'origine après l'introduction devant le tribunal d'un État membre d'une demande en divorce ou en séparation de corps entre les mêmes parties.

6) Version finale de la proposition de règlement

Le Groupe constate être arrivé à un consensus global sur la proposition sur le divorce, sous réserve d'une révision syntaxique laissée au sous-groupe. Celui-ci finalisera également une présentation explicative, qui indiquera en particulier les motifs d'une telle proposition malgré l'adoption du règlement de refonte Bruxelles II^{ter}. Après soumission d'une telle version révisée à l'ensemble des membres par voie électronique, le texte final de la proposition suivi de la note explicative se présente comme suit :

PROPOSITION DE RÈGLEMENT RELATIF À LA COMPÉTENCE, LA LOI APPLICABLE ET LA RECONNAISSANCE EN MATIÈRE DE DIVORCE

CHAPITRE I. Champ d'application et définitions

Article premier : Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps, quel que soit le sexe des époux.

2. Le présent règlement ne s'applique pas aux questions suivantes :

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

3. Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application du règlement lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée

seulement à titre préalable, notamment à titre de défense ou de demande reconventionnelle.

Article 2 : Relation avec les règlements (CE) no 4/2009, 650/2012 et 2016/1103

Le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des règlements (CE) no 4/2009, 650 /2012 et 2016/1103.

Article 3 : Définitions

1. Aux fins du présent règlement, la notion de « juridiction » inclut toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de divorce ou de séparation de corps qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle de celle-ci, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent conformément au droit de l'État dans lequel ils exercent leurs fonctions :

- a) puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité ; et
- b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière.

2. Aux fins du présent règlement, la notion de « divorce non juridictionnel » inclut tous les divorces obtenus sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3, paragraphe 1.

CHAPITRE II. Règles de compétence

Article 4 : Compétence générale

Sont compétentes pour statuer sur une demande relative au divorce ou à la séparation de corps des époux, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve, à la date de la saisine :

1. En cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux.
2. Dans les autres cas :
 - a) la résidence habituelle des époux ; ou, à défaut,
 - b) la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore ; ou, à défaut,
 - c) la résidence habituelle du défendeur ; ou, à défaut,
 - d) la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande ou s'il possède la nationalité d'un État membre.

Article 5 : Choix d'une juridiction d'un État membre

1. Les époux peuvent convenir que la juridiction de la résidence habituelle de l'un d'eux, ou de la nationalité de l'un d'eux, sera exclusivement compétente pour connaître de leur divorce. Un tel choix peut avoir lieu à tout moment.
2. La convention est formulée par écrit, datée et signée par les parties. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.
3. La juridiction saisie écarte la convention si son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

Article 6 : Choix d'une juridiction d'un État tiers

1. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande relevant de sa compétence en vertu du présent règlement et pour laquelle les parties sont convenues d'une ou de juridictions d'un État tiers pour en connaître à titre exclusif par une convention répondant aux conditions fixées par l'article 5 ne peut connaître du différend tant que la juridiction désignée n'a pas décliné sa compétence.

Elle sursoit à statuer tant que la juridiction désignée n'a pas été saisie ou, après avoir été saisie, n'a pas décliné sa compétence. Elle se dessaisit lorsque la juridiction désignée a rendu une décision qui peut être reconnue en vertu du droit de l'État de la juridiction saisie.

Toutefois, elle peut connaître du différend s'il apparaît que :

- a) La juridiction désignée ne statuera pas dans un délai raisonnable ; ou

- b) La juridiction désignée rendra une décision qui ne pourra pas être reconnue selon le droit de l'État de la juridiction saisie ; ou
- c) la convention produirait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

2. Le choix par les parties d'un tribunal d'un État tiers est sans effet lorsque tous les autres éléments du litige sont localisés au moment de ce choix dans un seul État membre.

Article 7 : Demande reconventionnelle

La juridiction devant laquelle la procédure est pendante en vertu de l'article 4 ou de l'article 5 est également compétente pour examiner une demande reconventionnelle, dans la mesure où celle-ci entre dans le champ d'application du présent règlement.

Article 8 : Conversion de la séparation de corps en divorce

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

Article 9 : For de nécessité

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5, 6 et 7, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel, statuer sur le divorce ou la séparation de corps si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire présente un lien étroit.

L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'État membre dont relève la juridiction saisie.

Article 10 : Transfert de compétence

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

- a) surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément aux articles 4 à 8 ; ou,
- b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément aux articles 4 à 8.

Article 11 : Saisine d'une juridiction

Une juridiction est réputée saisie, y compris lorsqu'un préliminaire de conciliation ou de médiation est obligatoire :

- a) à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite

de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur ; ou

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

Article 12 : Vérification de la compétence

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

Article 13 : Litispendance et actions dépendantes

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

2. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci.

Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.

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

Article 14 : Mesures provisoires et conservatoires

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

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

CHAPITRE III. Règles uniformes sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps

Article 15 : Application universelle

La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre.

Article 16 : Loi applicable à défaut de choix par les parties

À défaut de choix conformément à l'article 17, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :

- a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction sauf si les époux ont plus d'une nationalité commune ; ou, à défaut,
- d) dont la juridiction est saisie.

Article 17 : Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

- a) la loi de l'État d'une résidence habituelle commune des époux au cours du mariage ; ou
- b) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux ; ou
- c) la loi du for, y compris si celui-ci est rendu compétent par la volonté des parties dans les circonstances visées à l'article 5.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction.

3. Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for.

4. En cas de pluralité de nationalités, le choix prévu au paragraphe 1, point b), peut se porter sur la loi de l'un des États dont l'un des époux possède la nationalité.

Article 18 : Consentement et validité matérielle

1. L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si la convention ou la clause était valable.

2. Toutefois, pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de

déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1.

3. À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

Article 19 : Validité formelle

1. La convention visée à l'article 17, paragraphes 1 et 2, est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

2. Toutefois, si la loi de l'État membre dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par la loi de l'un de ces pays.

4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

Article 20 : Conversion de la séparation de corps en divorce

1. En cas de conversion d'une séparation de corps en divorce, la loi applicable au divorce est la loi qui a été appliquée à la séparation de corps, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 17.

2. Toutefois, si la loi qui a été appliquée à la séparation de corps ne prévoit pas de conversion de la séparation de corps en divorce, l'article 16 s'applique, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 17.

Article 21 : Application de la loi du for

Lorsque la loi applicable en vertu de l'article 16 ou de l'article 17 ne prévoit pas le divorce la loi du for s'applique.

Article 22 : Exclusion du renvoi

1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé.

2. Toutefois, lorsque l'article 16 prescrit l'application de la loi d'un État tiers et que les règles de droit international privé en vigueur dans celui-ci renvoient à la loi d'un État membre, cette dernière loi peut s'appliquer.

Article 23 : Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application a un effet manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Article 24 : États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois territoriaux

Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou son propre ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement :

- a) toute référence à la loi de cet État est interprétée, aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement, comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée ;
- b) toute référence à la résidence habituelle dans cet État est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale ;
- c) toute référence à la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles applicables, l'unité territoriale choisie par les parties, ou en l'absence de choix, l'unité territoriale avec laquelle l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits.

Article 25 : États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois interpersonnels

Pour un État qui a deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes et ayant trait aux questions régies par le présent règlement, toute référence à la loi d'un tel État est interprétée comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État. En l'absence de telles règles, le système de droit ou l'ensemble de règles avec lequel l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits s'applique.

Article 26 : Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes

Un État membre dans lequel différents systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent aux questions régies par le présent règlement n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces systèmes de droit ou ensembles de règles.

CHAPITRE IV. Reconnaissance

Section 1. Décisions rendues dans un État membre

Article 27 : Reconnaissance d'une décision rendue dans un État membre

1. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.
2. En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un autre État membre en matière de divorce ou de séparation de corps qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre.
3. Toute partie intéressée peut demander que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

La compétence territoriale de la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque État membre à la Commission est déterminée par la loi de l'État membre dans lequel la demande de reconnaissance ou de non-reconnaissance est présentée.

4. Si la reconnaissance d'une décision est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci peut statuer en la matière.

Article 28 : Motifs de non-reconnaissance d'une décision rendue dans un État membre

Une décision rendue en matière de divorce ou de séparation de corps n'est pas reconnue :

- a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;
- b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;
- c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ; ou
- d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis.

Article 29 : Interdiction du contrôle de la compétence de la juridiction d'origine

Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'État membre d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article 29, point a), ne peut être appliqué aux règles de compétence visées aux articles 3 à 8.

Article 30 : Disparités entre les lois applicables

La reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permet pas le divorce ou la séparation de corps sur la base de faits identiques.

Article 31 : Interdiction de la révision au fond

En aucun cas, une décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 32 : Sursis à statuer

1. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue dans un autre État membre peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire.
2. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue en Irlande ou au Royaume-Uni et dont l'exécution est suspendue dans l'État membre d'origine du fait de l'exercice d'un recours peut surseoir à statuer.

Article 33 : Documents

1. La partie qui invoque ou conteste la reconnaissance d'une décision doit produire :
 - a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ; et
 - b) le certificat visé à l'article 35.
2. En outre, s'il s'agit d'une décision par défaut, la partie qui invoque la reconnaissance ou sollicite la délivrance d'une déclaration constatant sa force exécutoire doit produire :

- a) l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante ; ou
- b) tout document indiquant que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque.

Article 34 : Absence de documents

1. À défaut de production des documents mentionnés à l'article 34, paragraphe 1, point b), ou paragraphe 2, la juridiction peut impartir un délai pour les produire ou accepter des documents équivalents ou, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser.

2. Il est produit une traduction des documents si la juridiction l'exige. La traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États membres.

Article 35 : Certificat concernant les décisions en matière matrimoniale

La juridiction de l'État membre d'origine délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant un formulaire modèle.

Section 2. Décisions rendues dans un État tiers

Article 36 : Reconnaissance des décisions rendues dans un État tiers

1. Les décisions rendues dans un État tiers sont reconnues dans les États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.
2. En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un État tiers en matière de divorce ou de séparation de corps qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État tiers.
3. Toute partie intéressée peut demander que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

La compétence territoriale de la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque État membre à la Commission est déterminée par la loi de l'État membre dans lequel la demande de reconnaissance ou de non-reconnaissance est présentée.

4. Si la reconnaissance d'une décision est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci peut statuer en la matière.

Article 37 : Motifs de non-reconnaissance d'une décision rendue dans un État tiers

1. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État tiers n'est pas reconnue :
 - a) si la juridiction de l'État d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'État d'origine et le litige, sauf si la partie qui s'oppose à la reconnaissance a accepté la compétence de la juridiction de l'État d'origine ;
 - b) si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État membre requis ;
 - c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa

défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;

- d) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ;
- e) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis ;
- f) si elle est encore susceptible de recours ordinaire dans l'État d'origine.

2. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État tiers peut ne pas être reconnue si la demande a été introduite dans l'État d'origine après l'introduction devant le tribunal d'un État membre d'une demande en divorce ou en séparation de corps entre les mêmes parties.

Article 38 : Interdiction de la révision au fond

En aucun cas la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 39 : Documents

1. La partie qui invoque la reconnaissance d'une décision rendue dans un État tiers doit produire :

- a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ;
- b) s'il s'agit d'une décision rendue par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document attestant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ;
- c) tout document nécessaire pour établir que la décision n'est pas susceptible de recours ordinaire dans l'État d'origine, qu'elle a été signifiée ou notifiée à la partie contre laquelle elle a été prononcée et qu'elle est exécutoire dans cet État.

2. Il est produit une traduction certifiée des documents si la juridiction ou l'autorité compétente l'exige, d'office ou à la demande d'une partie.

CHAPITRE V. Actes reçus par une juridiction et divorces non juridictionnels

Article 40 : Reconnaissance des actes authentiques et accords sur le divorce

Les actes authentiques et les accords sur le divorce reçus par une juridiction étrangère au sens de l'article 3, paragraphe 1, sont reconnus dans les mêmes conditions que les décisions.

Article 41 : Divorces consensuels

1. La dissolution consensuelle d'un mariage, obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3, paragraphe 1, produit effet sur le territoire des États membres si elle a été conclue et enregistrée conformément à la loi de l'État de la nationalité ou de la résidence habituelle de l'un ou de l'autre des époux au moment de la dissolution.

2. Son efficacité est refusée :

- a) si celle-ci serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis. En particulier, l'efficacité sera refusée s'il apparaît qu'avant la conclusion de

l'accord, l'un des époux n'a pas été correctement informé des effets de cet accord ou si son consentement n'était pas entièrement libre ;

- b) si l'accord est inconciliable avec une décision rendue ou un accord conclu entre les mêmes parties dans l'État membre requis ;
- c) si l'accord est inconciliable avec une décision rendue ou un accord conclu antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision ou accord réunit les conditions nécessaires à son efficacité dans l'État membre requis.

Article 42 : Divorces unilatéraux

1. La dissolution d'un mariage fondée sur la seule déclaration unilatérale et obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3, paragraphe 1, ne produit effet sur le territoire des États membres que si elle a été obtenue dans un État dont la loi le permet, est conforme à la loi applicable désignée en application du chapitre III et a été acceptée de façon certaine par l'autre conjoint ou que, malgré le défaut d'acceptation par l'autre conjoint, sa reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public du for.

2. Son efficacité est refusée :

- a) si la déclaration unilatérale est inconciliable avec une décision rendue ou un accord conclu entre les mêmes parties dans l'État membre requis ;
- b) si la déclaration unilatérale est inconciliable avec une décision rendue ou un accord conclu antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision ou accord réunit les conditions nécessaires à son efficacité dans l'État membre requis.

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

Proposé par le GEDIP à sa session de Katowice (Septembre 2019)

Présentation générale

Le projet GEDIP relatif au divorce vise à proposer à la discussion générale un texte relatif au droit du divorce, dans toutes ses dimensions internationales, sur le modèle de ce qui a pu être fait en matière de successions, de régimes matrimoniaux ou d'obligations alimentaires.

Le point de départ est celui des règlements Rome III et Bruxelles IIbis, dont on a tenté d'extraire les questions spécifiques de divorce et de modifier autant que de besoin les éléments qui paraissaient devoir être réformés.

L'adoption de la récente refonte du règlement Bruxelles IIbis par le règlement 2019/1111 n'a pas ôté la pertinence d'une telle proposition. D'une part, le texte proposé intègre dans un texte unique les règles de compétence, de loi applicable et de reconnaissance en matière de divorce, ce que ne fait pas actuellement la législation de l'Union européenne. D'autre part et surtout, le texte propose quelques modifications d'envergure par rapport au règlement 2201/2003 (révision

de la compétence directe, intégration des décisions rendues dans des États tiers), y compris après sa refonte par le règlement 2019/111 (circulation des accords sur le divorce).

Le présent rapport attire simplement l'attention sur quelques-unes des modifications principales.

Sur le champ d'application

Trois points semblent importants à noter.

Le premier est l'inclusion très claire des mariages entre personnes de même sexe. Ceux-ci relèvent incontestablement de la catégorie « mariage » et de ce fait leur dissolution, de celle de « divorce ». Il a semblé tout à fait impossible de ne pas les inclure, même si le groupe est évidemment conscient des difficultés politiques susceptibles d'être soulevées par cette inclusion. En revanche, il est précisé, pour autant que de besoin, que le texte ne vise pas la dissolution du partenariat.

Le deuxième est l'exclusion des actions en nullité du mariage. Il y a sur ce point une différence entre les règlements 2201/2003 et désormais 2019/1111 (qui l'incluent) et 1259/2010 (qui l'exclut). L'autonomie de la qualification et, de ce fait, des règles de conflit de lois, de même que celle des actions en nullité (notamment l'implication fréquente du ministère public) ont conduit à préférer la solution de l'exclusion généralisée, malgré l'importance de cette question, aujourd'hui en plein renouveau. Il va de soi que même si l'annulation du mariage a été exclue du texte, pour raison de cohérence, le Groupe n'entend pas remettre en question le principe, faisant partie de l'acquis communautaire, de l'existence souhaitable de règles uniformes de compétence applicables à ces procédures.

Cette exclusion pose une difficulté particulière en matière de questions préalables. L'article 1§3 (inspiré de l'article 2(2) 3 de la Convention de La Haye sur l'élection de for) permet ainsi de ne pas exclure radicalement une demande préalable en nullité du mariage, bien que celle-ci soit formellement exclue du champ d'application du règlement.

Enfin et peut-être surtout on notera l'inclusion des divorces « non juridictionnels », définis à l'article 3§2 par opposition aux divorces juridictionnels visés à l'article 3§1, dont le régime est fixé par le chapitre 5.

Sur la compétence

Le chapitre sur la compétence a été sensiblement modifié par rapport aux règlements 2201/2003 et 2019/1111.

D'une part, les règles de compétence ordinaires prévoient désormais une échelle de chefs de compétence en cascade, dont l'objectif est de lutter contre l'éclatement du contentieux permis par l'actuel règlement Bruxelles IIbis, y compris après sa refonte. Dans ce cadre, est tout particulièrement à noter la marginalisation de la nationalité comme critère de compétence et, surtout, la hiérarchisation des critères de compétence.

D'autre part, est insérée la possibilité de conclure une clause attributive de juridiction. L'équilibre choisi est celui d'un mécanisme d'autonomie de la volonté encadré, pouvant avoir lieu à tout moment, mais dont les effets peuvent à titre exceptionnel être écartés par le juge si la clause s'avère manifestement déraisonnable à l'égard d'une partie.

L'article 6 vise à traiter de la question d'une clause désignant le tribunal d'un État non membre. Son objectif est de parvenir à un équilibre entre l'efficacité de la clause et la compétence des tribunaux de l'Union. Le second paragraphe vise à empêcher qu'un litige « interne » soit « internationalisé » par une clause attributive de juridiction au bénéfice d'un État tiers.

Par ailleurs, a été longuement discutée l'éventuelle introduction d'une règle de « compétence résiduelle », qui ouvrirait une compétence exceptionnelle en faveur des tribunaux de la nationalité d'un ou des époux — sur le modèle du règlement 4/2009 en matière alimentaire (art. 6) —, sauf clause attributive de juridiction en faveur d'un État tiers. Cette règle de compétence particulière aurait constitué une forme de « privilège de citoyenneté européenne ».

Cette solution a finalement été exclue, au profit d'une compétence spécifique figurant à l'article 4§2, litt. d). L'effet de cette règle est que, si aucun tribunal n'est compétent sur la base de la résidence habituelle des époux (a et b) ou du défendeur (c), le citoyen européen qui fixe sa résidence habituelle dans un État membre peut saisir les tribunaux de cet État, sans attendre le délai d'un an prévu pour les autres demandeurs.

Il s'agit d'un privilège de citoyenneté, mais qui diffère grandement d'une simple compétence fondée sur la nationalité. D'abord, la compétence ne résulte pas de la seule nationalité, mais de la double condition de la résidence habituelle dans un État membre et de la nationalité. Elle se distingue aussi de l'actuel article 3 du règlement 2019/1111, car elle n'exige pas que le demandeur ait la nationalité de l'État de résidence et, surtout, elle n'est disponible qu'en l'absence de résidence habituelle du défendeur dans l'Union. L'utilisation du for de la nationalité du demandeur est donc beaucoup plus strictement encadrée.

D'autres innovations, enfin, sont plus ponctuelles. On notera tout particulièrement à cet égard l'introduction d'une règle de for de nécessité (art. 9), étant entendu qu'il est clair que la nationalité de l'un ou l'autre époux est susceptible de constituer le lien avec le for saisi en cas de nécessité.

Il faut encore mentionner l'existence à l'article 10 d'une règle de transfert de compétence inspirée par l'article 15 du règlement 2201/2003, devenu 12 du règlement 2019/1111, et d'une règle de litispendance renforcée en cas de saisine des juridictions d'un État tiers, avec, en plus, une exigence de « délai raisonnable » (art. 13). Cette dernière règle, en partie inspirée de l'actuel article 33 du règlement 1215/2012, vise à tenir compte de l'existence de procédures dans les États tiers, du fait notamment qu'ont été introduites des dispositions relatives à la reconnaissance des décisions rendues dans ceux-ci (art. 36 et s).

Sur la loi applicable

Les modifications sont moins fondamentales relativement à la loi applicable. Tout particulièrement, les articles 16 et 17 de la proposition sont largement repris des articles 5 et 8 du règlement 1259/2010, rapprochés pour des raisons de simplicité.

Quelques modifications ont toutefois été introduites. La première est celle d'une limite à la liberté de choix, dont la mise en œuvre est confiée au juge (art. 18, § 3). La formulation est directement inspirée de l'article 8§5 du Protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

La deuxième est, après discussion, celle de l'éventuelle possibilité d'un renvoi de la loi d'un État tiers vers celle d'un État membre (art. 22§2).

La troisième, plus substantielle, concerne l'ordre public. Il a été décidé de s'éloigner de la formulation des articles 12 et surtout 13 du règlement 1259/2010, ce dernier ayant été purement et simplement abandonné. L'article 23 revient à une solution traditionnelle en matière d'ordre public.

Sur la reconnaissance des décisions

Le chapitre sur la reconnaissance des décisions est, pour ce qui concerne les décisions rendues dans un autre État membre, assez peu différent du modèle des règlements actuellement en vigueur.

D'autres modifications sont plus importantes.

La première est l'inclusion des décisions rendues dans des États tiers. Cette inclusion se justifie par deux raisons principales. D'une part, le GEDIP est dans l'ensemble favorable à ce qu'un régime commun de reconnaissance des décisions rendues dans des États tiers soit mis en place. La solution avait été proposée en matière civile et commerciale aux sessions de Padoue (2009) et Copenhague (2010). Le texte proposé est inspiré des textes adoptés lors de ces sessions. D'autre part, il a paru impossible aux membres du groupe de tenter d'organiser un régime de circulation des décisions non juridictionnelles en matière de divorce sans tenir compte des États tiers. Ces deux raisons ont donc conduit à insérer un régime de reconnaissance des décisions étrangères.

Celui-ci est calqué sur celui des décisions rendues dans les États membres, avec quelques différences importantes : le maintien d'un contrôle de la compétence du juge d'origine (art. 37, litt. a) ; l'intégration d'une faculté de non-reconnaissance dans l'hypothèse où la demande aurait été portée devant un juge étranger alors qu'une instance (non encore achevée) était déjà pendante dans un État membre (art. 37§2).

Dans tous les cas, est maintenu un contrôle de l'ordre public (art. 28 et 37). Les formulations classiques ont été ici reprises, en précisant que, comme dans le contexte d'autres règlements, tel le règlement Bruxelles Ibis, les précisions relatives au déroulement de la procédure (art. 28, litt. b, et 37§1, litt. c) n'empêchent nullement un contrôle plus général de l'ordre public procédural intégrant notamment les exigences fondamentales de l'article 6 CEDH.

La seconde est beaucoup plus importante et consiste à tenter d'ébaucher un régime juridique particulier pour les divorces non juridictionnels. C'est le nouveau chapitre 5.

Sur les divorces non juridictionnels

Il s'agit sans doute de l'innovation la plus importante du texte.

La formulation elle-même a beaucoup évolué au fur et à mesure des discussions. Le point de départ était bien sûr la formulation proposée par l'arrêt *Sahyouni* : divorces obtenus (préféré à « prononcés ») sans le concours de nature constitutive d'une juridiction ou d'une autorité publique (CJUE, 20 décembre 2017, aff. C-372/16, *Sahyouni*). C'est cette distinction entre les divorces juridictionnels et les autres, dont la définition même a évolué pour lui donner plus de précision, qui a donné lieu aux définitions de l'article 3 et au régime de circulation des articles 40 et suivants.

La ligne de partage est donc désormais entre les autorités qui exercent des « fonctions juridictionnelles » au sens de l'article 3§1 (dont la formulation est directement inspirée de l'article 3§2 du règlement 2016/1103 sur les régimes matrimoniaux) et les autres. Les premières relèvent de la méthode de la reconnaissance des situations et les secondes, au moins en partie, de la méthode du conflit de lois. C'est ce que reflètent les articles 40, 41 et 42. Il faut souligner que les divorces visés sont à la fois les divorces obtenus dans les États membres et ceux obtenus dans les États tiers.

Il faut encore souligner que le nouveau règlement 2019/1111 de refonte de Bruxelles IIbis prévoit des règles dont le présent projet s'écarte en partie. La solution retenue par le législateur européen est très libérale (art. 2, 1), 2) et 3), sur la définition de la juridiction, de l'acte authentique et, surtout de « l'accord » en matière de divorce, combiné avec les art. 64 à 68 du règlement), mais elle ne « s'applique » qu'aux divorces consensuels « dont les juridictions sont compétentes au titre du chapitre II » (art. 64). La solution retenue par le GEDIP est plus inclusive, en ce sens qu'elle s'applique à tous les divorces, et un peu plus stricte, en ce sens que son régime de circulation est moins libéral.

L'article 40 vise des divorces « juridictionnels » basés sur un acte authentique ou un accord. Pourvu qu'ils aient fait l'objet de l'intervention d'une juridiction au sens de l'article 3§1, ce qui suppose en particulier qu'ils soient dotés d'une force équivalente à celle d'une décision selon le droit de l'État d'origine, ces divorces suivent le régime des décisions.

En revanche, d'autres formes de divorce issues d'un acte ou d'un accord ne répondant pas aux conditions de l'article 3§1 (et visées à l'art. 3§2) ne sont pas purement et simplement assimilées aux actes authentiques. Elles sont donc soumises aux exigences d'une vérification de loi appliquée, combinée avec un contrôle d'ordre public et d'inconciliabilité.

D'une part, il peut s'agir d'un contrat ou d'un acte consensuel enregistré d'une façon ou d'une autre, par une autorité administrative (tel l'officier de l'état civil ou un notaire dans plusieurs États membres, comme la Lettonie ou le Danemark, mais aussi le nouveau divorce consensuel français). Les divorces purement consensuels doivent avoir été conclus en conformité de la loi de nationalité ou de la loi de la résidence d'un époux pour pouvoir être efficace sur le territoire des États membres. La solution retenue retient donc les rattachements de l'option de droit, tout en étant plus flexible, notamment en ce qu'elle accepte que soit appliquée la loi de la résidence habituelle d'une seule partie.

Ils doivent en outre ne pas être contraires à l'ordre public ni inconciliables avec une décision ou un autre accord. La formulation des règles sur l'inconciliabilité est adaptée des règles classiques, et notamment du nouvel article 68 du règlement 2019/1111. La formulation vise à rendre compte de la possible divergence entre un accord et une décision ou un autre accord.

D'autre part, la disposition sur le divorce unilatéral (tel le *talak* en droit islamique) est plus rigoureuse. Celui-ci, pour pouvoir circuler, doit répondre à deux conditions. D'une part, avoir été prononcé en conformité avec la loi applicable telle que déterminée par le règlement et d'autre part, avoir été prononcé dans un État dont la loi admet ce mode de divorce. Cette double vérification permet à la fois de contrôler la loi appliquée (y compris, en vertu de l'art. 23, la conformité à l'ordre public de celle-ci) et de s'assurer qu'un tel divorce purement unilatéral n'a

pas été prononcé dans un État qui ne l'admettrait pas (exemple d'un *talak* prononcé en Suisse ou en Australie).

En outre, les divorces purement unilatéraux doivent avoir été acceptés sans équivoque par l'autre partie pour pouvoir être reconnus, sauf exception. Une exception possible, que vise la fin de la phrase du paragraphe 1, est celle de l'écoulement d'un temps relativement long depuis le prononcé de la dissolution. La réalité de la vie familiale pourrait dans ce cas conduire à estimer que ce divorce prononcé en application de la loi compétente est valable en Europe. La formulation essaie de rendre compte de cette situation, pour le cas où la portée du critère de l'intensité de rattachement (*Inlandsbeziehung*) inhérent à l'appréciation de l'exception générale d'ordre public ne s'avérerait pas suffisamment précise. En revanche, ce critère peut aider à apprécier la reconnaissance d'un tel divorce prononcé à un moment où l'un des époux résidait dans un pays qui ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage.

Les règles relatives à la contrariété de décisions, enfin, sont les mêmes que celles de l'article 41.

II. Droit applicable aux droits réels, examen d'un futur règlement européen

F. GARCIMARTIN présente la structure du projet d'instrument européen sur la loi applicable aux droits réels soumis par le sous-groupe (voy. l'annexe 2).

La première partie définit le champ d'application du projet. Pour rappel, lors de la réunion d'Anvers, le groupe avait marqué son accord sur le contenu du champ d'application matériel inscrit à l'article 1, en particulier l'exclusion des droits de propriété intellectuelle et une priorité accordée aux biens corporels. L'article 2 reprend une série de définitions.

La deuxième partie comprend les règles de conflit de lois, d'abord une règle générale (article 4), ensuite deux règles spéciales relatives aux biens en transit (article 5) et aux moyens de transport (article 6). Le domaine de la loi applicable fait l'objet de l'article 7 et le conflit mobile, de l'article 8 visant à la protection des droits acquis. De plus, le sous-groupe propose que deux règles spéciales, l'une relative aux biens volés, l'autre relative aux biens culturels, soient ajoutées.

La troisième partie reprend des dispositions générales.

Par leur contenu, les dispositions cherchent d'abord à refléter les règles traditionnelles issues d'autres instruments de droit international privé.

La discussion met en avant l'utilité du projet pour le marché intérieur de l'Union européenne. De fait, la raison pour laquelle la Commission européenne n'a pas encore adopté de proposition dans la matière tient au fait que les débats sur ce sujet restent nombreux. Il serait donc intéressant que le Groupe parvienne à l'adoption d'un texte.

Le texte se limite au conflit de lois. Il ne vise donc pas le conflit de juridictions, en particulier la compétence internationale. De fait, le règlement Bruxelles *Ibis* couvre la matière, y consacrant des règles spéciales (art. 24). Encore conviendrait-il de tenir compte de ce dispositif, notamment pour la délimitation de la notion de droits réels, en particulier de l'acquis jurisprudentiel, tout en sachant que, dans la structure propre à ce règlement, la place dérogoire de l'article 24 induit une interprétation stricte de ses termes.

1) Article 1 : champ d'application matériel

Article 1. Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to proprietary rights (rights *in rem*) in tangible assets³.
2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation:
 - (a) questions involving the status or legal capacity of natural persons,
 - (b) questions involving the capacity of legal persons,
 - (c) contractual obligations⁴,
 - (d) non-contractual obligations,

³ A recital should clarify that this Regulation shall not apply, in particular, to receivables, rights to the performance of obligations other than receivables, negotiable instruments or negotiable document in electronic form, right to payment of funds credited to a bank account, certificated and book-entry securities.

⁴ A recital should clarify that when the law applicable to the proprietary rights requires a valid contract as a condition for its acquisition, the validity of the contract shall be determined by the law applicable under the Rome I Regulation.

- (e) the creation or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes⁵,
- (f) the creation or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships⁶,
- (g) the creation or transfer of property rights by succession⁷,
- (h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights⁸,
- (i) the transfer of proprietary rights by operation of law as a consequence of company mergers, divisions or global transfers (universal succession), and
- (j) the creation, administration and dissolution of trust⁹.

Le paragraphe 1 pose le principe général alors que le paragraphe 2 énonce les exclusions. Le sous-groupe a été attentif au fait que les matières couvertes par le projet ne doivent pas empiéter sur le champ d'application matériel des autres règlements.

D'emblée, certains membres regrettent l'importance des limitations apportées au domaine matériel du texte, même s'ils conviennent que celles-ci sont de nature à faciliter l'adoption d'un premier texte.

Les discussions portent successivement sur la délimitation entre les matières contractuelles couvertes par le règlement Rome I et les matières contractuelles relevant du projet (a) et sur les aspects du trust entrant dans le champ d'application du projet (b).

a) Exclusion des obligations contractuelles et non contractuelles

La discussion porte essentiellement sur le fait que certains droits nationaux, tel le droit allemand, font une distinction entre l'accord qui crée des obligations de transfert de droits réels et l'accord qui affecte le transfert même de droits réels. Le premier est soumis au règlement Rome I et le second, au présent projet. Si l'ensemble du Groupe convient effectivement que la distinction soit faite, des imprécisions subsistent sur la manière dont les droits nationaux distinguent ces accords et sur la manière de formuler la distinction. Un consensus se dégage pour distinguer, dans le texte, ces deux types d'accords. Le sous-groupe pourrait réfléchir à une dissociation entre la condition de l'existence d'un contrat, qui dépendrait de la loi réelle, et la question de la validité de ce contrat, relevant du règlement Rome I. D'un point de vue terminologique encore, le terme « contrat » devrait être remplacé par celui d'« accord », pour éviter toute confusion que pourrait entraîner le terme contrat pour l'application du règlement Rome I. Enfin, il y aurait lieu d'être attentif à la matière des cessions de créances et à l'évolution des travaux de l'Union à ce sujet.

S'agissant encore de la matière extracontractuelle, est soulevée la question de la rétention ou de la restitution d'un bien en lien avec une action quasi délictuelle : il y aurait également lieu de dissocier clairement les domaines respectifs de ce projet et du règlement Rome II, tout en se basant sur le principe de l'interprétation autonome, indépendante des qualifications en droit national.

⁵ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on matrimonial property regimes in accordance with recitals 24 to 28 of the latter instrument.

⁶ *Idem.*

⁷ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on successions in accordance with recitals 14 to 19 of the latter instrument

⁸ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on insolvency proceedings. The term "effects of the opening of insolvency proceedings" includes in particular, the enforcement of a proprietary right after the opening of insolvency proceedings, the ranking of claims and the avoidance of the creation or transfer of proprietary rights.

⁹ A recital should clarify that this exclusion should not be understood as a general exclusion of trusts. Where a trust is validly created the law applicable under this Regulation should apply to govern the trust's proprietary rights over tangible assets.

b) Le trust

Le paragraphe 2, litt. j), exclut du projet la création, l'administration et la dissolution du trust. Il ne s'agit pas d'une exclusion complète des trusts puisque le droit applicable à un bien faisant partie du trust est déterminé par le projet. Cette précision fera l'objet d'un considérant. Sans contester la *ratio legis* de cette disposition, de nombreux membres appellent à une clarification de la formulation de l'exclusion. Le recours au terme « création » laisserait notamment sous-entendre que les effets du trust sont exclus du projet alors que ce n'est pas le cas. Ainsi en droit anglais, le droit qui régit le trust détermine les droits et obligations entre parties mais non à l'égard des tiers, ceux-ci étant régis par la loi du lieu de situation.

Le sous-groupe pourrait chercher une piste de solution dans l'expérience des droits belge et luxembourgeois. Lors de l'adoption du Code belge de droit international privé en 2004, il était évident pour le législateur de ne pas permettre de créer un droit réel non repris dans la liste fermée sur un bien situé en Belgique. Le Code a ainsi introduit une règle de reconnaissance du trust en Belgique mais contient une réserve concernant l'effet d'un trust sur l'établissement d'un droit sur un bien localisé en Belgique, qui ne peut répondre qu'au droit réel prévu par le droit local (art. 125). De son côté, le Luxembourg a ratifié la Convention de La Haye de 1985, et la tendance y consiste à accepter les effets de la constitution d'un trust qui n'a pas été fait spécialement pour les biens situés au Luxembourg.

Le sous-groupe pourrait donc réfléchir, parmi les exclusions, à la possibilité de formulations plus précises, de nature à refléter la politique qui sous-tend ces exclusions.

2) Article 2 : définitions

Article 2. Definitions

For the purpose of this Regulation:

- (a) "Proprietary rights" means rights over tangible assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, usufruct or right of retention;
- (b) "Tangible assets" means assets able to be physically possessed and include both movable and immovable;
- (c) "Relevant time" means the time of the acquisition of the corresponding proprietary right (alternative: the time when the facts occurred from which the acquisition or the loss of the corresponding proprietary right derive¹⁰).

L'article 2 contient une liste de définitions. Celle relative au « *proprietary rights* » s'inspire du règlement Bruxelles Ibis. Parmi les exemples, on pourrait également ajouter les « *mortgages* ». En ce qui concerne la notion de « *relevant time* », qui couvre l'hypothèse du conflit mobile, elle ne vise par hypothèse que les biens mobiliers. L'alternative proposée entre parenthèse se veut plus descriptive.

S'agissant des « *proprietary rights* », l'exemple du « *right of retention* » peut être omis. Une notice pourrait expliciter qu'il ne vise que les relations avec des tiers, non entre parties.

La question de savoir si les biens culturels sont inclus dans la définition des biens tangibles est posée dès lors que ces biens font déjà l'objet de plusieurs conventions. Il est décidé de traiter ce point lors de l'examen de l'article 14 du projet portant sur les relations de ce dernier

¹⁰ See Art. 100 Swiss PIL Act. The issue of "transformation" or "modification" of a right *in rem* may be considered.

avec les conventions internationales existantes. Pour le reste, la notion de « *tangible assets* » sera traitée lors de l'examen du domaine de la loi applicable.

La notion de « *relevant time* » fait débat, d'une part, sur les termes de la définition et, d'autre part, sur le choix de l'emplacement de sa détermination, actuellement placée sous l'article 8 du projet.

Article 8. [conflit mobile] Protection of acquired rights

1. This Article applies if there is a change of the connecting factor that determines the applicable law under this Regulation¹¹.

2. In this Article -

a) "the new law" means the law applicable under this Regulation after the change;
b) "the old law" means the law applicable under this Regulation before the change.

3. The old law continues to govern the existence of a proprietary right created before the change of the applicable law¹².

4. The new law governs the extent and the exercise of a proprietary right created under the old law¹³ and the priority between a proprietary right created under the old law and a competing proprietary right created under the new law.

5. Where a person invokes a proprietary right to which he is entitled under the old law and the new law does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted [transposed] to the closest equivalent right *in rem* under the law of that State, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right *in rem* and the effects attached to it¹⁴.

6. If a proprietary right has not been acquired under the old law previously to the change of law, as to the acquisition of a proprietary right under the new law, facts that took place under the old law are considered as if they took place under the new law¹⁵.

[Possible special rule for claims over stolen goods¹⁶ or cultural goods¹⁷] -

S'agissant de la définition, la référence au seul terme « *acquisition* » semble trop étroite. Il devrait être remplacé plus largement par « *creation, modification or termination* ». Par ailleurs, une nette préférence est émise pour la variante proposée en raison de sa clarté, dans la mesure où elle explicite un élément factuel. Encore conviendrait-il de déterminer le

¹¹ An alternative formulation may be: "This Article applies if the asset is moved from one State to another", but it would not cover the means of transport governed by Article 6.

¹² A recital should explain that this provision entails the obligation to recognize "proprietary rights" validly created under the law of the country where the asset was at the time of creation of the right.

¹³ See Art. 43 (2) EGBGB; Art. 100 (2) Swiss PIL Act

¹⁴ See, e.g., Art. 31 of the Succession Regulation, the corresponding recitals should also be included in this Regulation. (recitals 16 and 17)

¹⁵ See Art. 43 (3) EGBGB; Art. 102 Swiss PIL Act. This solution could also be included in the recital as an interpretive criteria of the general rule.

¹⁶ See, for example, Art. 92 Belgian Law: "La revendication d'un bien volé est régie, au choix du propriétaire originaire, soit par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa disparition, soit par celui de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication."

Toutefois, si le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa disparition ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication."

¹⁷ See, for example, Art. 90 Belgian Law: "Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication."

Toutefois, si le droit de l'Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication".

fait précis à considérer en cas de faits pluraux ou continus, tel le « *last fact* » ou « le moment où le droit est invoqué ».

L'emplacement de la mention du « *relevant time* » dans le corps du projet est soulevée, sans qu'une orientation précise puisse s'en dégager avant de passer à l'examen de l'article 8 du projet. Dans la version actuelle, le terme apparaît dans la règle générale de rattachement de l'article 4 (voy. *infra*) aux termes de laquelle « *The proprietary rights in an asset are governed by the law of the country within the territory of which the asset is located at the relevant time* ». Ensuite, l'article 8 établit, en cas de conflit mobile, une distribution entre la loi de l'ancienne localisation du bien et celle de sa nouvelle localisation, dans l'objectif de préserver les droits acquis.

A ce stade de l'examen du projet, quatre variantes sont évoquées :

- Maintenir la définition du « *relevant time* » à l'article 2 ;
- Intégrer la définition dans la règle générale de l'article 4. L'avantage de cette option est qu'elle permet de préciser d'emblée la portée de la règle générale de rattachement. Toutefois, elle alourdit la formulation de l'article 4 au détriment d'une présentation condensée du rattachement de principe. Cette solution limite également la portée de la définition à l'article 4 alors que cette définition présente également des liens avec l'article 8. Pour d'autres, la mention pourrait être ôtée de l'article 4 car la question du « *relevant time* » ne se posera pas nécessairement dans le contexte de mise en œuvre de cette disposition générale ;
- Intégrer la définition dans l'article 8 du projet. Cette solution permet à l'article 4 de se cantonner à énoncer une règle générale. Certains émettent néanmoins des doutes sur le fait que les questions relatives au « *relevant time* » soient de même nature que celles relatives au conflit mobile traitées par l'article 8. Dans cet esprit, il ne devrait donc pas être question d'insérer la définition du « *relevant time* » dans l'article 8 qui ne traite pas de la même chose.
- Insérer l'article 8 dans l'article 4. Un tel déplacement affecterait cependant la portée de la notion pour l'article 6, qui vise les moyens de transport.

Parmi les codifications nationales, exemple pourrait être pris dans les lois suisse et belge de droit international privé. Selon l'article 99 de la loi suisse :

« 1. Les droits réels immobiliers sont régis par le droit du lieu de situation de l'immeuble. 2. Les prétentions résultant d'immissions provenant d'un immeuble sont régies par les dispositions de la présente loi relatives aux actes illicites (art. 138) » ;

et l'article 100, §1 précise que :

« L'acquisition et la perte de droits réels mobiliers sont régies par le droit du lieu de situation du meuble au moment des faits sur lesquels se fonde l'acquisition ou la perte ».

Selon l'article 87 de la loi belge :

« § 1^{er}. Les droits réels sur un bien sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel ce bien est situé au moment où ils sont invoqués.

L'acquisition et la perte de ces droits sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de la survenance des actes ou des faits invoqués pour fonder l'acquisition ou la perte de ces droits.

§ 2. Lorsque le bien visé au § 1er est constitué d'un patrimoine composé d'un ensemble de biens affectés à une destination particulière, notamment un fonds de commerce, il est réputé être situé sur le territoire de l'Etat avec lequel le patrimoine présente les liens les plus étroits.

§ 3. La constitution de droits réels sur une créance ainsi que les effets de la cession d'une créance sur de tels droits sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel la partie qui a constitué ces droits ou a cédé la créance avait sa résidence habituelle au moment de la constitution ou de la cession.

Les effets d'une subrogation conventionnelle sur des droits réels sont régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le subrogeant avait sa résidence habituelle au moment du transfert ».

3) Article 3 : champ d'application spatial

Article 3. Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

L'ensemble du Groupe marque son accord sur cette disposition.

4) Article 4 : règle générale

Article 4. General rule

The proprietary rights in an asset are governed by the law of the country within the territory of which the asset is located at the relevant time.

Etant donné que les questions soulevées par la définition, la place et la nature des termes « *relevant time* » ont été reportées aux discussions relatives à l'article 8, le Groupe décide de mettre ces termes entre crochets à l'article 4 et d'y revenir après les discussions portant sur l'article 8.

La question de laisser aux parties la faculté de faire choix du droit applicable est soulevée. Le Cours général de J. BASEDOW fait état des nouveaux domaines ouverts à l'autonomie de la volonté parmi lesquels on retrouve un type de droit réels, les « *securities* ». Le droit international privé suisse, suivi par plusieurs codifications nationales, octroie aux parties une forme d'autonomie de la volonté mais le choix des parties n'est pas opposable aux tiers¹⁸. Les principes UNIDROIT et UNCITRAL autorisent l'autonomie de la volonté uniquement pour certains biens tangibles.

Le groupe décide de ne pas modifier l'article 4 sur ce point.

¹⁸ L'article 104 du code de droit international privé suisse dispose que « *Les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droits réels mobiliers au droit de l'Etat d'expédition ou de destination ou au droit qui régit l'acte juridique de base. 2 L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers* ».

5) Article 5 : biens en transit

Article 5. Assets in transit

The acquisition and the loss of proprietary rights in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the country of destination¹⁹.

La règle de l'article 5 est inspirée des principes UNCITRAL. Pour les biens en transit, le droit applicable est celui du lieu de destination plutôt que celui de la situation du bien étant donné que cette localisation change constamment. Cette disposition est similaire à l'article 101 de la loi suisse, à l'article 52 de la loi italienne et à l'article 88 de la loi belge. Il est prévu qu'un considérant précise que cette disposition « *allows, in particular, for the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the country of destination²⁰ and it presupposes that the asset eventually arrives in that country* ».

Les discussions portent sur l'hypothèse du bien qui n'arrive pas à destination, sur la nécessité de prévoir d'autres exceptions à la loi désignée par l'article 5 et sur l'opportunité de définir les termes « *assets in transit* ».

— Sur le cas du bien qui n'arrive pas à la destination convenue

Lorsque le bien en transit n'arrive pas à la destination prévue., deux options sont possibles : soit le droit applicable est déterminé par l'article 4, soit le droit de la destination s'applique. En maintenant l'application du droit de la destination, il est souligné que le texte offre un choix de loi aux parties. Celles-ci peuvent en effet prévoir un lieu de destination fictif pour garantir l'application du droit de ce lieu alors qu'elles savent, dès le départ, que le bien n'atteindra pas cette destination. Plusieurs membres ne s'opposent pas à cette forme d'autonomie de la volonté mais s'interrogent alors sur la possibilité de prévoir que les parties puissent également choisir le droit de l'Etat d'origine du bien. L'intérêt de choisir le droit d'origine n'est cependant pas évident puisque le bien est, par nature, déplacé rapidement vers un autre Etat et ne présente plus de liens avec l'Etat d'origine. La possibilité de confier aux parties un choix est finalement écartée. Il est rappelé que l'article 5 est inspiré de nombreux textes internationaux et que la politique qui sous-tend le texte est de constituer une exception à la règle générale de l'article 4. Par conséquent, si le bien en transit n'arrive pas au lieu de destination prévu, le droit applicable est déterminé par l'article 4. Cette approche fait l'objet d'un accord au sein du Groupe.

— Sur la nécessité de prévoir d'autres exceptions

Il est envisagé d'ajouter des exceptions à l'application de la loi du lieu de destination du bien en transit, en faveur de la loi de situation, à savoir :

- le cas de mesures conservatoires ;
- le cas où les droits de tiers sont en cause : la loi de destination présente dans ce cas moins de liens que la loi de situation en raison de l'intervention d'un tiers.

— Sur la définition de bien en transit

Le projet devrait préciser la notion de bien en transit. S'il est évident que cette notion couvre les biens envoyés par la poste ou par un moyen de transport en vertu d'un contrat

¹⁹ See Art. 101 Swiss PIL Act or 52 Italian PIL Act (but see Art. 10(1) III Spanish Civil Code). A recital should explain that (i) this provisions allows, in particular, for the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the country of destination; and (ii) it presupposes that the asset eventually arrives in that country (see Art. 85 (4) UNCITRAL Model Law on Secured Transactions).

²⁰ Il est commun de prévoir cela dans le commerce international.

commercial, il en va autrement du sort des biens volés ou des biens qui ont acquis le statut de bien en transit suite au non-respect des clauses contractuelles. La question de savoir s'il faut une définition et, dans l'affirmative, la question de la place de cette définition (considérant, article 2 ou article 5) sera examinée par le sous-groupe.

6) Article 6 : moyens de transport

Article 6. Means of transport²¹

1. The proprietary rights in an aircraft are governed by the law of the country of its nationality (alternative: flag/registration²²).
2. The proprietary rights in a railway vehicle are governed by the law of the country of its licensing (alternative: registration)
3. The proprietary rights over a vessel are governed by the law of the country of its registration.

[The coming into existence of a statutory lien in those means of transport underlies the law applicable to the underlying claim. The ranking among several claims is governed by the law of the country of location of the asset²³²⁴]

L'article 6 est une règle spéciale qui déroge à la règle générale de l'article 4. Les hypothèses visées ne permettent pas, en raison de leur nature, d'appliquer le facteur de rattachement de l'article 4.

L'article 6 prévoit des règles de rattachement applicables respectivement aux aéronefs, aux trains et aux navires. En ce qui concerne les droits de propriété liés aux aéronefs, la disposition renvoie à la loi du pays de la nationalité (ou à la loi du lieu de l'enregistrement). Le droit applicable aux droits de propriété portant sur un train est celui du lieu de sa licence (ou son lieu d'enregistrement). Enfin, le droit applicable aux droits de propriété touchant des navires est le droit de l'Etat de son enregistrement. Ces solutions se retrouvent en droit national, par exemple en Espagne ou en Belgique.

L'article 6 précise entre crochets que :

« the coming into existence of a statutory lien in those means of transport underlies the law applicable to the underlying claim. The ranking among several claims is governed by the law of the country of location of the asset ».

Compte tenu de son lien avec l'article 7, il est prévu de reprendre la disposition lors des discussions sur le domaine de la loi applicable.

La discussion porte sur la structure de l'article 7 et sur le cas de biens non enregistrés.

Quant à la structure, le sous-groupe pourrait envisager de regrouper les trois paragraphes en un seul, puisque ceux-ci convergent vers un rattachement en fonction du lieu d'enregistrement. Ensuite, un paragraphe distinct porterait sur les autres biens.

La discussion relève que tous les biens ne font pas l'objet d'un enregistrement. Plutôt que de distinguer, dans trois règles de conflit, les aéronefs, les trains et les navires, il est proposé de

²¹ See Art. 45 EGBGB, Art. 10 (2) Spanish CC;

²² If "registration" is used here, a unique rule may cover all means of transport included in this provision.

²³ See Art. 45 (E) EGBGB. It should be discussed whether this rule should be generalized.

²⁴ Alternatively, this clarification may be located in Article 7.

rédiger une règle de conflit de lois applicable aux biens enregistrés, d'une part, et aux biens n'ayant pas fait l'objet d'un enregistrement, d'autre part.

Un accord se dégage pour retenir, pour les biens enregistrés, la loi du lieu d'enregistrement. Ce lieu doit être préféré au lieu de la situation du bien dès lors qu'il est question de biens qui, par nature, sont constamment en mouvement. En choisissant le droit du lieu de la situation du bien, on risque d'aboutir à l'application d'un droit n'ayant pas de lien suffisant avec le bien.

La question du rattachement des biens n'ayant pas fait l'objet d'un enregistrement est à explorer par le sous-groupe.

7) Autres biens

Le sous-groupe devrait examiner l'opportunité de dispositions spéciales concernant les biens volés et le biens culturels et présenter, le cas échéant, des propositions de rédaction en vue de la prochaine réunion.

III. Codification de la partie générale du droit international privé européen : Choix d'une stratégie

Lors de la réunion d'Anvers, il avait été décidé de travailler par étapes sur la codification de la partie générale du droit international privé, en sous-groupe, et ce, en vue d'identifier les points spécialement affectés par le droit général de l'Union, pour aboutir à un document de synthèse. Le consensus dégagé portait sur la nécessité de travailler sur une partie générale. Par contre, il restait à s'accorder quant à l'instrument qui consignerait le résultat de la discussion et quant à la structure de cet instrument.

A. Présentation générale

F. JAULT-SESEKE présente le document de travail concernant les réflexions sur une codification d'une partie générale d'un code de droit international privé européen (voy. l'annexe 3). Ce document est parti d'une proposition établie par P. LAGARDE²⁵. Autre encore sera pour le Groupe de se déterminer en faveur d'une forme de proposition de règlement « Rome 0 », ou plutôt d'une proposition plus informelle.

Le document de P. LAGARDE est repris avec des adaptations tenant compte de prises de position antérieures du Groupe, par exemple sur la nationalité à la suite de la réunion de Lausanne en 2013. Par ailleurs, le document du sous-groupe contient un certain nombre d'indications entre crochets, ces derniers indiquant les domaines dans lesquels le sous-groupe n'avait pas reçu de mandat pour y travailler spécifiquement. Ainsi, la question de la relation avec les États tiers fait l'objet tantôt d'une disposition spécifique, tantôt d'une intégration ponctuelle dans certaines dispositions.

Quoique le document soit présenté sous forme d'articles, le rapporteur suggère de s'en tenir à une discussion générale à ce stade, du fait que la réflexion n'est pas suffisamment avancée. Le Groupe devrait d'abord s'accorder sur ce qu'il souhaite faire à propos d'une telle codification.

La structure du texte comporte quatre chapitres, relatifs à des dispositions préliminaires, à la compétence juridictionnelle, aux conflits de lois et à la reconnaissance et à l'exécution des situations, des actes authentiques et des décisions. Ce dernier chapitre est assez bref, du fait que plusieurs instruments européens sont très développés sur ces questions.

— Sur les dispositions préliminaires

L'article 1 définit l'objet d'un futur code européen. Le souhait est que ce code puisse traiter du conflit de juridictions et du conflit de lois ainsi que de la reconnaissance et de l'exécution des actes authentiques et des décisions. Le projet inclut également la reconnaissance des situations juridiques. Une question essentielle se pose déjà à ce stade-ci : faut-il ou non inclure la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques et décisions des États tiers ?

L'article 2 traite des conventions internationales en vigueur dans les États membres (ou auxquelles ils seront parties) et celles auxquelles l'Union européenne est ou sera partie. Le code (ou le règlement, dépendant de la forme que le projet prendra) n'a pas pour objectif d'entrer en concurrence avec les conventions existantes, sauf lorsqu'elles régissent les relations entre des États membres.

²⁵ P. LAGARDE, « Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé », *RebelsZ*, 2011, vol. 75, pp. 673-676.

L'article 3 concerne les questions de nationalité et règle notamment les conflits de nationalités. Cet article reprend le texte arrêté par le Groupe lors de la réunion de Lausanne.

Quant aux articles 4 et 5, ils montrent clairement que l'ambition du code n'est pas de faire table rase de ce qui existe dans les États membres. Ils maintiennent donc le principe de subsidiarité et l'autonomie procédurale des États membres.

— Sur la compétence juridictionnelle

De manière logique, cette partie commence par rappeler – par un texte classique et sobre – l'immunité de juridiction (article 6).

Elle établit aussi, de manière générale, la portée universelle des règles de compétence (art. 7) et l'office du juge en matière de compétence (art. 8). Sur ce dernier point, les textes actuels présentent des différences sensibles. De même, une règle unique traite des conséquences de la non-comparution du défendeur (art. 9).

Quatre dispositions (art. 10 et s.) visent la litispendance et la connexité. Elles reprennent celles du règlement Bruxelles *Ibis*, tout en incluant les relations avec les États tiers.

L'article 14 introduit un *forum necessitatis*. Les membres du sous-groupe ont tous admis le besoin d'un tel dispositif subsidiaire.

— Sur le conflit de lois

Le document commence par reprendre différentes solutions retenues par les règlements spéciaux (à propos du champ d'application et spécialement, de son caractère universel, de l'ordre public et des lois de police).

Constitue en revanche une nouveauté le dispositif concernant l'autorité de la règle de conflit de lois et l'établissement du droit étranger (respectivement, art. 17 et 18). Aux termes de ces dispositions, le juge applique d'office la règle de conflit de lois et établit d'office le contenu du droit étranger.

Au sujet du renvoi, la question n'est toujours pas réglée. Cela étant dit, le texte propose une exclusion du renvoi (art. 15), sans revenir sur le principe acquis du règlement successions²⁶ prévoyant en son article 34 que :

« 1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient :

a) à la loi d'un État membre ; ou

b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi.

2. Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22, à l'article 27, à l'article 28, point b), et à l'article 30 ».

Il est toutefois précisé qu'à la suite des discussions sur le projet divorce (voy. *supra*, point I), il conviendrait sans doute de se poser la question de sa suppression ou de son maintien dans le code.

²⁶ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, *J.O.*, L201, 27 juillet 2012, p. 107.

Ce chapitre propose également une disposition nouvelle sur la clause d'exception. Une telle clause n'a pas encore été formulée de façon générale dans les textes spécifiques, si ce n'est dans le règlement Rome I.

— Sur la reconnaissance et l'exécution

Le chapitre 4 relatif à la reconnaissance et à l'exécution ne contient encore aucune disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des actes authentiques, alors même qu'ils sont visés à l'article 1 du code.

Par ailleurs, ce chapitre se contente de poser un principe, car le but n'est pas de répéter ce qui existe dans les textes existants, par ailleurs très complets sur ces questions.

B. Présentation de l'incidence des principes du droit de l'Union

CH. KOHLER présente (voy. l'annexe 4) une liste de notions générales du droit de l'Union de nature à avoir une incidence sur l'établissement d'une partie générale de droit international privé dans un instrument européen, en complément du document soumis par le sous-groupe. L'intention est d'identifier des questions propres au droit de l'Union lorsque l'on réfléchit à l'interaction du droit de l'Union et du droit international privé classique. Cet essai de codification d'une partie générale oblige en effet à procéder à un exercice classique de codification en tenant compte des spécificités du droit de l'Union. Le rapporteur attire donc l'attention du Groupe sur les éléments qui, pour lui, doivent être pris en compte et qui sont propres au droit de l'Union.

Les cinq thèmes retenus (à savoir, le principe d'origine, les principes d'équivalence et d'effectivité, la reconnaissance des situations, les lois de police d'origine européenne, l'ordre public et la relation avec les États tiers) constituent des notions à considérer lors de la formulation des règles de conflit. Cependant, ces notions ne sont pas nécessairement des principes se prêtant à codification : elles peuvent aussi affecter l'interprétation des textes et les conditions de leur mise en œuvre.

Par exemple, au regard de la reconnaissance des situations juridiques, le texte présenté montre qu'il est possible de formuler une règle à ce sujet (art. 23). Il y a toutefois un risque que la jurisprudence – à qui on doit l'évolution de ce principe – se développe dans des directions difficilement prévisibles. Ceci indique, non pas qu'il ne faille pas tenter d'adopter une règle à ce sujet, mais seulement les limites d'une telle règle.

Quant au principe du pays d'origine, il a fait l'objet d'une longue discussion il y a deux décennies quant à la nécessité ou non de transformer ce principe en une règle de conflit. C'est, aux yeux du rapporteur, à juste titre que l'on s'est abstenu de le faire car c'est un principe / une règle général(e) qui trouve sa raison d'être dans la mise en œuvre des libertés du traité. Cela ne veut évidemment pas dire que ce principe ne joue aucun rôle (le principe de reconnaissance des situations en est d'ailleurs une illustration). Cela signifie juste qu'un tel principe ne dispense pas de réfléchir à une règle de conflit en bonne et due forme.

Il en va de même pour le principe d'équivalence et d'effectivité. Le Groupe en a discuté à de nombreuses reprises, notamment dans le contexte de l'identification et de l'application du droit étranger. Ces principes vont jouer un rôle mais la question reste ouverte de savoir jusqu'à quel point il convient de les formuler dans un texte.

Une remarque similaire peut être faite à propos de la réserve de l'ordre public et de l'incidence de la Charte des droits fondamentaux. Clairement, la Charte s'applique à toutes situations dans le domaine des traités et la codification de ses principes serait inutile.

Sur la question du renvoi déjà traitée par les instruments régissant diverses matières particulières, le rapporteur estime qu'il conviendrait de rouvrir le débat de manière générale, spécialement lorsqu'il s'agit d'une relation avec un État tiers.

Quant aux principes généraux du droit de l'Union (non-discrimination, proportionnalité, etc.), ils ont vocation à guider l'interprétation des principes généraux de droit international privé européen. Mais il n'est pas nécessaire d'aller au-delà de ce qui figure déjà dans les traités. La concrétisation de ces principes n'est pas un exercice évident. Par exemple, si on prend le principe de la coopération loyale entre États membres dans la poursuite et la réalisation des buts de l'Union, c'est un principe indispensable qui est resté trop longtemps lettre morte. Dans l'arrêt *Nikiforidis*²⁷, la Cour de justice n'a pas cerné l'importance de ce principe général dans le cadre concret de l'application des lois de police d'un autre État membre. Tout en précisant qu'il est presque impossible de formuler cela dans une règle de droit international privé, le rapporteur indique que cela ne change rien au fait que – dans le cadre d'un exercice de codification – il faudra trouver un moyen de faire comprendre que les principes du droit de l'Union peuvent guider l'interprétation des règles, même classiques, de droit international privé.

C. Discussion générale

De l'avis des membres, la proposition du sous-groupe constitue une bonne base de départ. D'emblée cependant, des incertitudes sont exprimées sur la faisabilité d'un tel projet, voire sur son utilité. D'autres se demandent si, au lieu d'une codification, il serait plus utile de procéder au relevé des principes qui impactent le droit international privé et d'en donner des illustrations. Cependant, le Groupe a, depuis sa constitution, privilégié la rédaction de textes normatifs non comme une fin mais comme une méthode d'évaluation de l'argumentation juridique, sans aboutir nécessairement à toute proposition à destination d'un législateur, même si plusieurs de ces travaux ont effectivement contribué à l'élaboration d'actes européens. Par ailleurs, un travail sur la partie générale du droit international privé pourra contribuer à améliorer la cohérence entre les actes existants et futurs, qui pourraient prendre appui sur des principes et définitions communs. D'autres sont conscients de l'ampleur du travail et suggèrent de procéder par étapes et d'identifier la méthodologie à utiliser (notamment au sujet des instruments servant de référence, de l'interaction avec les instruments existants, etc.). En particulier, si l'objectif sur le long terme est d'avoir un règlement unique en matière civile et commerciale qui engloberait les règles de conflit de lois et de juridictions toutes matières confondues, un travail aussi considérable ne peut être mené en traitant toutes les questions de front. Un objectif à court terme pourrait être de réfléchir à un instrument général qui serait complémentaire aux instruments spéciaux. Dans l'immédiat, cet instrument pourrait combler les lacunes importantes des actes spéciaux à l'égard des dispositions générales du conflit de lois. Celui-ci pourrait donc être traité en premier. En revanche, en matière de compétence internationale, le risque de doublons entre parties générale et spéciale est plus important, par exemple à propos de la litispendance.

Ainsi, le conflit de lois pourrait d'abord se prêter à un examen article par article, en fonction de l'acquis des instruments européens. En termes de contenu, il tiendrait forcément compte du droit international privé comparé des États membres, pour déterminer la règle la plus adéquate mais aussi parce que l'objet d'un acte européen réside dans le rapprochement de législations nationales. Pour autant, cette partie générale ne serait pas le pur reflet du droit comparé car elle devrait tenir compte des principes du droit de l'Union. Ceci nécessiterait donc l'établissement préalable d'une liste de tels principes et d'en déterminer, dans la mesure du possible, le contenu et la portée.

— Sur la méthode : codification ou recommandation ?

²⁷ C.J. (grde ch.), *Republik Griechenland contre Grigorios Nikiforidis*, arrêt du 18 octobre 2016, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774.

Ainsi, malgré un accord sur la nécessité de travailler sur une partie générale du droit international privé, subsiste une interrogation quant à la forme que ce document pourrait prendre. Plutôt qu'un code, le texte pourrait se présenter comme une étude de doctrine, ou encore sous forme de recommandations ou d'orientations à destination du législateur, mentionnant les incohérences et doublons et proposant des pistes de solution. Ceci permettrait de répondre à l'objectif de relever et de supprimer les incohérences, en évitant un travail conséquent de codification. Au surplus, les règles institutionnelles de l'Union risqueront de freiner l'adoption d'un code, et la codification des principes du droit de l'Union est une tâche malaisée, sinon inadaptée à la nature flexible et évolutive de tels principes. Cette forme de communication peut par ailleurs mettre utilement en lumière l'importance pratique du droit international privé européen, encore trop ignoré des acteurs juridiques (par exemple, le RGPD²⁸ a été rédigé en ignorant ce qui existait déjà alors même que les conséquences dans les différents États membres sont importantes). Dans ce contexte, il serait prudent de ne pas utiliser le terme « codification » mais plutôt les termes « écriture des principes ».

D'autres membres souhaitent maintenir l'idée d'une codification, en lien notamment avec la méthode de travail que le Groupe a toujours privilégiée et en vue de montrer la voie pour une codification future dans d'autres matières sur une base similaire à ce qui se fait dans les codifications nationales.

Ainsi, une hésitation subsiste entre une approche maximaliste et une approche minimaliste. La question de la forme que devrait prendre la rédaction de cette partie générale de droit international privé reste donc ouverte.

— Sur le mode de traitement des principes généraux

La question du traitement des principes est également posée. Pour certains membres, leur place serait plutôt dans les considérants du futur instrument, soit au titre d'éléments complémentaires d'interprétation, soit parce que leur codification même est inappropriée. Il est toutefois relevé que la tendance actuelle du législateur à insérer dans de longs considérants des compléments et des explications dépasse l'objet de cet outil qui sert essentiellement à motiver ou à justifier l'acte. Les membres s'accordent alors à exclure ces principes des considérants. Pour certains, une alternative consisterait à établir d'abord une liste des principes utiles pour le droit international privé, ce qui aiderait ensuite le Groupe dans la rédaction de la partie générale de droit international privé.

Le contenu des principes et leur pertinence donnent lieu ensuite à plusieurs illustrations. Ainsi, le principe du pays d'origine n'est pas constitutif d'une règle et sa portée comme principe de droit international privé est encore loin d'être assurée. Quant à la disposition du projet relative à l'application d'office par le juge de la règle de conflit de lois et à la détermination d'office du contenu du droit étranger, elle ne devrait pas, selon certains, se trouver dans cette codification du fait qu'elle serait contraire à l'autonomie procédurale. Pour d'autres cependant, ce même principe d'autonomie procédurale, qui doit bien se trouver dans le texte, doit être mis en lien avec le principe d'équivalence et d'effectivité, en prenant exemple sur ce que fait la Cour de justice. Ce principe pourrait apparaître aussi en lien avec l'application du droit étranger dans une situation impliquant le droit de l'Union.

Il y aurait également lieu de tenir compte du principe d'équivalence réglementaire, par exemple lorsque l'Union conclut des accords de reconnaissance mutuelle des normes avec des États tiers pour s'assurer de l'équivalence des réglementations de ces États avec les standards de l'Union. Ainsi, lorsqu'une telle équivalence a été constatée tant par la

²⁸ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *J.O.*, L119, 4 mai 2016, p. 1.

Commission que par le Conseil, la question se pose de savoir si le juge d'un État membre, appelé à appliquer n'importe quelle loi étrangère, se doit de respecter la loi d'un État tiers dont l'équivalence aura été observée par les organes de l'Union. Ou encore, le principe de coopération loyale pourrait influencer l'application des lois de police du for et étrangères, en adaptant le modèle de l'article 9 du règlement Rome I à l'incidence du principe de reconnaissance mutuelle. Celui-ci était d'ailleurs implicitement évoqué dans l'allusion de l'arrêt *Unamar* aux directives de rapprochement des législations matérielles nationales²⁹.

Une prise en compte de tels principes supposerait encore, pour certains membres, que la liste à établir englobe d'autres principes du droit institutionnel de l'Union pouvant influencer le droit international privé, tels la primauté du droit de l'Union, l'effet utile, la proportionnalité, ainsi que la confiance mutuelle et le principe de l'interprétation autonome du droit de l'Union. À ce stade toutefois, des interrogations subsistent quant à la liste des principes utiles, voire quant à la faisabilité d'établir une telle liste, quant à leur contenu et à leur importance et quant à leur place dans le futur texte.

— Vers une approche en plusieurs phases

Même si le Groupe reste attaché à la perspective d'un acte unique de droit international privé intégrant à terme partie générale et parties spéciales, il convient de procéder par étapes. La première étape consiste, d'un côté, à effectuer un travail exploratoire ayant pour objet d'identifier les principes généraux utiles à l'établissement de règles générales et le périmètre des actes existants, en termes de présence de règles générales, de (in)cohérences, de doublons et de lacunes. D'un autre côté, le Groupe pourrait s'essayer à expérimenter un travail d'écriture de certaines règles générales mais en se concentrant, dans un premier temps, sur les règles de conflit de lois. Plutôt qu'une analyse *a priori* des principes avec leur influence sur les conflits de lois accompagnée d'illustrations comme le principe de reconnaissance mutuelle à l'égard des lois de police, certaines règles générales seraient abordées en tenant compte de tels principes, par exemple sur la condition du droit étranger, les lois de police ou l'exception d'ordre public. Ce faisant, il faudra déterminer s'il convient de s'en tenir à une codification à droit constant ou de viser des règles innovantes, quitte à corriger certaines dispositions de l'acquis.

Un consensus se dégage encore pour dresser, parallèlement, un synoptique de l'acquis pour y déceler les contradictions et lacunes (par exemple sur le traitement des questions préalables), et pour envisager des solutions cohérentes. Vu la nature de la tâche, ce relevé ne serait toutefois réalisable qu'avec la collaboration d'une équipe de chercheurs et avec une forme de financement à déterminer.

En même temps, un autre sous-groupe se chargerait du relevé des principes et de l'analyse de leur impact sur les règles de droit international privé, sur la base de la liste présentée par Ch. KOHLER (voy. l'annexe 4) et du document présenté par le sous-groupe (voy. l'annexe 3).

Ainsi, l'orientation choisie consisterait à élaborer des orientations générales tout en expérimentant la faisabilité de la formulation de certaines règles générales de conflit de lois. Ceci supposerait la préparation de tableaux synoptiques portant, respectivement, sur la portée des principes généraux et sur l'état, en termes de cohérence, des dispositions générales présentes dans les actes existants.

²⁹ C.J. (3^{ème} ch.), *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV contre Navigation Maritime Bulgare*, arrêt du 17 octobre 2013, aff. C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663.

IV. Actualités du droit de l'Union : Premiers regards sur la refonte du règlement Bruxelles II bis

C. KOHLER présente trois caractéristiques du règlement 2019/1111 de refonte du règlement Bruxelles II bis³⁰. Quoique désormais en vigueur, il n'est applicable qu'aux actions judiciaires intentées, aux actes authentiques dressés ou enregistrés et aux accords enregistrés le ou après le 1^{er} août 2022 (art. 100).

Cette refonte intéresse directement le Groupe compte tenu de ses travaux en cours. La présentation porte essentiellement sur trois points : l'exécution des décisions en matière de responsabilité parentale, les nouvelles dispositions relatives aux enlèvements internationaux et celles relatives à la reconnaissance des divorces non juridictionnels et l'exécution en matière de responsabilité parentale.

A. Suppression de l'*exequatur* pour toute décision en matière de responsabilité parentale

L'ambition de la Commission européenne était de supprimer l'*exequatur* pour toute décision en matière de responsabilité parentale. Le projet ne s'est pas heurté à beaucoup de résistances sur ce point. Au vrai, la distinction entre les décisions devant faire l'objet d'une déclaration pour être exécutoires et les décisions privilégiées dans le cadre du règlement Bruxelles II bis est reprise. En effet, cette distinction reste présente dans le règlement Bruxelles II ter mais ses contours sont modifiés.

— Le sort des décisions qui, sous l'empire du règlement Bruxelles II bis, doivent faire l'objet d'une déclaration pour être exécutoires

Ces décisions ne doivent plus faire l'objet d'une déclaration de la force exécutoire dans le cadre du règlement Bruxelles II ter. Tout comme dans le cas de la refonte du règlement Bruxelles I, la suppression de l'*exequatur* est néanmoins accompagnée de mesures permettant à la partie contre laquelle l'exécution est demandée de solliciter, dans l'État requis, le refus de la reconnaissance ou de l'exécution en vertu d'un des motifs prévus par le règlement. Ces motifs reprennent en substance ceux figurant actuellement aux articles 22 et 23 du règlement Bruxelles II bis. Un nouveau motif de refus a néanmoins été ajouté pour la reconnaissance d'une décision en matière de responsabilité parentale. Celle-ci peut être refusée si elle a été rendue sans que l'enfant concerné ait eu la possibilité d'exprimer son opinion conformément à l'article 21 du nouveau règlement (art.39.2 du règlement Bruxelles II ter). Le nouveau règlement consacre, à l'article 21, une disposition novatrice et transversale applicable à toutes les procédures impliquant un enfant. Cet article prévoit que :

« 1. Dans l'exercice de leur compétence en application de la section 2 du présent chapitre, les juridictions des États membres, conformément aux législations et procédures nationales, donnent à un enfant qui est capable de discernement une possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié.

2. Lorsque la juridiction, conformément aux législations et procédures nationales, donne à un enfant la possibilité d'exprimer son opinion conformément au présent article, elle prend dûment en compte l'opinion de l'enfant eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

³⁰ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, JO, L 178, 2 juillet 2019, pp. 1 à 115.

Cette disposition s'inspire de ce que préconisent l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux, l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la jurisprudence de la Cour de justice³¹. Le règlement prévoit cependant que le refus n'est pas automatique. L'article 39, § 2, du règlement Bruxelles IIter énonce en effet que :

« La reconnaissance d'une décision en matière de responsabilité parentale peut être refusée si ladite décision a été rendue sans que l'enfant qui est capable de discernement n'ait eu la possibilité d'exprimer son opinion conformément à l'article 21, sauf :

a) si la procédure ne portait que sur les biens de l'enfant et pour autant qu'il n'était pas requis de donner cette possibilité compte tenu de l'objet de la procédure; ou

b) s'il existait des motifs sérieux d'agir ainsi compte tenu notamment de l'urgence de l'affaire ».

Pour la mise en œuvre du droit de la partie concernée de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision concernant la responsabilité parentale, la refonte renvoie au droit de l'État requis. Il est prévu que l'intéressé peut invoquer, dans le cadre d'une procédure unique, outre les motifs de refus prévus par le règlement, ceux prévus par le droit de l'État requis, qui continuent de s'appliquer lorsqu'ils ne sont pas incompatibles avec les motifs prévus par le règlement³². La refonte comporte en outre une nouvelle section avec des « Dispositions communes relatives à l'exécution » qui inclut, notamment, des mécanismes pour la suspension de la procédure d'exécution et le refus d'exécution. Y figure un nouveau motif permettant à l'autorité compétente de suspendre l'exécution dans des cas exceptionnels *« si l'exécution risque d'exposer l'enfant à un grave danger physique ou psychique du fait d'empêchements temporaires qui sont apparus après que la décision a été rendue ou de tout autre changement de circonstances significatif »*. Lorsque le danger revêt un caractère durable, l'autorité compétente peut refuser l'exécution (art. 56.4 et 56.6).

— Le sort des décisions privilégiées dans le règlement Bruxelles IIter

On sait que le règlement Bruxelles IIbis supprimait déjà l'*exequatur* pour certaines décisions accordant un droit de visite ou impliquant le retour d'un enfant enlevé ou retenu dans un État membre. Le nouveau règlement conserve également un traitement plus favorable pour ces décisions, appelées « privilégiées », qui sont reconnues *« sans qu'il soit possible de s'opposer à leur reconnaissance »*, sauf si la décision en question est inconciliable avec une décision ultérieure (art. 43). À relever toutefois que le nouveau motif de suspension, voire de refus d'exécution (art. 56.4. et 56.6) s'applique également à l'exécution d'une décision privilégiée.

B. Nouvelles dispositions relatives aux enlèvements internationaux

Les dispositions en matière d'enlèvement international d'enfants ont été regroupées dans un nouveau chapitre III. Ce chapitre apporte notamment des précisions relatives à son

³¹ Voy. le considérant 19 du règlement Bruxelles IIter : *« Les règles de compétence en matière de responsabilité parentale sont conçues en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant et devraient être appliquées dans le respect dudit intérêt. Toute référence à l'intérêt supérieur de l'enfant devrait être interprétée à la lumière de l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée « Charte ») et de la convention des Nations unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (ci-après dénommée « convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant »), telles qu'elles sont mises en œuvre par les législations et procédures nationales ».*

³² Le considérant 63 donne des exemples de motifs de refus tirés du droit national de l'Etat requis : *« [...]Ces motifs pourraient, par exemple, inclure une opposition fondée sur la présence, dans un acte d'exécution, d'erreurs formelles en vertu du droit national, ou sur l'argument selon lequel l'action requise par la décision a déjà été exécutée ou est devenue impossible, par exemple en cas de force majeure, de maladie grave de la personne à laquelle l'enfant doit être remis, de l'incarcération ou du décès de cette personne, du fait que l'État membre vers lequel le retour de l'enfant est prévu est devenu une zone de guerre après que la décision a été rendue, ou encore le refus de l'exécution d'une décision qui, en vertu du droit de l'État membre dans lequel l'exécution est demandée, n'a aucun contenu exécutoire et ne peut être adaptée à cet effet ».*

articulation avec la Convention de La Haye de 1980 en la matière. Il contient une disposition encourageant, à tout stade de la procédure, le recours à la médiation ou à tout autre « *mode alternatif de règlement des litiges* » sauf, notamment, si un tel recours est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ou retarde indûment la procédure³³. Par ailleurs, le mécanisme prévu actuellement à l'article 11 du règlement Bruxelles II bis — qui consiste à ordonner le retour de l'enfant en dépit d'une décision refusant le retour fondée sur l'article 13 de la Convention de La Haye de 1980 — est maintenu³⁴. Ce mécanisme se combine cependant difficilement avec le nouveau motif de refus évoqué plus haut fondé sur le risque d'exposer l'enfant à un grave danger physique ou psychique (art. 56.4). Si ce motif de refus est invoqué, la décision ordonnant le retour malgré une décision refusant le retour n'aura plus le dernier mot.

C. Reconnaissance des divorces non juridictionnels

L'élément de la refonte intéressant directement les travaux en cours du Groupe concerne la reconnaissance des divorces non juridictionnels à laquelle le nouveau règlement consacre des dispositions novatrices. Celles-ci figurent dans la section « Actes authentiques et accords » du chapitre « Reconnaissance et exécution » et s'appliquent notamment à des accords en matière de divorce et de responsabilité parentale enregistrés dans un État membre. À la différence d'un acte authentique (dont le régime suit en substance celui du règlement actuel), un accord visé par cette section est défini comme « *un acte qui n'est pas un acte authentique, qui a été conclu par les parties dans les matières relevant du champ d'application du présent règlement et qui a été enregistré par une autorité publique notifiée à cet effet à la Commission par un État membre* » (art. 2.2, 2). Ce sera notamment le cas du nouveau divorce sans juge en France contresigné par deux avocats et signé par un notaire. Or, tout comme un acte authentique, un accord relatif au divorce qui a un effet contraignant dans un État membre « *dont les juridictions sont compétentes au titre du chapitre II* » du règlement est assimilé à une décision aux fins de l'application des règles de reconnaissance. La même assimilation vaut, *mutatis mutandis*, pour un accord en matière de responsabilité parentale qui est exécutoire dans un État membre (art. 64 et s.)

Pour pouvoir être reconnu dans un autre État membre, l'accord en matière de divorce doit obligatoirement être accompagné d'un certificat délivré par l'autorité ayant enregistré l'accord. Le contenu du certificat est précisé à l'article 66 et au formulaire de l'annexe VIII du règlement. Y figure, outre les entrées concernant les données formelles, une entrée « *L'État membre d'origine est celui dont les juridictions sont compétentes au titre du chapitre II, section 1, du règlement* », la seule réponse possible, déjà imprimée, étant « *oui* ». En revanche, aucune question ne porte sur le contenu de l'accord ou les circonstances de son établissement. Cependant, la reconnaissance d'un accord concernant le divorce, tout comme la reconnaissance et l'exécution d'un accord concernant la responsabilité parentale, est refusée si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre dans lequel la reconnaissance est invoquée ou si l'accord est inconciliable avec une décision, un acte authentique ou un accord concernant les mêmes parties.

À l'évidence, le régime de reconnaissance des accords en matière de divorce introduit dans le cadre de la refonte diffère à plusieurs égards de l'approche discutée au sein du Groupe lors de la réunion d'Anvers³⁵. Ainsi, le règlement ne vise que les accords enregistrés dans un État membre, tandis que le Groupe vise également les divorces non juridictionnels obtenus dans un État tiers. Ensuite, la refonte ne règle que le divorce consensuel formalisé dans un accord, alors que le Groupe vise aussi la dissolution du mariage par déclaration unilatérale.

³³ L'article 25 du règlement Bruxelles II ter énonce que « *le plus tôt possible au cours de la procédure et à tout stade de celle-ci, la juridiction, soit directement, soit, le cas échéant, avec l'assistance des autorités centrales, invite les parties à examiner si elles sont disposées à entamer une médiation ou à recourir à tout autre mode alternatif de règlement des litiges, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, si ce n'est pas approprié en l'espèce ou si cela retarderait indûment la procédure* ».

³⁴ Voy. sur ce point l'arrêt AZ de la Cour de justice du 22 décembre 2010, C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

³⁵ Voy. le texte provisoire établi à l'issue de la réunion d'Anvers et soumis à discussion au cours de la présente réunion, *supra*, point I, et l'annexe 1).

Enfin, la différence principale entre les deux solutions consiste dans la méthode de réception du divorce non juridictionnel. Alors que le règlement assimile l'accord enregistré dans un État membre à une décision et applique le régime de reconnaissance « procédurale » avec un minimum de contrôle, le Groupe envisage la reconnaissance selon la méthode « conflictuelle », renvoyant selon la version provisoire à la loi applicable désignée en application du chapitre III du projet de règlement ou, selon la version arrêtée au cours de la présente réunion, à la loi de la nationalité ou de la résidence d'une partie. En tout état de cause, les deux solutions prévoient que la reconnaissance est refusée si elle est contraire à l'ordre public de l'État requis.

D. Lacunes

Suivant en cela la proposition de la Commission, la refonte ne modifie ni les dispositions sur la compétence des juridictions en matière matrimoniale ni celles concernant le champ d'application du règlement. Partant, la question de savoir si le règlement vise aussi la dissolution d'un mariage entre personnes de même sexe ne trouve toujours pas de réponse expresse dans le texte. En l'absence d'une disposition qui exclut l'existence et la validité du mariage du champ d'application du règlement, il a été défendu par une partie de la doctrine que la notion de mariage est un concept de droit européen dont l'interprétation « autonome » doit tenir compte de l'évolution des droits nationaux en la matière. Les auteurs soulignent que, au vu du nombre toujours plus important d'États membres dont le droit admet le mariage homosexuel, il serait difficile d'exclure ces mariages du champ d'application du règlement.

V. Actualités de la Commission

A. STEIN présente le résultat de travaux de la Commission en matière civile et commerciale au cours de la saison 2018-2019 ainsi que les projets en cours et futurs — malgré la difficulté à déterminer l'orientation de ces derniers dans l'attente de la constitution de la nouvelle Commission.

A. Travaux réalisés depuis la réunion d'Anvers

— Sur la refonte du règlement Bruxelles IIbis

La refonte du règlement Bruxelles IIbis appelle deux précisions dans le cadre de cette réunion³⁶.

S'agissant du placement des enfants en famille d'accueil, le dispositif du règlement Bruxelles IIbis a dû être révisé en raison de certains dysfonctionnements. Dans certaines situations d'urgence, des enfants étaient placés dans un Etat sans même avoir obtenu l'accord de cet Etat. La refonte améliore le système et apporte des clarifications afin d'éviter ces dysfonctionnements (voy. art. 82).

Par ailleurs, l'hypothèse du placement interne est désormais prise en compte. En effet, certains Etats membres ont été confrontés à des cas où une famille d'origine étrangère installée après avoir régularisé sa situation, doit faire ultérieurement l'objet d'une mesure de placement, dans ce même Etat. Toutefois, pour cet enfant, la préservation de son identité culturelle ou de sa langue maternelle est importante. *A priori*, le règlement Bruxelles IIter ne s'applique pas puisque la situation ne présente pas d'éléments d'extranéité. Politiquement, le traitement de ces situations est très sensible, et l'article 82.3 reflète le souci du législateur européen de tenir compte de ces situations. Cette disposition énonce que :

« L'autorité centrale d'un autre État membre peut informer une juridiction ou une autorité compétente qui envisage le placement d'un enfant de l'existence d'un lien étroit entre l'enfant et cet État membre. Cela ne porte pas atteinte aux législations et procédures nationales de l'État membre qui envisage le placement ».

Ce paragraphe permet donc à un Etat membre d'informer l'autorité centrale de l'existence de liens entre l'enfant et un autre Etat où résident par exemple les grands-parents de manière à préserver l'identité culturelle ou la langue maternelle. Le considérant 84 reflète également la nécessité de prendre en compte ces situations particulières et d'adopter les mesures adéquates :

« Lorsqu'une décision de placement d'un enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement est envisagée dans l'État membre de résidence habituelle de l'enfant, la juridiction devrait songer, dès le début de la procédure, à prendre des mesures appropriées pour garantir le respect des droits de l'enfant, en particulier le droit de préserver son identité et le droit d'entretenir des contacts avec ses parents ou, le cas échéant, avec d'autres membres de la famille, à la lumière des articles 8, 9 et 20 de la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. Lorsque la juridiction sait que l'enfant a un lien étroit avec un autre État membre, les mesures appropriées pourraient en particulier consister, lorsque l'article 37, point b), de la convention de Vienne sur les relations consulaires s'applique, à adresser une

³⁶ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants, JO, L 178, 2 juillet 2019, pp. 1 à 115.

notification au poste consulaire de cet État membre. Des informations fournies par l'autorité centrale de cet autre État membre pourraient aussi faire prendre conscience de l'existence de ce lien étroit. Les mesures appropriées pourraient aussi consister à adresser à cet État membre, au titre du présent règlement, une requête visant à obtenir des informations sur un parent, un membre de la famille ou une autre personne qui pourrait être apte à s'occuper de l'enfant. Par ailleurs, en fonction des circonstances, la juridiction pourrait aussi demander des informations sur les procédures et les décisions concernant l'un des parents ou la fratrie de l'enfant. L'intérêt supérieur de l'enfant devrait rester l'élément primordial. En particulier, aucune de ces dispositions ne devrait porter atteinte aux législations ou procédures nationales applicables à toute décision de placement rendue par la juridiction ou l'autorité compétente dans l'État membre qui envisage le placement. En particulier, ces dispositions ne devraient pas faire obligation aux autorités de l'État membre compétentes de placer l'enfant dans l'autre État membre ou d'associer cet État membre à la décision ou à la procédure de placement ».

— Sur la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 relative aux jugements

L'Union européenne a participé aux négociations relatives à l'adoption de la Convention Jugements. Les négociations ont été longues et ont dû faire face à de nombreux obstacles. La liste des exclusions est certes étendue (art. 2) mais elle s'explique par les efforts réalisés pour parvenir à un texte final. Parmi la liste des exclusions on retrouve, à l'article 2.1, q), « *la restructuration de la dette souveraine par des mesures étatiques unilatérales* ». Cette exclusion a été soulevée par la délégation argentine.

Un autre point porte sur les baux immobiliers. Il en est question à l'article 5.1, h), mais également à l'article 5.3³⁷. Cette solution est le résultat d'un compromis entre les délégations souhaitant une exclusivité pure et simple dans cette matière selon l'article 6 — où le bail était placé dans le projet de Convention —, d'une part, et les délégations qui ne souhaitaient pas l'adoption de l'article 6, d'autre part. Dans ce compromis, l'Union européenne a réussi à protéger ce qui était important, à savoir l'objectif social de protection de la résidence en cas de bail, tout en n'imposant pas une compétence exclusive. En substance, la Convention crée une obligation de reconnaître et exécuter un jugement portant sur un bail résidentiel uniquement s'il a été rendu dans l'Etat où est situé l'immeuble (à l'exclusion de tous les autres filtres juridictionnels de l'article 5) mais sans produire l'effet d'une exclusivité selon les articles 6 et 15 de s'opposer aussi à une reconnaissance et exécution plus généreuse selon le droit de l'Etat requis.

Quant à l'article 19 relatif aux *déclarations relatives aux jugements concernant un État*, il a finalement été décidé, au terme d'une longue négociation, que de telles déclarations sont possibles exclusivement pour ce qui concerne l'Etat même, une agence gouvernementale ou une personne physique agissant pour ceux-ci, mais non pour ce qui concerne des personnes morales, notamment des entreprises appartenant à l'Etat. En outre, une clarification serait apportée dans l'article 19 pour rappeler que :

« La déclaration ne peut pas faire de distinction selon que l'État, une agence gouvernementale de cet État ou une personne physique agissant pour l'un ou l'autre est le défendeur ou le demandeur à la procédure devant le tribunal d'origine ».

³⁷ L'article 5.1 énonce que « *Un jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté si l'une des exigences suivantes est satisfaite [...] (h) le jugement porte sur un bail immobilier et a été rendu par un tribunal de l'État où est situé l'immeuble* » ; mais selon le § 3, « *Le paragraphe premier ne s'applique pas à un jugement portant sur un bail immobilier résidentiel (bail d'habitation) ou sur l'enregistrement d'un immeuble. Un tel jugement est susceptible d'être reconnu et exécuté uniquement s'il a été rendu par un tribunal de l'État où est situé l'immeuble* ». L'article 6 dispose que « *Nonobstant l'article 5, un jugement portant sur des droits réels immobiliers n'est reconnu ou exécuté que si l'immeuble est situé dans l'État d'origine* ».

- Sur la directive 2019/1023 Insolvabilité (harmonisation matérielle)

Bien que cette directive ne relève pas directement des travaux du Groupe puisqu'elle ne contient aucune règle de droit international privé, il est important de souligner qu'elle n'a abouti qu'après de nombreuses négociations entre des Etats membres ayant des positions divergentes³⁸.

B. Projets en cours et futurs

- Sur l'obtention des preuves et la signification et notification des actes

Les négociations sont toujours en cours. La digitalisation est un point difficile qui soulève de nombreux débats.

- Sur la proposition de règlement sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances

Les négociations relatives à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances sont plus complexes que prévu³⁹. La proposition prévoit une règle de conflit de lois générale et une règle qui lui fait exception. Les débats portent sur ce qui, du critère de la résidence du cédant, devrait être la règle générale ou constituer l'exception. Peu d'Etats membres participent activement aux négociations.

- Projets Futurs

Les travaux futurs de la nouvelle Commission dont le programme reste à déterminer, pourraient porter sur les matières suivantes :

- Ratification par l'Union de la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale. Avant de proposer la ratification de cette Convention, la Commission devra faire une analyse d'impact.
- Ratification par l'Union de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. Certains Etats n'ont pas l'intention de la ratifier mais le moment est peut-être venu de faire le point sur une ratification possible par l'Union européenne.
- En matière d'exécution, il serait utile de s'interroger sur l'adoption d'une proposition concernant la localisation de biens en mobilité transfrontière (*assets tracing*).
- Certains instruments devraient faire l'objet d'une révision. Au plus ils sont nombreux, au plus il est important de les revoir et de les évaluer. Les règlements suivants devraient faire l'objet d'une révision :
 - Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, dans le sens d'un affinement de son dispositif ;
 - Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles *Ibis*) ;

³⁸ Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.), *JO, L 172, 26 juin 2019, pp. 18 à 55.*

³⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances, COM/2018/096 final - 2018/044 (COD).

- Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) ;
- Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) : sa révision pourrait être l'occasion de réenvisager l'inclusion de la diffamation dans son champ d'application matériel.

C. Discussion

Certains membres estiment qu'une ratification de la Convention Jugements offrirait une option supplémentaire pour maintenir les relations entre le Royaume-Uni et l'Union européenne après le Brexit. Cela suppose néanmoins que le Royaume-Uni ratifie cette convention.

L'article 29 de la Convention Jugements — évoqué au cours de cette réunion à propos du point VI — fait l'objet de clarification lors des discussions. S'il est vrai qu'il permet à un Etat de faire une certaine sélection de ses partenaires, les auteurs de la Convention ont considéré cette possibilité comme un outil auquel il y a lieu de recourir à titre exceptionnel. Il est rappelé que le même mécanisme est institué dans la Convention de La Haye du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille.

S'agissant des travaux futurs, la question est soulevée de savoir si la Commission envisage de couvrir en matière familiale des sujets non encore traités, telles la gestation pour autrui ou la validité des mariages. Cependant, les divergences entre les Etats membres dans ces matières sont telles qu'il n'apparaît pas opportun de faire des propositions. Il est rappelé que l'adoption de règlements par le mécanisme de la coopération renforcée n'est pas idéal et que les institutions européennes veillent à ne pas y recourir trop souvent. Il est par ailleurs rappelé que des travaux ont lieu en matière de gestation pour autrui au sein de la Conférence de La Haye. Bien que la matière soit très sensible, plusieurs délégations y soutiennent que bien que le processus de la gestation pour autrui en lui-même soit difficilement acceptable, il est nécessaire de protéger les enfants qui sont nés de ce processus. La Conférence de La Haye pourrait envisager d'adopter un protocole dans cette matière plutôt qu'une convention.

Quant au règlement Rome I, le processus de révision pourrait porter sur le contrat d'assurance. Il est cependant précisé que la révision du règlement ne figure pas dans les priorités. La matière des assurances est sensible notamment parce qu'il est difficile, parmi les différents contrats envisageables, d'identifier la partie faible, si bien qu'il est peu probable qu'une révision de ces dispositions survienne dans un avenir proche.

VI. Actualités de la Conférence de La Haye : Adoption du projet Jugements

A. BONOMI évoque l'adoption de la nouvelle Convention de La Haye du 2 juillet 2019 relative aux jugements⁴⁰. Il rappelle que, lors des précédentes réunions du Groupe, l'avant-projet de convention avait reçu un accueil critique⁴¹. Finalement, le texte adopté est proche de l'avant-projet. Le rapporteur indique que malgré des réserves, l'adoption de ce compromis doit être accueillie positivement. La Conférence de La Haye ne s'est en effet pas arrêtée à l'échec de 2001⁴² et a continué à travailler sur le projet Jugements ainsi que sur différents autres projets ayant abouti ensuite à l'adoption de différents instruments, lesquels ont une importance certaine pour la Conférence, tels la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for⁴³ et le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires⁴⁴. Diverses délégations (notamment celles de l'Union européenne, des États-Unis, de la Chine et du Brésil) ont montré une volonté de privilégier une coopération internationale, ce qui est un bon signe pour la vie future de cette convention.

La Convention présente une architecture classique. Elle vise l'uniformisation des règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, sans toucher aux règles de compétence internationale (sauf au titre de la compétence indirecte) ni à la litispendance et aux procédures parallèles. La Conférence a mis cela de côté mais a l'intention de reprendre les travaux sur ces questions. Cela aboutira peut-être à un accord global sur ces questions, qui ne font actuellement l'objet d'aucun accord.

En termes de contenu, le régime reprend la formulation traditionnelle des principes et des motifs de reconnaissance et d'exécution. Par exemple, l'article 7 reprend une liste de motifs de refus relativement succincte, proche du système européen et de certains systèmes nationaux et internationaux. Il est intéressant de relever que l'existence d'une litispendance peut constituer un empêchement à la reconnaissance et à l'exécution des jugements⁴⁵. Il n'y a toutefois aucun motif de refus en lien avec l'existence de questions préliminaires. S'il n'est pas expressément prévu à l'article 7 de la Convention jugements, il est toutefois pris en compte à l'article 8, § 2⁴⁶. Cette disposition introduit un motif de refus optionnel permettant de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution d'une décision entrant dans le champ d'application de la Convention lorsque cette décision est basée sur une décision incidente relative à une question préliminaire qui ne relève pas de la Convention ou qui concerne une matière relevant de l'article 6 et qui n'aurait pas été réglée par les juridictions de l'État sur le territoire duquel se situe l'immeuble.

Deux aspects particuliers appellent l'attention, concernant le domaine d'application matériel et la compétence indirecte.

⁴⁰ Convention du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale (« Convention Jugements »), non encore en vigueur.

⁴¹ Par exemple, lors de la réunion d'Anvers (du 21 au 23 septembre 2018), le problème des relations bilatérales de certains États membres avec des États tiers en matière de reconnaissance des jugements a été évoqué, spécialement en relation avec l'exigence du respect des droits fondamentaux là où ne prévaut pas le principe de la reconnaissance mutuelle.

⁴² Concernant le projet d'adopter un instrument global relatif à la compétence internationale et à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁴³ En vigueur le 1^{er} octobre 2015.

⁴⁴ En vigueur le 1^{er} août 2013.

⁴⁵ Article 7, § 2, « La reconnaissance ou l'exécution peut être différée ou refusée si une procédure ayant le même objet est pendante entre les mêmes parties devant un tribunal de l'État requis lorsque :

(a) ce dernier a été saisi avant le tribunal de l'État d'origine ; et

(b) il existe un lien étroit entre le litige et l'État requis.

Le refus visé au présent paragraphe n'empêche pas une demande ultérieure de reconnaissance ou d'exécution du jugement ».

⁴⁶ L'article 8, § 2, prévoit ce qui suit : « La reconnaissance ou l'exécution d'un jugement peut être refusée si, et dans la mesure où, le jugement est fondé sur une décision relative à une matière à laquelle la présente Convention ne s'applique pas, ou sur une décision relative à une matière visée à l'article 6 qui a été rendue par un tribunal d'un État autre que l'État désigné dans cette disposition ».

— Sur le domaine d'application matériel

Le domaine matériel est déterminé à l'article 1, et vise la « matière civile ou commerciale » (à l'exclusion notamment des « matières fiscales, douanières ou administratives »).

Une liste impressionnante de domaines exclus figure à l'article 2. Certaines exclusions sont classiques (par exemple, l'état et la capacité des personnes, les obligations alimentaires, etc.), qui se retrouvent dans de nombreux instruments européens⁴⁷. D'autres domaines sont exclus alors même qu'ils pourraient tomber dans le domaine civil ou commercial. Ainsi, l'exclusion de la propriété intellectuelle (art. 2.1, m) constitue une déception, tant du point de vue du droit européen que du droit comparé. En effet, elle est extrêmement large et ne cible pas uniquement les décisions en matière de droits intellectuels mais bien toutes les décisions en la matière, en ce compris celles relatives aux droits d'auteur, à la validité de l'enregistrement du droit et à la violation d'un droit de propriété intellectuelle. Il reste par ailleurs des incertitudes concernant les décisions en matière contractuelle, spécialement au regard des licences. Une autre exclusion décevante concerne le droit *anti-trust* (entraves à la concurrence, art. 2.1, p) : elle revêt une portée générale et ne concerne pas que les décisions administratives ; elle couvre donc également la matière extracontractuelle. Ce constat peut toutefois être nuancé suite à l'adoption, en dernière minute, d'une liste comprenant une énumération des décisions entrant dans le domaine de la Convention, à savoir :

« les jugements portant sur un comportement qui constitue un accord anticoncurrentiel ou une pratique concertée entre concurrents réels ou potentiels visant à fixer les prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité, et lorsque ce comportement et ses effets se sont tous deux produits dans l'État d'origine ».

Enfin, la Convention Jugements permet aux États parties de faire des déclarations en vue de ne pas appliquer la Convention à certaines matières (art. 18). Il existe donc un risque d'avoir une application à géométrie variable de cet instrument. Il est également permis de faire des déclarations en vue de ne pas appliquer la Convention pour les jugements ayant trait à un litige auquel est partie un État ou une personne physique agissant pour le compte de l'État, ou une agence gouvernementale de cet État ou toute personne physique agissant pour celle-ci (art. 19). Ceci risque de réduire l'impact qu'aura la Convention.

— Sur la compétence indirecte

Les fondements de la reconnaissance, prévus aux articles 5 et 6, sont également décevants sur certains points.

L'article 6 prévoit une compétence exclusive en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions relatives aux droits réels immobiliers.

Quant à l'article 5, il contient une liste très longue de critères de compétence indirecte. Certains font partie de l'acquis des États ouverts à la reconnaissance. Par exemple, l'article 5 mentionne la résidence habituelle du défendeur (a), le principal établissement professionnel du défendeur (b), le consentement exprès (e) ou tacite (f) du défendeur, etc.

En ce qui concerne les critères de compétence spéciaux (en matière contractuelle et extracontractuelle), le résultat est un peu décevant. Par exemple, en matière contractuelle,

⁴⁷ Voy. par exemple l'article 1, § 2, du règlement Bruxelles *Ibis* (règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), *J.O.*, 20 décembre 2012, L 351, p. 1).

l'article 5.1, g), combine un critère de compétence indirecte européen avec un critère américain, à savoir le lieu d'exécution de la prestation (critère européen) cumulé négativement avec le fait que ce lieu ait un lien substantiel avec cet État (critère américain)⁴⁸. Ce cumul de critères peut conduire *in fine* à un problème au niveau de la reconnaissance⁴⁹. Autre exemple de déception, cette fois en matière délictuelle. Aux termes de l'article 5.1, j), le critère de compétence indirecte est le lieu de l'évènement causal (et non celui du dommage) et les jugements pouvant être reconnus sont limités à certains cas de responsabilité extracontractuelle⁵⁰. Tout comme en matière contractuelle, il risque d'y avoir des difficultés au niveau de la reconnaissance de ces jugements. Enfin, toujours dans le cadre de la compétence indirecte, la Convention exclut l'application de certains critères lorsque le litige implique un consommateur (art. 5.2) sans toutefois prévoir un critère spécifique en faveur du consommateur. Eu égard au caractère non exclusif de la liste prévue à l'article 5, les États peuvent dès lors continuer à appliquer leurs règles nationales de reconnaissance.

Au terme de cette présentation, la question se pose de savoir s'il existe une chance que la Convention soit ratifiée. A. BONOMI précise qu'en dernière minute, une sorte de clause de bilatéralisation ou d'*opt-out* a été introduite, ouvrant la possibilité pour un État de ne pas établir de relation bilatérale avec un État contractant ou souhaitant adhérer à la Convention (art. 29). Cette clause permettra sans doute qu'un plus grand nombre d'États procèdent à la ratification, du fait qu'ils restent libres de ne pas avoir de relations avec un État qui ne donnerait par exemple aucune garantie en termes de respect des droits fondamentaux alors même que bon nombre de règles conventionnelles sont basées sur la confiance entre États.

Un membre relève que ce n'est pas tant la Convention qui est un succès mais plutôt le fait qu'elle ait pu être adoptée. En effet, un risque réel existait qu'elle n'aboutisse pas. Son adoption a été rendue possible après un travail d'analyse poussé de toutes les possibilités. S'il est vrai qu'un grand nombre de matières sont exclues du champ d'application, c'est le résultat de longues discussions. La délégation de l'Union européenne est d'ailleurs en partie responsable de l'exclusion de certaines matières (comme la diffamation). Par ailleurs, la règle du consensus constituait une réelle difficulté pour aboutir à un accord. Étant donné que tous voulaient aboutir à un résultat, il a fallu laisser tomber un certain nombre de choses à défaut de consensus (par exemple, en matière d'*anti-trust* et de propriété intellectuelle). Enfin, en ce qui concerne la bilatéralisation, la clause adoptée en dernière minute ne se trouvait pas dans le texte analysé par la Conférence diplomatique. À cet égard, l'Union européenne n'a jamais demandé activement à ce que cette disposition se trouve dans le texte. Cette disposition a toujours été un sujet politiquement sensible. Cela étant, la clause adoptée ne vise pas uniquement une exclusion des relations avec des États non parties à la Convention mais également « entre deux États contractants », ce qui constitue une bonne chose.

⁴⁸ L'article 5, § 1, g), indique ce qui suit : « le jugement porte sur une obligation contractuelle et a été rendu par un tribunal de l'État dans lequel l'obligation a été ou aurait dû être exécutée, conformément

(i) à l'accord des parties, ou

(ii) à la loi applicable au contrat, à défaut d'un accord sur le lieu d'exécution,

sauf si les activités du défendeur en relation avec la transaction ne présentaient manifestement pas de lien intentionnel et substantiel avec cet État ; [...] ».

⁴⁹ Sur ces difficultés, voy. A. BONOMI et C. M. MARIOTTINI, « A game changer in international litigation ? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention », *Yearbook of PIL*, 2018/2019, vol. 20, pp. 1-31, spéc. p. 21.

⁵⁰ L'article 5, § 1, j) prévoit ce qui suit : « le jugement porte sur une obligation non contractuelle résultant d'un décès, d'un dommage corporel, d'un dommage subi par un bien corporel ou de la perte d'un bien corporel et l'acte ou l'omission directement à l'origine du dommage a été commis dans l'État d'origine, quel que soit le lieu où le dommage est survenu ; [...] ».

VII. Actualités des droits de l'homme

P. KINSCH présente deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé, rendus pendant la période sous examen. Pour le surplus, il renvoie à sa note pour la présentation de l'affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse*⁵¹, car celle-ci ne touche qu'indirectement au droit international privé, ainsi que pour la présentation des affaires relatives à l'enlèvement d'enfants (voy. l'annexe 5).

A. Reconnaissance et non-reconnaissance des situations constituées à l'étranger : avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, avis consultatif du 10 avril 2019, n° P16-2018-001 (suite de l'affaire *Menesson c. France*)

Cette affaire est la suite de l'affaire *Menesson contre France*⁵² et constitue donc la seconde saisine de la Cour. Par ailleurs, il s'agit du premier avis consultatif rendu par la Cour EDH. Cet avis a été demandé par la Cour de cassation française.

Le rapporteur revient tout d'abord sur la procédure d'avis devant la Cour EDH, récemment introduite par le Protocole additionnel n° 16. Aux termes de ce Protocole, il est prévu que les plus hautes juridictions des États parties pourront interroger la Cour EDH (toujours en grande chambre) sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles », dans le cadre d'une affaire pendante devant elles. Cette procédure présente des similitudes avec la procédure préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union. Il convient pourtant de les distinguer à plusieurs égards. Le renvoi préjudiciel est en effet un mécanisme de discipline pour les juridictions des États membres qui doivent respecter le monopole d'interprétation de la Cour de justice et qui sont ensuite liées par la réponse de la Cour alors que dans le cadre de l'avis consultatif, les plus hautes juridictions des États parties ne sont pas contraintes de demander un avis et si elles le font, la Cour EDH n'est d'ailleurs pas obligée de répondre à cette demande d'avis. Elle décide de manière discrétionnaire s'il convient, ou non, de rendre un avis, étant entendu que son refus doit être motivé. Au surplus, l'avis rendu n'est pas contraignant pour les États.

Le rapporteur rappelle ensuite les faits de l'affaire *Menesson*, présentée à la réunion de Florence, affaire étant à l'origine de cet avis consultatif demandé par la Cour de cassation française. Pour rappel, il s'agit d'un cas de gestation pour autrui réalisée en Californie, par un couple français. Monsieur Menesson est le père génétique des filles alors que Madame Menesson n'a aucun lien génétique avec celles-ci. De retour en France, le couple se voit refuser la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger. L'affaire monte jusque devant la Cour de cassation française, laquelle refuse d'accueillir cette filiation — y compris à l'égard de Monsieur Menesson — du fait de sa contrariété à l'ordre public international français. À l'époque, la Cour de cassation jugeait que l'ordre public international français (et par la suite, la fraude à la loi) empêchait de manière absolue la reconnaissance des filiations obtenues à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Elle s'opposait également à l'adoption par les parents d'intention des enfants nés par mère porteuse. C'est à la suite de ces refus que le couple a intenté un recours devant la Cour EDH, la famille étant d'ailleurs très impliquée dans la défense de la gestation pour autrui (une des filles Menesson a d'ailleurs écrit un livre suite à sa naissance par gestation pour autrui⁵³).

⁵¹ Arrêt du 2 octobre 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, aff. n°s 40575/10 et 67474/10.

⁵² Arrêt du 26 juin 2014, *Menesson c. France*, aff. n° 65192/11.

⁵³ Valentina MENESSON, *Moi Valentina, née par GPA*, Paris, Michalon Eds., 2019, 148 p. Deux livres ont également été publiés par les parents d'intention en 2008 et 2010.

Saisie de ce recours, la Cour EDH a estimé qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 8 CEDH (vie privée et familiale) dans le chef des parents d'intention, qui ont fait le choix de recourir à une GPA à l'étranger tout en sachant que la filiation qui en découlerait ne serait probablement pas reconnue en France. Elle a par contre conclu à la violation du droit à l'identité personnelle des enfants (également rattaché à l'article 8 CEDH), ces derniers n'étant en rien responsables de leur conception et devant pouvoir voir leur filiation établie à l'égard de leur père biologique. L'arrêt restait ambigu quant à la filiation maternelle vis-à-vis de la mère d'intention.

À la suite de cet arrêt, la Cour de cassation française – ne voulant pas entrer en résistance avec la Cour EDH – a permis que seule la filiation paternelle vis-à-vis du père biologique soit reconnue. Elle gardait donc une position très prudente, pouvant être caractérisée de « bioconservatrice » (dans le débat entre « bioconservateurs » et « bioprogressistes »).

Eu égard à l'absence d'indication quant à la filiation maternelle, la Cour de cassation française, saisie à nouveau d'une demande dans la même affaire, a décidé de surseoir à statuer et de demander un avis à la Cour EDH⁵⁴. La question est formulée en ces termes :

« Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la maternité d'intention, pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats signataires de la Convention. La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un Etat-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. A cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention »⁵⁵.

Selon le rapporteur, la question est habilement posée. Cela permet en effet à la Cour de cassation d'obtenir un avis confirmant le résultat qu'elle espérait. La Cour EDH va effectivement suivre la logique de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en indiquant que compte tenu de la marge d'appréciation dont dispose la France, il lui est permis – au regard de la Convention – de ne pas reconnaître une maternité d'intention comme étant une maternité tout court. Par contre, elle indique qu'il existe un droit pour l'enfant à obtenir une autre « possibilité de reconnaissance de la filiation entre [lui] et la mère d'intention », étant entendu que ce lien de filiation peut être un lien de filiation adoptif.

Au niveau des motifs, la Cour insiste tout d'abord sur la nécessité d'avoir égard à l'intérêt supérieur des enfants, qui doit primer (points 39 à 47). Elle indique notamment que :

« vu les exigences de l'intérêt supérieur de l'enfant et la réduction de la marge d'appréciation, [...], le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention » (point 46).

⁵⁴ Arrêt de la Cour du 5 octobre 2018, n° de pourvoi 10-19.053, disponible via le lien suivant : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/assemblee-pleniere/22/638_5_40365.html.

⁵⁵ *Ibid.*, point 7 de l'arrêt de la Cour de cassation.

La Cour se penche ensuite sur la marge d'appréciation qui revient à la France et qui l'autorise à subordonner la « possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention » à une procédure d'adoption conforme au droit national, dès lors :

« qu'on ne saurait déduire de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi compris que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention que requiert le droit de l'enfant au respect de la vie privée, au sens l'article 8 de la Convention, impose aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale. Selon les circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger. [...]. Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien. Il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause » (points 53 et 54).

De l'avis du rapporteur, la Cour reste prudente face à cette question sociétale controversée. En effet, elle n'oblige pas les États contractants à procéder par voie de reconnaissance pure et simple des actes d'état civil américains. Ce faisant, elle confirme le respect de la souveraineté des États en adoptant une solution de compromis, consistant à admettre qu'on puisse substituer à cette reconnaissance des actes, une autre technique (ici, l'adoption), qui aboutit au même résultat juridique en droit civil. Elle avait fait de même dans l'affaire *Orlandi et autres contre Italie*⁵⁶, présentée à la réunion d'Anvers. La Cour avait en effet décidé que l'Italie n'avait pas l'obligation de reconnaître purement et simplement les mariages entre personnes de même sexe. Elle avait en effet jugé suffisant de choisir un moyen de reconnaissance légale de l'union entre deux personnes de même sexe, par exemple une union civile, qui pouvait être étendue aux personnes mariées à l'étranger. En termes de technique de droit international privé, il s'agit d'une « transposition » (ou « assimilation » ou « transformation ») d'une institution du droit matériel étranger en une institution similaire mais non identique du droit du for.

Le rapporteur s'interroge ensuite quant à la question de la permanence de la solution de compromis (française et européenne). Cette solution pourrait satisfaire certains États, comme la Pologne par exemple, attachés à la réalité biologique et qui ne seraient pas tenus de reconnaître les actes civils étrangers, en permettant l'adoption au lieu de la reconnaissance pure et simple de la filiation par GPA. Par contre, cette solution ne sera peut-être pas pérenne en France. En effet, dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à la bioéthique en France, il semble qu'il deviendra possible pour deux mères d'être inscrites directement comme mères de l'enfant. Si tel est le cas, il n'existera logiquement plus de raison de ne pas soumettre au même régime favorable les actes de naissance dressés à l'étranger, du moins pour les couples de femmes. Eu égard au principe d'égalité, il devrait également être possible de transcrire directement les actes de naissance étrangers établissant la filiation à l'égard de deux pères, à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger. Et il en irait alors de même concernant la filiation à l'égard de la mère d'intention dans un couple hétérosexuel. En Allemagne, la Cour fédérale a décidé, depuis la jurisprudence *Menesson*, qu'il convenait désormais de ne pas opposer l'ordre public à un jugement californien constatant une double paternité à l'égard d'un enfant⁵⁷.

⁵⁶ Arrêt du 14 décembre 2017, *Orlandi et autres c. Italie*, n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12.

⁵⁷ BGH, 10 décembre 2014, *BGHZ*, vol. 203, p. 350 ; 5 septembre 2018, XII ZB 224/17.

La discussion fait apparaître un désaccord quant à la position adoptée par la Cour EDH. D'aucuns accueillent favorablement l'attitude de la Cour EDH, même si elle comporte une discrimination pour l'instant entre deux mères et deux pères, les premières étant privilégiées. Peut-être que dans le futur, les deux pères seront traités à égalité avec elles. Une comparaison est faite avec la position de la Belgique quant à l'accueil de liens de filiation établis à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui. La jurisprudence belge a anticipé la position de la Cour EDH. Pour le père biologique, la position est claire alors que pour le second parent d'intention, certaines juridictions envisagent d'autoriser l'adoption⁵⁸ sans exiger l'ensemble des étapes de cette procédure administrative.

D'autres regrettent la position de la Cour. S'il est vrai que les parents d'intention doivent être dissuadés de recourir aux services d'une mère porteuse, laquelle doit être particulièrement protégée, il convient de rappeler qu'un enfant est toujours en jeu. L'adoption permet de répondre à certaines difficultés et de protéger l'enfant à la fin du processus mais il existe un risque pour l'enfant si l'adoption n'aboutit pas (par exemple, à la suite d'un décès). Finalement, c'est lui qui en paiera le prix alors même qu'il n'est pas responsable de sa naissance par gestation pour autrui. Cette position « bioconservatrice » est donc décevante pour l'enfant, au regard de son intérêt supérieur. Il est indiqué que la Cour EDH est actuellement saisie d'une affaire de gestation pour autrui impliquant deux femmes : l'une a porté l'enfant et la mère d'intention est liée génétiquement à l'enfant. Le père d'intention est également lié génétiquement à l'enfant. Se pose alors la question de ce que sera la position de la Cour EDH dans cette situation où la mère d'intention est liée génétiquement à l'enfant, ce qui n'était pas le cas dans le cadre de l'avis consultatif à la suite de l'affaire *Menesson*. La Cour va-t-elle se satisfaire de l'adoption ? Dans tous les cas, la question se posera de savoir ce que l'on entend par père et mère.

Un autre membre réagit au parallélisme effectué par le rapporteur entre procréation médicalement assistée et gestation pour autrui. La Cour de cassation ne cédera pas après modification de la loi française car elle a toujours marqué de manière frontale son désaccord au contrat de gestation pour autrui. Ce qui dérange la Cour de cassation est la présence d'un tiers (soit la mère porteuse), ce qui entraîne une discussion sur l'instrumentalisation de son corps et sur la nécessité de protéger les femmes qui acceptent d'être mères porteuses. La discrimination n'est donc pas un argument pouvant convaincre le législateur français et la Cour de cassation, faute de comparabilité des situations inhérentes à une PMA avec don de sperme et à une GPA. La Cour de cassation s'est prononcée en septembre 2019 dans une affaire interne, à propos d'un recours introduit par le père génétique d'un enfant né par gestation pour autrui⁵⁹. En l'espèce, la mère porteuse avait conclu deux contrats de gestation pour autrui et l'enfant avait été placé dans l'autre famille. Face à cette escroquerie, la Cour a rappelé que toute convention de gestation pour autrui est nulle en application de l'article 8 de la CEDH. Elle a ajouté que même si la réalité biologique prime, le contrat ne peut produire aucun effet et que partant, il n'y a pas lieu en l'espèce de permettre d'ouvrir l'action en contestation de paternité. Il est donc difficile en réalité de déterminer la position de cette juridiction face à la gestation pour autrui.

⁵⁸ Trib. civ. Bruxelles, 6 mai 2009, *Jurisp. Liège Mons Bruxelles*, 2009, 1083 : dans le cas d'un couple hétérosexuel, le tribunal prononce l'adoption plénière par la mère d'intention qui a suivi la préparation relative à l'adoption sans avoir à suivre d'autres étapes administratives, telle une enquête sociale. Comp., pour le cas d'un couple d'hommes, dont le Français est père biologique de l'enfant et le Belge, le père d'intention, à propos de la reconnaissance d'un jugement californien : Cour d'appel Bruxelles, *Actualités du droit de la famille*, 2019, 159, note N. GALLUS : après avoir constaté que le droit belge ignore la paternité d'intention tout en permettant l'adoption, la Cour reconnaît le jugement californien après avoir estimé, dans l'intérêt de l'enfant, que le recours à l'adoption en l'espèce était inutile du fait que la reconnaissance était « conforme à l'origine et à l'identité des enfants ». Pour un cas où le droit français applicable à l'adoption par un Français est écarté au profit du droit belge qui permet l'adoption, en vertu d'une clause spéciale d'ordre public du Code de droit international privé (art. 67.3), voy. : Trib. famille Hainaut div. Tournai, 25 janvier 2016, *Jurisp. Liège Mons Bruxelles*, 2017, 423.

⁵⁹ Cass. 1^{er} Civ., 12 septembre 2019, n^o 18-20.472, *D.*, 2019, p. 1758.

B. Loi applicable aux relations familiales des membres de la minorité musulmane de Thrace (Grèce) : *Molla Sali c. Grèce*, arrêt du 19 décembre 2018, requête n° 20452/14

L'affaire *Molla Sali* concerne l'application, par les juridictions grecques, de la *charia* aux membres de la minorité musulmane de Thrace, plus concrètement à la succession d'un musulman grec faisant partie de cette minorité.

Au niveau des faits de l'affaire, Monsieur Moustafa Molla Sali (le *de cuius*) – faisant partie de la minorité musulmane – avait établi un testament notarié aux termes duquel il léguait à son épouse l'intégralité de ses biens. À l'égard du droit grec, ce testament était valide alors qu'au regard de la *charia* (applicable à la minorité musulmane), il était invalide. La Cour de cassation grecque avait eu l'occasion de se prononcer quant à l'applicabilité de la *charia* aux musulmans grecs qui découle des traités de Sèvres et de Lausanne au lendemain de la Première Guerre mondiale. Aux termes de ces traités, une compétence obligatoire du *mufti* est établie et l'applicabilité de la *charia* aux relations familiales entre membres de la minorité musulmane de Thrace est prévue.

En l'espèce, l'épouse survivante a intenté une action contre la Grèce devant la Cour EDH en raison d'une discrimination sur la base de la religion, du fait qu'elle n'ait pas pu bénéficier de la succession de son défunt mari à laquelle elle aurait pu prétendre en cas d'application du droit commun grec.

La Cour donne raison à la requérante pour cause de violation de l'article 14 de la CEDH (principe de non-discrimination en raison de la religion), en combinaison avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (droit de propriété privée), en raison de l'application obligatoire à la requérante de règles autres que celles du droit commun grec. Tout en exprimant, par voie d'*obiter dictum*, certaines réserves de fond à l'égard de l'application de la *charia* (réserves qui ne concernaient pas les règles ici applicables), la Cour admet néanmoins en principe que les membres d'une minorité religieuse puissent, si cela leur est permis par le droit de l'État, opter pour l'application de règles religieuses à leurs relations civiles. Elle n'admet toutefois pas qu'un État impose à des personnes l'application d'un droit religieux, lorsque les individus choisissent « de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci » (§ 156 de l'arrêt). Cela appartient à leur « liberté culturelle »⁶⁰. La Cour poursuit en déclarant que :

« refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification. L'aspect négatif du droit de libre identification, c'est-à-dire le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité, n'est assorti d'aucune limite analogue à celle prévue pour l'aspect positif de celui-ci [...]. Le choix en question est parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé. Il doit être respecté tant par les autres membres de la minorité que par l'État lui-même. C'est ce que confirme l'article 3 § 1 de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, suivant lequel « aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés ». Le droit de la libre identification n'est pas un droit propre à la convention-cadre. Il constitue la « pierre angulaire » du droit international de la protection des minorités en général. C'est particulièrement vrai pour l'aspect négatif dudit droit : aucun instrument conventionnel – bilatéral ou multilatéral – ou non conventionnel n'oblige une personne à se soumettre contre sa

⁶⁰ Comp. le rapport mondial sur le développement humain, « La liberté culturelle dans un monde diversifié », 2004.

volonté à un régime particulier en matière de protection des minorités » (§ 157 de l'arrêt).

Ainsi, la Cour décide qu'il y a une violation de l'égalité devant la loi. La règle de dévolution chariatique ne lui paraît certes pas problématique en tant que telle. Le point problématique a trait au fait que cette règle puisse être imposée au testateur. En soi, cette approche appartient à une conception libérale et individualiste de l'identité religieuse.

Le rapporteur relève que, pour certains auteurs, il aurait été préférable de rendre en principe obligatoire l'application des dispositions particulières prévues pour une minorité nationale (entre autres dans l'intérêt du maintien de la paix entre les religions qui, selon eux, importe plus que des situations individuelles) plutôt que « le libre choix » du droit applicable par les individus concernés, qui peut les amener à procéder au « picorage » juridique⁶¹. Pour le rapporteur, cet arrêt mérite l'attention. Il ajoute que si la critique se justifie du point de vue de la liberté d'opinion, il préfère le point de vue de la Cour inspiré de la « liberté culturelle ».

La discussion fait apparaître l'intérêt de cet arrêt qui appelle à repenser le fait d'avoir un système plurilégislatif. Dans cette affaire, la *charia* est appliquée sans possibilité de choisir le droit civil grec, dès lors que le droit national ignore la faculté d'option de droit. Le juge ne pouvait donc pas suivre le choix de la personne. Il serait donc utile de revoir les règles en question et de tenir éventuellement compte de ce que la personne fait pour identifier la communauté à laquelle elle appartient. Par ailleurs, reste ouverte la question de l'efficacité du droit grec devant un juge étranger, ou de l'attitude à adopter face à l'application du droit d'un pays tiers connaissant une institution analogue. Un autre membre estime que le mécanisme d'option présent est similaire à celui du droit colonial, selon lequel on peut passer du statut de droit commun au statut spécial et non l'inverse. Ainsi, si l'arrêt est difficile à analyser, il est en tout cas compréhensible.

Autre encore est la question de savoir ce que ferait la Cour à propos de l'application du droit d'un Etat tiers. Il n'est pas certain de pouvoir déduire de l'arrêt que l'application du droit d'un Etat qui ne prévoit pas ce système de choix pour la personne serait nécessairement contraire à la CEDH. En particulier, l'application obligatoire d'un droit religieux tel qu'il est prévu par les systèmes juridiques plurilégislatifs du Moyen-Orient ne semble pas se heurter au grief de discrimination, en l'absence d'un droit commun étatique existant dans ces systèmes en matière de statut personnel.

⁶¹ E. JAYME et C. F. NORDMEIER, « Testierfreiheit als europäisches Menschenrecht ? », *IPRax*, 2019, pp. 200 et s.

VIII. Actualités en matière de la responsabilité des entreprises pour violation des droits humains et atteintes à l'environnement

H. VAN LOON rappelle que ce n'est pas la première fois que le Groupe aborde cette question. Lors de la réunion de Milan, en 2016, une mention relative à la responsabilité sociétale des entreprises avait été ajoutée dans le texte relatif à la loi applicable aux sociétés⁶². Lors des réunions de Bergen, en 2008, et de Copenhague, en 2010, des discussions relatives à l'extension du champ d'application de l'actuel article 8.1 du règlement Bruxelles *Ibis* aux relations avec les Etats tiers avaient été abordées et auraient pu aboutir à l'adoption de mécanismes favorisant le respect, par les entreprises, de leur responsabilité sociétale. Lors de ces réunions, le Groupe s'était attaché à adopter un texte proposant une extension du mécanisme de la litispendance aux relations avec les Etats tiers mais n'avait rien adopté pour les actions connexes impliquant des Etats tiers prévues à l'article 8.1 du règlement Bruxelles *Ibis*. Or l'article 8.1, portant sur les actions connexes, a un rôle important dans les litiges relatifs aux droits de l'homme et à l'environnement et impliquant des groupes de sociétés dont la société mère se situe dans l'Union européenne mais dont certaines filiales se situent dans les Etats tiers. Une extension de l'applicabilité de l'article 8 aux relations avec les Etats tiers aurait permis d'améliorer le respect de la responsabilité sociétale des entreprises.

La responsabilité sociétale des entreprises vise la responsabilité des entreprises quant à l'impact économique, social et environnemental que leurs activités produisent tant sur les personnes que sur la planète. Elle soulève quatre difficultés, à savoir, la définition des obligations légales rattachées à la responsabilité sociétale, l'action des Etats, la structure des entreprises et l'identification des solutions.

— Sur la définition des obligations juridiques rattachées à la responsabilité sociétale

Jusqu'à présent, la responsabilité sociétale des entreprises est essentiellement régie par les textes nationaux. Les régimes issus du droit du commerce international et des investissements ont traditionnellement pour vocation de protéger les entreprises et leurs intérêts, sans nécessairement prendre en considération l'impact social et environnemental de leurs activités. Il n'est donc pas évident d'identifier avec précision les obligations rattachées à la responsabilité sociétale des entreprises.

— Sur l'action des Etats

Comme mentionné plus haut, ce sont essentiellement les Etats qui ont la responsabilité de prendre des mesures visant à assurer que les activités des entreprises n'aient pas un impact social ou environnemental négatif. Cependant, la jurisprudence montre la difficulté pour l'Etat d'adopter de telles mesures ou que les mesures adoptées sont trop faibles, voire que les Etats sont complices de violations des droits humains⁶³.

— Sur la structure des entreprises

La structure des entreprises qui prévoient une responsabilité limitée des actionnaires peut encourager la conduite de pratiques produisant un impact négatif sur l'environnement ainsi

⁶² On peut ainsi lire à l'article 1, §3 du texte que « *This Regulation does not prejudice the fulfilment of the obligations deriving from social responsibility of companies (corporate social responsibility) as defined by national, European or international norms* ».

⁶³ Voy. not. *Kiobel c. Shell* (US, et actuellement les Pays-Bas), *Akpan c. Shell* (Pays-Bas), *Okpabi c. Shell* (RU), *Lungowe c. Vedanta* (RU) et autres.

que sur les politiques sociales et économiques des Etats. Ces risques sont accentués lorsque les entreprises ont une dimension multinationale.

— Identification des solutions

Les différents éléments mentionnés plus haut rendent difficile l'identification des solutions possibles. Néanmoins, des instruments relevant tant de la *soft law* que de la *hard law* ont été adoptés récemment⁶⁴.

En termes de *soft law*, les organisations internationales ainsi que les organisations non gouvernementales ont adopté des mesures. L'Union européenne a également adopté des actions en matière de droits de l'homme et en matière d'environnement.

En ce qui concerne la *hard law*, les Nations Unies ont mis en place un groupe de travail visant à adopter un instrument contraignant « *on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights* ». Certains traités d'investissements reprennent des obligations relatives à la responsabilité sociétale des entreprises. Au niveau national, 22 Etats ont adopté un plan d'action national relatif aux droits de l'homme. En 2015, le Royaume-Uni a adopté le *Modern Slavery Act* imposant aux entreprises de faire la publicité des mesures qu'elles adoptent et qui garantissent qu'aucune violation des droits de l'homme ne survient dans leur chaîne de distribution. En France, la loi sur le devoir de vigilance a été adoptée en 2017 imposant aux entreprises visées certaines obligations relatives au respect des droits de l'homme et de l'environnement. A un autre niveau, on peut encore mentionner les *Equator Principles* adoptés en 2013. L'arbitrage peut également constituer un moyen de renforcer les obligations relatives à la responsabilité sociétale des entreprises.

Le droit international privé peut également jouer un rôle dans cette matière. En ce qui concerne la compétence internationale, il serait intéressant d'étudier la possibilité de modifier l'article 8.1 du règlement Bruxelles Ibis afin de le rendre applicable aux situations impliquant un Etat tiers. D'autres mécanismes, tels que les actions d'intérêt collectif (*public interest actions*) ou les *class actions* pourraient être utiles en vue de donner à la responsabilité sociétale des entreprises un caractère plus contraignant.

En ce qui concerne le droit applicable, le Groupe pourrait travailler sur l'extension de l'article 7 du règlement Rome II aux dommages résultant d'une violation de certaines obligations liées à la responsabilité sociétale des entreprises. Les mécanismes de l'ordre public et des lois de police pourraient également être revus de manière à mettre en évidence l'existence de règles internationales, régionales et nationales impératives relatives à la responsabilité sociétale des entreprises.

Une autre possibilité à examiner serait de travailler sur la nationalité des entreprises de dimension mondiale pour réguler le pouvoir économique des entreprises⁶⁵.

Suite à cette présentation, il est suggéré de mettre en place un sous-groupe de travail chargé de travailler sur les aspects de droit international privé en vue de renforcer la responsabilité sociétale des entreprises.

⁶⁴ Pour une présentation plus détaillée de ces instruments, voyez la note soumise par Hans VAN LOON, annexe 6.

⁶⁵ Sur ce thème, voy. les propositions de L. D'AVOUT, « L'entreprise et les conflits internationaux de lois », *Rec. Cours Ac. dr. int.*, 2019, t. 397, partie 2, chap. 1, « Vers une nationalité des entreprises mondiales », n° 199-237.

IX. Actualités de la Commission internationale de l'état civil

H. VAN LOON saisit le Groupe d'une préoccupation relative à l'avenir de la Commission internationale d'état civil (CIEC).

En matière d'état civil, l'Union européenne compte, dans son arsenal juridique, le règlement 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne⁶⁶. Ce règlement s'applique depuis le 16 février 2019. Son champ d'application matériel est limité aux documents publics. Il ne couvre donc pas tous les documents relatifs à la circulation des documents relatifs à l'état civil.

La CIEC a, depuis sa création, adopté 28 conventions relatives à l'état civil. On y compte la Convention n° 16 qui est en vigueur dans 16 Etats membres de l'Union (outre 8 autres Etats). Le règlement 2016/1191 coexiste avec ces conventions, toutefois sans en réduire leur utilisation dans la pratique : celles-ci gardent donc toute leur importance pour la vie quotidienne des citoyens. La difficulté est que les Etats parties à la CIEC sont de moins en moins nombreux. Actuellement, il n'en reste que sept et, à partir du mois de novembre, ils ne seront plus que six⁶⁷. Cette situation est préoccupante pour l'avenir des conventions adoptées par l'organisation. Celles-ci présentent une utilité pratique dans les relations entre les Etats membres de l'Union mais également dans les relations entre les Etats membres et les Etats tiers et entre les Etats tiers. Il est donc dans l'intérêt des citoyens européens notamment de s'assurer que les conventions continuent à s'appliquer.

Le rapporteur propose plusieurs pistes de solution. D'abord, il serait utile d'explorer la possibilité d'une adhésion de l'Union aux conventions, ainsi que de traduire celles-ci en plusieurs langues, notamment l'anglais et, vu l'intérêt notamment des Etats latino-américains en la matière, l'espagnol. Ensuite, quant à l'organisation elle-même, sa gestion pourrait être reprise par une organisation existante, telle la Conférence de La Haye. Enfin, le Groupe pourrait adopter une recommandation afin d'attirer l'attention du public sur ce problème. Il est vrai que ces instruments ne font pas l'objet d'une grande publicité alors que, pour les citoyens, ils ont un grand intérêt.

Le débat reflète d'abord une interrogation sur l'origine de la situation et sur ce qui a poussé autant d'Etats à se retirer de la CIEC ces dernières années. La première explication avancée est liée au manque de dialogue entre l'organisation et la Commission européenne. L'absence de vision au sein de la CIEC est également évoquée. Celle-ci a manqué d'ouverture d'esprit notamment vis-à-vis de l'Union européenne. La Conférence de La Haye a connu le même problème à la fin des années 90 : elle a alors mis sur pied une politique visant à attirer rapidement de nouveaux Etats membres et elle s'est ouverte à l'Union européenne en lui permettant de devenir membre. Une troisième explication repose sur l'adoption du règlement 2016/1191. La préparation et l'adoption de ce règlement ont généré des frustrations au sein de l'organisation, dans la crainte que l'Union européenne lui enlève son objet, sa raison d'être. Enfin, la dernière explication réside dans le manque de coordination entre les Etats. Ils ont quitté l'organisation les uns après les autres.

La question de l'utilité de préserver les conventions est ensuite posée. Un des avantages des conventions CIEC est qu'elles facilitent la preuve de l'état civil. En effet, ses formulaires multilingues, contrairement aux formulaires types multilingues du règlement 2016/1191, ont

⁶⁶ Règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans l'Union européenne, et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012, *J.O.*, L 200, 26 juillet 2016, pp. 1 à 136.

⁶⁷ Les membres actuels sont la Suisse, le Luxembourg, la Belgique, l'Espagne, la Turquie, la Grèce et la France. La France a annoncé son retrait pour le mois de novembre.

une valeur juridique autonome. De plus, leur utilisation est sensiblement moins coûteuse pour les citoyens car les frais de production d'un extrait CIEC sont moins chers que ceux du formulaire type du règlement, auquel doit encore être joint le document original, en raison du manque d'autonomie juridique du formulaire type. Finalement, les formulaires des conventions CIEC jouissent d'une grande autorité dans la pratique, ce qui a permis leur utilisation même au-delà de leur domaine matériel. Ainsi, ils ont aidé à la reconnaissance de l'état civil de personnes mariées de même sexe, ou à la reconnaissance de l'état civil des enfants nés de ces unions. Les membres en viennent à conclure que ces conventions doivent être préservées, même en cas de disparition de la CIEC même. La disparition de l'organisation n'entraîne certes pas celle des conventions. Néanmoins, leur suivi et promotion doivent être assurés.

La thématique affecte le Groupe, en particulier, en raison de son incidence sur la citoyenneté européenne dans une situation transfrontière.

Une recommandation du Groupe pourrait faire état de la situation actuelle et suggérer qu'une organisation, comme l'Union européenne ou la Conférence de la Haye, prenne en charge le suivi de ces conventions. Il est certes difficile pour le Conseil de se saisir de cette matière car les Etats membres sont très attentifs au respect, par l'Union, de ses compétences, dans un domaine qui ne bénéficie pas encore d'un acquis communautaire⁶⁸. Cependant, il ne faudrait pas exclure qu'un Etat membre suggère au Conseil de mettre cette matière à l'agenda.

Le Groupe s'accorde pour une recommandation adressée à qui de droit, qui évoquerait l'importance du maintien du suivi des conventions. Le groupe estime qu'il ne lui appartient pas de désigner une ou plusieurs organisations en particulier pour assurer ce suivi. L'objectif serait d'attirer l'attention, sans émettre de préférence pour l'une ou l'autre organisation.

Le texte devrait indiquer notamment, dans ses considérants, que :

- les Etats intéressés par les conventions CIEC sont plus nombreux que les 6 Etats parties à l'organisation ;
- la mobilité internationale et, partant, la nécessité de soutenir cette mobilité en conservant les instruments nécessaires à son bon fonctionnement, doivent être préservés ;
- le suivi des conventions mais également leur promotion doivent être mis en évidence.

De plus, le dispositif devrait être formulé de manière à attirer l'attention des organisations internationales susceptibles de prendre des mesures tout en évitant de leur donner des instructions unilatérales.

Suite au débat, le texte suivant est adopté :

**RECOMMANDATION CONCERNANT LE MAINTIEN ET LE DÉVELOPPEMENT DE LA COOPÉRATION INTERNATIONALE EN MATIÈRE
D'ÉTAT CIVIL**

Lors de sa réunion de Katowice le 14 septembre 2019, le Groupe européen de droit international privé,

Constatant que la diminution du nombre d'États membres de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) est susceptible d'affecter le développement et le suivi d'instruments de coopération internationale dans le domaine de l'état civil ;

Constatant que le règlement (UE) 2016/1191 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 visant à favoriser la libre circulation des citoyens en simplifiant les conditions de présentation de certains documents publics dans

⁶⁸ On relève que le règlement 2016/1191 a pour base légale l'article 21.2 TFUE et non l'article 81.

l'Union européenne, largement inspiré par les travaux de la CIEC, préserve la possibilité pour les personnes de bénéficier de facilités procurées par d'autres instruments internationaux, telles les conventions adoptées par la CIEC ;

Constatant que les conventions de la CIEC continuent à être utilisées par les administrations des États contractants et bénéficient aux personnes en mobilité internationale, y compris les citoyens de l'Union européenne ;

Constatant que plusieurs de ces conventions sont des instruments ouverts à la ratification par des États non membres de l'organisation et que certaines ont été ratifiées par un nombre significatif de ces États ;

Conscient des problèmes soulevés en matière d'état civil par le contexte migratoire actuel ;

Estimant l'importance d'instruments de coopération dans le domaine de l'état civil pour la facilitation de la mobilité internationale des personnes, y compris au sein de l'Union européenne ;

Estimant également l'importance d'un suivi efficace des instruments existants, ainsi que l'intérêt de promouvoir de tels instruments entre un nombre croissant d'États dans un contexte de mobilité internationale ;

Considérant que plusieurs des conventions de la CIEC constituent un complément utile au fonctionnement d'autres instruments européens et internationaux, en particulier adoptés par l'Union européenne et par la Conférence de La Haye de droit international privé :

Engage les institutions concernées à prendre toute mesure en vue de :

- 1) préserver l'acquis, en particulier en maintenant ou en appuyant un dispositif apte à assurer le suivi des conventions de la CIEC ;
- 2) poursuivre le travail de coopération au niveau international en matière d'état civil ;
- 3) examiner les moyens permettant à l'Union européenne de participer à ces conventions ou à d'autres instruments futurs en matière d'état civil dans le but d'élargir le cercle des personnes bénéficiaires de tels instruments.

ANNEXE 1

Proposition de règlement relatif à la compétence, la loi applicable et la reconnaissance en matière de divorce.

Proposition du sous-groupe reprenant la version provisoire adoptée à la réunion d'Anvers en septembre 2018 (Etienne Pataut)

CHAPITRE I. CHAMP D'APPLICATION ET DÉFINITIONS

Article premier. Champ d'application

1. Le présent règlement s'applique, dans les situations impliquant un conflit de lois, au divorce et à la séparation de corps, quel que soit le sexe des époux.
2. Le présent règlement ne s'applique pas aux questions suivantes :
 - a) la capacité juridique des personnes physiques ;
 - b) l'existence, la validité, la reconnaissance ou l'annulation d'un mariage ;
 - c) la dissolution d'un partenariat ;
 - d) le nom des époux ;
 - e) les effets patrimoniaux du mariage ;
 - f) la responsabilité parentale ;
 - g) les obligations alimentaires ;
 - h) les trusts et les successions.
3. Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application du règlement lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée seulement à titre préalable, notamment à titre de défense ou de demande reconventionnelle.

Article 2. Relation avec les règlements (CE) no 4/2009, 650/2012 et 2016/1103

Le présent règlement n'a pas d'incidence sur l'application des règlements (CE) no 4/2009, 650 /2012 et 2016/1103

Article 3. Définitions

1. Aux fins du présent règlement, la notion de «juridiction» inclut toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de divorce ou de séparation de corps qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle de celle-ci, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent conformément au droit de l'État dans lequel ils exercent leurs fonctions :

- c) puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité ; et

d) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière.

2. Aux fins du présent règlement, la notion de « divorce non juridictionnel » inclut tous les divorces obtenus sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1.

CHAPITRE II – RÈGLES DE COMPÉTENCE

Article 4. Compétence générale

Sont compétentes pour statuer sur une demande relative au divorce ou à la séparation de corps des époux, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel se trouve, à la date de la saisine :

1. En cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux.
2. Dans les autres cas,
 - a) la résidence habituelle des époux ; ou à défaut
 - b) la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore ; ou à défaut
 - c) la résidence habituelle du défendeur ; ou, à défaut
 - d) la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande.

Article 5. Prorogation volontaire de compétence

1. Les époux peuvent convenir que le tribunal de la résidence habituelle de l'un d'eux, ou de la nationalité de l'un d'eux, sera exclusivement compétent pour connaître de leur divorce. Un tel choix peut avoir lieu à tout moment.

2. La convention est formulée par écrit, datée et signée par les parties. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

3. La juridiction saisie écarte la convention si son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

Article 6. Dérogation volontaire à la compétence

1. Le juge d'un État membre saisi d'une demande relevant de sa compétence en vertu du présent règlement et pour laquelle les parties sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État non membre pour en connaître à titre exclusif par une convention répondant aux conditions fixées par l'article 5 ne peut connaître du différend tant que le juge désigné n'a pas décliné sa compétence.

Il sursoit à statuer tant que le juge désigné n'a pas été saisi ou, après avoir été saisi, n'a pas décliné sa compétence. Il se dessaisit lorsque le juge désigné a rendu une décision qui peut être reconnue en vertu du droit de l'État du juge saisi.

Toutefois, il peut connaître du différend s'il apparaît que :

- a) Le juge désigné ne statuera pas dans un délai raisonnable ; ou
- b) Le juge désigné rendra une décision qui ne pourra pas être reconnue selon le droit de l'État du juge saisi ; ou
- c) la convention produirait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

2. Le choix par les parties d'un tribunal d'un État non membre est sans effet lorsque tous les autres éléments du litige sont localisés au moment de ce choix dans un seul État membre.

Article 7. Demande reconventionnelle

La juridiction devant laquelle la procédure est pendante en vertu de l'article 4 ou de l'article 5 est également compétente pour examiner une demande reconventionnelle, dans la mesure où celle-ci entre dans le champ d'application du présent règlement.

Article 8. Conversion de la séparation de corps en divorce

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

[Article 9. Compétence résiduelle

1. Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5, 6 et 7 et que les époux ont la nationalité d'un même État membre ou d'États membres différents, sont compétentes les juridictions de l'État membre dont l'un des époux a la nationalité [ou dans le cas du Royaume Uni et de l'Irlande, sur lequel se trouve son « domicile »] à la date de la saisine.

2. Toutefois le juge saisi se dessaisit lorsque les époux sont convenus de la compétence du tribunal ou des tribunaux d'un État non membre selon les conditions visées par l'article 6.]

Article 10. for de nécessité

Lorsque aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 4, 5, 6 et 7, les juridictions d'un État membre peuvent, à titre exceptionnel, statuer sur le divorce ou la séparation de corps si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel l'affaire présente un lien étroit.

[L'affaire doit présenter un lien suffisant avec l'État membre dont relève la juridiction saisie.]

Article 11. Transfert de compétence

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

- a) surseoir à statuer et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément aux articles 4 à 10 ; ou
- b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément aux articles 4 à 8.

Article 12. Saisine d'une juridiction

Une juridiction est réputée saisie, y compris lorsqu'un préliminaire de conciliation ou de médiation est obligatoire :

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

Article 13. Vérification de la compétence

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

Article 14. Litispendance et actions dépendantes

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

2. Lorsque la compétence de la juridiction première saisie est établie, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle-ci.

Dans ce cas, la partie ayant introduit l'action auprès de la juridiction saisie en second lieu peut porter cette action devant la juridiction première saisie.]

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

Article 15. Mesures provisoires et conservatoires

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

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

CHAPITRE III. RÈGLES UNIFORMES SUR LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE ET À LA SÉPARATION DE CORPS

Article 16. Application universelle

La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre.

Article 17. Loi applicable à défaut de choix par les parties

À défaut de choix conformément à l'article 18, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :

- a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction; ou à défaut,
- b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction; ou à défaut,
- c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction sauf si les époux ont plus d'une nationalité commune ; ou à défaut,
- d) dont la juridiction est saisie.

Article 18. Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

- a) la loi de l'État d'une résidence habituelle commune des époux au cours du mariage ;
ou
- b) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux ; ou
- c) la loi du for, y compris si celui-ci est rendu compétent par la volonté des parties dans les circonstances visées à l'article 5.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction.

3. Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for.

4. En cas de pluralité de nationalités, le choix prévu au paragraphe 1-b peut se porter sur la loi de l'un des États dont l'un des époux possède la nationalité.

Article 19. Consentement et validité matérielle

1. L'existence et la validité d'une convention sur le choix de la loi ou de toute clause de celle-ci sont soumises à la loi qui serait applicable en vertu du présent règlement si la convention ou la clause était valable.

2. Toutefois, pour établir son absence de consentement, un époux peut se fonder sur la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle au moment où la juridiction est saisie si les circonstances indiquent qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cet époux conformément à la loi visée au paragraphe 1.

3. À moins que les parties n'aient été pleinement informées et conscientes des conséquences de leur choix au moment de la désignation, la loi désignée ne s'applique pas lorsque son application entraînerait des conséquences manifestement inéquitables ou déraisonnables pour l'une ou l'autre des parties.

Article 20. Validité formelle

1. La convention visée à l'article 18, paragraphes 1 et 2, est formulée par écrit, datée et signée par les deux époux. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite.

2. Toutefois, si la loi de l'État membre dans lequel les deux époux ont leur résidence habituelle au moment de la conclusion de la convention prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

3. Si, au moment de la conclusion de la convention, les époux ont leur résidence habituelle dans des États membres différents et si les lois de ces États prévoient des règles formelles différentes, la convention est valable quant à la forme si elle satisfait aux conditions fixées par la loi de l'un de ces pays.

4. Si, au moment de la conclusion de la convention, seul l'un des époux a sa résidence habituelle dans un État membre et si cet État prévoit des règles formelles supplémentaires pour ce type de convention, ces règles s'appliquent.

Article 21. Conversion de la séparation de corps en divorce

1. En cas de conversion d'une séparation de corps en divorce, la loi applicable au divorce est la loi qui a été appliquée à la séparation de corps, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 18.

2. Toutefois, si la loi qui a été appliquée à la séparation de corps ne prévoit pas de conversion de la séparation de corps en divorce, l'article 8 s'applique, sauf si les parties en sont convenues autrement conformément à l'article 17.

Article 22. Application de la loi du for

Lorsque la loi applicable en vertu des articles 17 ou 18 ne prévoit pas le divorce la loi du for s'applique.

Article 23. Exclusion du renvoi

1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État, il entend les règles de droit en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses règles de droit international privé.

[2. Toutefois, lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers et que les règles de droit international privé en vigueur dans celui-ci renvoient à la loi d'un État membre, cette dernière loi s'applique.]

Article 24. Ordre public

L'application d'une disposition de la loi désignée en vertu du présent règlement ne peut être écartée que si cette application a un effet manifestement incompatible avec l'ordre public du for, notamment lorsqu'elle aurait un effet contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination.

Article 25. États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois territoriaux

Lorsqu'un État comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou son propre ensemble de règles ayant trait aux questions régies par le présent règlement :

- a) toute référence à la loi de cet État est interprétée, aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement, comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée ;
- b) toute référence à la résidence habituelle dans cet État est interprétée comme visant la résidence habituelle dans une unité territoriale
- c) toute référence à la nationalité vise l'unité territoriale désignée par la loi de cet État ou, en l'absence de règles applicables, l'unité territoriale choisie par les parties, ou en l'absence de choix, l'unité territoriale avec laquelle l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits.

Article 26. États ayant deux ou plusieurs systèmes de droit – conflits de lois interpersonnels

Pour un État qui a deux ou plusieurs systèmes de droit ou ensembles de règles applicables à différentes catégories de personnes et ayant trait aux questions régies par le présent règlement, toute référence à la loi d'un tel État est interprétée comme visant le système de droit déterminé par les règles en vigueur dans cet État. En l'absence de telles règles, le système de droit ou l'ensemble de règles avec lequel l'époux ou les époux présente(nt) les liens les plus étroits s'applique.

Article 27. Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes

Un État membre dans lequel différents systèmes de droit ou ensembles de règles s'appliquent aux questions régies par le présent règlement n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits de lois concernant uniquement ces systèmes de droit ou ensembles de règles.

CHAPITRE IV. RECONNAISSANCE

Section 1. Décisions rendues dans un État membre

Article 28. Reconnaissance d'une décision rendue dans un État membre

1. Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.
2. En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un autre État membre en matière de divorce ou de séparation de corps qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État membre.
3. Toute partie intéressée peut demander que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

La compétence territoriale de la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque État membre à la Commission est déterminée par la loi de l'État membre dans lequel la demande de reconnaissance ou de non-reconnaissance est présentée.

4. Si la reconnaissance d'une décision est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci peut statuer en la matière.

Article 29. Motifs de non-reconnaissance d'une décision rendue dans un État membre

Une décision rendue en matière de divorce ou de séparation de corps n'est pas reconnue :

- a) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;
- b) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;
- c) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ; ou
- d) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis.

Article 30. Interdiction du contrôle de la compétence de la juridiction d'origine

Il ne peut être procédé au contrôle de la compétence de la juridiction de l'État membre d'origine. Le critère de l'ordre public visé à l'article 29, point a), ne peut être appliqué aux règles de compétence visées aux articles 3 à 8.

Article 31. Disparités entre les lois applicables

La reconnaissance d'une décision ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permet pas le divorce ou la séparation de corps sur la base de faits identiques.

Article 32. Interdiction de la révision au fond

En aucun cas, une décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 33. Sursis à statuer

1. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue dans un autre État membre peut surseoir à statuer si cette décision fait l'objet d'un recours ordinaire.

2. La juridiction d'un État membre saisie d'une demande de reconnaissance d'une décision rendue en Irlande ou au Royaume-Uni et dont l'exécution est suspendue dans l'État membre d'origine du fait de l'exercice d'un recours peut surseoir à statuer.

Article 34. Documents

1. La partie qui invoque ou conteste la reconnaissance d'une décision doit produire :

- a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité ; et
- b) le certificat visé à l'article 36.

2. En outre, s'il s'agit d'une décision par défaut, la partie qui invoque la reconnaissance ou sollicite la délivrance d'une déclaration constatant sa force exécutoire doit produire :

- a) l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante ; ou
- b) tout document indiquant que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque.

Article 35. Absence de documents

1. À défaut de production des documents mentionnés à l'article 34, paragraphe 1, point b), ou paragraphe 2, la juridiction peut impartir un délai pour les produire ou accepter des documents équivalents ou, si elle s'estime suffisamment éclairée, en dispenser.

2. Il est produit une traduction des documents si la juridiction l'exige. La traduction est certifiée par une personne habilitée à cet effet dans l'un des États membres.

Article 36. Certificat concernant les décisions en matière matrimoniale

La juridiction ou l'autorité compétente de l'État membre d'origine délivre, à la requête de toute partie intéressée, un certificat en utilisant un formulaire modèle.

Section 2. Décisions rendues dans un État non membre

Article 37. Reconnaissance des décisions rendues dans un État non membre

1. Les décisions rendues dans un État non membre sont reconnues dans les États membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.

2. En particulier, et sans préjudice du paragraphe 3, aucune procédure n'est requise pour la mise à jour des actes d'état civil d'un État membre sur la base d'une décision rendue dans un État non membre en matière de divorce ou de séparation de corps qui n'est plus susceptible de recours selon la loi de cet État non membre.

3. Toute partie intéressée peut demander que soit prise une décision de reconnaissance ou de non-reconnaissance de la décision.

La compétence territoriale de la juridiction indiquée dans la liste communiquée par chaque État membre à la Commission est déterminée par la loi de l'État membre dans lequel la demande de reconnaissance ou de non-reconnaissance est présentée.

4. Si la reconnaissance d'une décision est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci peut statuer en la matière.

Article 38. Motifs de non-reconnaissance d'une décision rendue dans un État non membre

1. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État non membre n'est pas reconnue :

- a) si la juridiction de l'État d'origine s'est déclarée compétente en l'absence de lien suffisant entre l'État d'origine et le litige, sauf si la partie qui s'oppose à la reconnaissance a accepté la compétence de la juridiction de l'État d'origine ;
- b) si la reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public substantiel ou procédural de l'État membre requis ou de l'Union européenne, en particulier :
 - i. si cette décision résulte d'un manquement aux principes qui régissent le droit au procès équitable ou résulte d'une fraude commise dans la procédure, ou

- ii. si elle aurait un effet contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en particulier à son article 21 qui interdit toute forme de discrimination.
- c) si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant en temps utile et de telle manière qu'il puisse pourvoir à sa défense, à moins qu'il ne soit établi que le défendeur a accepté la décision de manière non équivoque ;
- d) si elle est inconciliable avec une décision rendue dans une instance opposant les mêmes parties dans l'État membre requis ;
- e) si elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre État membre ou dans un État tiers dans une affaire opposant les mêmes parties, dès lors que cette première décision réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans l'État membre requis ; ou
- f) si elle est encore susceptible de recours ordinaire dans l'État d'origine.

2. Une décision en matière de divorce ou de séparation de corps rendue dans un État non membre peut ne pas être reconnue si la demande a été introduite dans l'État d'origine après l'introduction devant le tribunal d'un État membre d'une demande en divorce ou en séparation de corps entre les mêmes parties.

Article 39. Interdiction de la révision au fond

En aucun cas la décision ne peut faire l'objet d'une révision au fond.

Article 40. Documents

1. La partie qui invoque la reconnaissance d'une décision rendue dans un État non membre doit produire :

- a) une expédition de celle-ci réunissant les conditions nécessaires à son authenticité
- b) s'il s'agit d'une décision rendue par défaut, l'original ou une copie certifiée conforme du document attestant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante ; et
- c) tout document nécessaire pour établir que la décision n'est pas susceptible de recours ordinaire dans l'État d'origine, qu'elle a été signifiée ou notifiée à la partie contre laquelle elle a été prononcée et qu'elle est exécutoire dans cet État.

2. Il est produit une traduction certifiée des documents si la juridiction ou l'autorité compétente l'exige, d'office ou à la demande d'une partie.

CHAPITRE V. ACTES REÇUS PAR UNE JURIDICTION ET DIVORCES NON JURIDICTIONNELS

Article 41. Reconnaissance des actes authentiques et accords sur le divorce

Les actes authentiques et les accords sur le divorce reçus par une juridiction étrangère au sens de l'article 3§1 sont reconnus dans les mêmes conditions que les décisions.

Article 42. Divorces consensuels – Loi applicable

La dissolution consensuelle ou sur demande acceptée d'un mariage obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1 ne produit effet sur le territoire des États membres que si elle est conforme à la loi applicable désignée en application du chapitre III.

Article 43. Divorces unilatéraux – Loi applicable

La dissolution du mariage fondée sur la seule déclaration unilatérale obtenue sans le concours d'une juridiction au sens de l'article 3§1 ne produit effet sur le territoire des États membres que si elle est conforme à la loi applicable désignée en application du chapitre III et qu'elle a été acceptée de façon certaine par l'autre conjoint [ou que, malgré le défaut d'acceptation par l'autre conjoint, sa reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public et notamment à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne].

Présentation générale

Le projet GEDIP relatif au divorce vise à proposer à la discussion générale un texte relatif au droit du divorce, dans toutes ses dimensions internationales, sur le modèle de ce qui a pu être fait en matière de successions, de régimes matrimoniaux ou d'obligations alimentaires.

Le point de départ est celui des règlements Rome 3 et Bruxelles 2, dont on a tenté d'extraire les questions spécifiques de divorce et de modifier les éléments qui paraissent les plus contestables.

Le présent rapport attire simplement l'attention sur quelques-unes des modifications principales.

Sur le champ d'application

Trois points semblent importants à noter.

Le premier est l'inclusion très claire des mariages entre personnes de même sexe. Ceux-ci relèvent incontestablement de la catégorie « mariage » et, de ce fait, leur rupture de celle de « divorce ». Il a semblé tout à fait impossible de ne pas les inclure, même si le groupe est évidemment conscient des difficultés politiques susceptibles d'être soulevées par cette inclusion. En revanche, il est précisé, pour autant que de besoin, que le texte ne vise pas la dissolution du partenariat.

Le deuxième est l'exclusion des actions en nullité du mariage. Il y a sur ce point une différence entre les règlements 2201/2003 (qui l'inclut) et 1259/2010 (qui l'exclut). L'autonomie de la qualification et, de ce fait, des règles de conflit de lois, de même que celle des actions en nullité (notamment l'implication fréquente du ministère public) ont conduit à préférer la solution de l'exclusion généralisée.

Cette exclusion pose une difficulté particulière en matière de questions préalables et cette difficulté a justifié une solution un peu différente de celle envisagée à Anvers (inspiré de l'article 2(2) 3 de la convention de La Haye sur l'élection de for). Le nouveau projet d'article 1§3 permet ainsi de ne pas exclure radicalement une demande préalable en nullité du mariage, bien que celle-ci soit formellement exclue du champ d'application du règlement.

Enfin, on notera l'inclusion des divorces « non juridictionnels », définis à l'article 3§2 par opposition aux divorces juridictionnels visés à l'article 3§1, dont le régime est fixé par le chapitre 5.

Sur la compétence

Le chapitre sur la compétence a été sensiblement modifié par rapport au règlement 2201/2003.

D'une part, les règles de compétence ordinaires prévoient désormais une échelle de chefs de compétence en cascade, dont l'objectif est de lutter contre l'éclatement du contentieux

autorisé par l'actuel article 3. Dans ce cadre, est tout particulièrement à noter la disparition de la compétence fondée sur la nationalité et la hiérarchisation des critères de compétence.

D'autre part, est insérée la possibilité de conclure une clause attributive de juridiction. L'équilibre choisi est celui d'un mécanisme d'autonomie de la volonté encadré, pouvant avoir lieu à tout moment, mais dont les effets peuvent à titre exceptionnel être écartés par le juge si la clause s'avère manifestement déraisonnable à l'égard d'une partie.

L'article 6 vise à traiter de la question d'une clause désignant le tribunal d'un État non membre. Son objectif est de parvenir à un équilibre entre l'efficacité de la clause et la compétence des tribunaux de l'Union. Le second paragraphe (dont la formulation a évolué depuis Anvers pour plus de précision) vise à empêcher qu'un litige « interne » soit « internationalisé » par une clause attributive de juridiction au bénéfice d'un État tiers.

Enfin, est introduite une règle dite de « compétence résiduelle », qui ouvre une compétence exceptionnelle en faveur des tribunaux de la nationalité d'un ou deux époux, sauf clause attributive de juridiction en faveur d'un État tiers. Il s'agit d'un véritable « privilège de citoyenneté européenne » qui, s'il a fait l'objet de vives discussions, paraît en toute hypothèse préférable au système complexe et incertain de renvoi au droit national de l'actuel règlement.

Andrea Bonomi, qui n'était pas avec nous à Anvers, a souhaité rappeler sa forte opposition à cette solution. Je redonne ici ses arguments, qu'il a fournis par mail aux membres du sous-groupe :

« Enfin, malheureusement, il y a un point auquel je suis entièrement opposé: il s'agit du privilège de nationalité prévu par la règle de compétence subsidiaire de l'article 9. Cette compétence est destinée à s'appliquer lorsque les époux ne sont pas résidents au sein de l'UE, y compris lorsqu'ils sont tous deux résidents dans un même Etat tiers. Dans un tel cas, les autorités de cet Etat auront normalement (presque toujours) la compétence pour statuer et seront normalement les mieux placées pour le faire. Dans un grand nombre de cas, la procédure sera équitable et la décision pourra être reconnue sans problèmes dans l'UE. Pensez aux divorces rendus dans un Etat de l'AELE, aux US, au Canada, dans des Etats de l'Amérique latine, à l'avenir au RU... En dépit de cela, l'art. 9 permet à l'époux européen de venir introduire le divorce ou la séparation dans son Etat national, alors que le mariage et notamment l'autre époux peuvent n'avoir aucun lien avec cet Etat: dans cette hypothèse le for est exorbitant (pas de lien substantiel avec le litige ou avec le défendeur, pas de purposeful availment...). Il est également défavorable à l'époux défendeur, donc peu conforme au principe d'égalité entre époux. En plus, si le tribunal européen est saisi en premier, cela pourrait faire obstacle à la reconnaissance d'une décision rendue dans l'Etat tiers de la résidence habituelle des époux (art. 38§2). Enfin, le juge européen devra dans ce cas appliquer la loi de l'Etat tiers de la résidence commune...

Je sais bien que certains Etats membres ont d'ores et déjà un tel for, et que l'actuel art. 7 du règlement Bruxelles IIbis leur permet de l'appliquer dans ces situations. Mais je ne suis pas d'accord avec Etienne que la généralisation de ce for soit une meilleure solution, car elle conduit à légitimer au plan européen un for qui est exorbitant. Désolé mais je ne peux pas m'aligner sur cette solution qui fait fi de l'idée de proximité, attise des conflits positifs et consacre une forme de "parochialism" à l'européenne (comme celles d'autres règlements, par ex. l'art. 10(1) du règlement successions).

L'utilisation de cette compétence prend bien évidemment un tout autre sens si l'époux européen ne peut pas demander le divorce dans l'Etat étranger de résidence, ou l'on

ne peut raisonnablement pas exiger qu'il le fasse (par ex. Etat musulman qui limite le droit au divorce de l'épouse aux cas de faute du mari). C'est de cette manière que fonctionne le "for d'origine" en Suisse (art. 60 LDIP). Mais on est là dans un cas particulier de for de nécessité (qui pourrait être expressément prévu comme dans l'article 60 LDIP pour éviter que les tribunaux ferment les yeux et interprètent l'art. 10 de manière trop restrictive). »

Ces arguments avaient été soulevés à Anvers et le groupe avait finalement statué en sens contraire, mais il a semblé important de rappeler ici les objections qui peuvent être opposées à cette solution.

D'autres innovations, enfin, sont plus ponctuelles. Ainsi de l'introduction d'une règle de for de nécessité (article 10), d'une règle de transfert de compétence inspirée par l'article 15 du règlement 2201/2003 (article 11) ou d'une règle de litispendance renforcée en cas de saisine des juridictions d'un État tiers, avec, en plus, une exigence de « délai raisonnable » ajoutée par le sous groupe depuis Anvers (article 14). Cette dernière règle, en partie inspirée de l'actuel article 33 du règlement 1215/2012, vise à tenir compte de l'existence de procédures dans les États tiers, du fait notamment qu'ont été introduites des dispositions relatives à la reconnaissance des décisions rendues dans ceux-ci (articles 37 et s).

Sur la loi applicable

Les modifications sont moins fondamentales relativement à la loi applicable. Tout particulièrement, les articles 17 et 18 du projet sont largement repris des articles 5 et 8 du règlement 1259/2010, rapprochés pour des raisons de simplicité.

Quelques modifications ont toutefois été introduites. La première est celle d'une limite à la liberté de choix, dont la mise en œuvre est confiée au juge (article 19, § 3). La formulation est directement inspirée de l'article 8§5 du protocole de La Haye de 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

La deuxième est celle de l'éventuelle possibilité d'un renvoi de la loi d'un État tiers vers celle d'un État membre. Cette proposition reste toutefois entre crochets, faute de consensus entre les membres du groupe.

La troisième, plus substantielle, concerne l'ordre public. Il a été décidé de s'éloigner de la formulation des articles 12 et surtout 13 du règlement 1259/2010, ce dernier ayant été purement et simplement abandonné. L'article relatif à l'ordre public, pour sa part, a été modifié pour tenir compte le plus explicitement possible des dispositions relatives aux droits fondamentaux et tout particulièrement aux exigences de la non-discrimination.

Sur la reconnaissance des décisions

Le chapitre sur la reconnaissance des décisions est, pour ce qui concerne les décisions rendues dans un autre État membre, assez peu différent du modèle du règlement 2201/2003.

D'autres modifications sont plus importantes.

La première est l'inclusion des décisions rendues dans des États tiers. Cette inclusion se justifie par deux raisons principales. D'une part, le GEDIP est dans l'ensemble favorable à ce qu'un régime commun de reconnaissance des décisions rendues dans des États tiers soit mis en place. La solution avait été proposée en matière civile et commerciale aux sessions de Padoue (2009) et Copenhague (2010). Le texte proposé est inspiré des textes adoptés lors de ces sessions. D'autre part, il a paru impossible aux membres du groupe de tenter d'organiser un régime de circulation des décisions non juridictionnelles en matière de divorce sans tenir compte des États tiers. Ces deux raisons ont donc conduit à insérer un régime de reconnaissance des décisions étrangères.

Celui-ci est calqué sur celui des décisions rendues dans les États membres, avec quelques différences importantes : le maintien d'un contrôle de la compétence du juge d'origine (article 38a) ; le renforcement de l'ordre public, notamment en intégrant la formulation retenue pour le conflit de lois (article 38 b, inspiré de l'article 24) ; l'intégration d'une faculté de non-reconnaissance dans l'hypothèse où la demande aurait été portée devant un juge étranger alors qu'une instance (non encore achevée) était déjà pendante dans un État membre (article 38§2).

La seconde est beaucoup plus importante et consiste à tenter d'ébaucher un régime juridique particulier pour les divorces non juridictionnels. C'est le nouveau chapitre 5.

Sur les divorces non juridictionnels

Il s'agit sans doute de l'innovation la plus importante du texte.

La formulation a elle-même beaucoup évolué au fur et à mesure des discussions. A Anvers, nous avons retenu, faute de mieux, celle qui a été proposée par l'arrêt *Sahyouni* : divorces obtenus (préféré à « prononcés ») sans le concours de nature constitutive d'une juridiction ou d'une autorité publique (CJUE, 20 décembre 2017, aff. 372/16, *Sahyouni*).

Il a semblé finalement au sous-groupe qu'il était plus simple et plus élégant de procéder un peu autrement. La ligne de partage est donc désormais entre les autorités qui exercent des « fonctions juridictionnelles » au sens de l'article 3§ 1 (dont la formulation est directement inspirée de l'article 3§2 du règlement régimes matrimoniaux, 2016/1103) et les autres. Les premières relèvent de la méthode de la reconnaissance des situations, les secondes de la méthode du conflit de lois. C'est ce que reflètent les articles 41, 42 et 43 du nouveau chapitre 5, qui est l'une des innovations importantes du projet.

De ce fait, les divorces (rendus dans un EM ou dans un État tiers) qui supposent l'intervention d'une juridiction au sens large de l'article 3§1 sont soumis au régime de la circulation des décisions ; les divorces purement privés au sens de l'article 3§2 sont soumis au régime du conflit de lois.

Il faut ici souligner que le règlement Bruxelles 2 ter prévoit des règles qui ne sont pas les mêmes que les nôtres en matière de reconnaissance des divorces consensuels. La solution retenue par le législateur européen est très libérale (article 2-1, 2-2 et 2-3 sur la définition de la juridiction, de l'acte authentique et, surtout de « l'accord » en matière de divorce ; combiné aux articles 64 à 68 du règlement). La méthode est donc celle de la reconnaissance là où, pour notre part, nous avons maintenu un recours au conflit de lois (article 42 de notre projet). C'est évidemment une question essentielle.

L'article 41 vise des divorces « juridictionnels » basés sur un acte authentique ou un accord. Pourvu qu'ils aient fait l'objet de l'intervention d'une juridiction au sens de l'article 3§1, ce qui suppose en particulier qu'ils soient dotés d'une force équivalente à celle d'une décision selon le droit de l'État d'origine, ces divorces suivent le régime des décisions.

En revanche, d'autres formes de divorce issus d'un acte ou d'un accord ne répondant pas aux conditions de l'article 3§1 (et visés à l'article 3§2) relèvent de la méthode du conflit de lois. Le texte distingue deux catégories.

D'une part, il peut s'agir d'un contrat ou d'un acte consensuel enregistré d'une façon ou d'une autre, par une autorité administrative (tel l'officier de l'état civil ou un notaire dans plusieurs États membres, comme la Lettonie ou le Danemark, mais aussi le nouveau divorce consensuel français). Ces divorces devront donc être prononcés en conformité avec la loi désignée par le règlement pour pouvoir être acceptés.

D'autre part, les divorces purement unilatéraux (tel le *talak* en droit islamique), en revanche, doivent avoir été acceptés sans équivoque par l'autre partie pour pouvoir être reconnus.

En toute hypothèse, ce régime n'empêche bien évidemment nullement, dans les deux cas, le jeu de l'ordre public au sens du conflit de lois. Toutefois, sur ce dernier point, une inquiétude a été soulevée, justifiant un passage entre crochets à la fin de l'article 43 : l'hypothèse d'une répudiation unilatérale non acceptée (ou dont on ne sait si elle l'a été) mais obtenue il y a longtemps. La réalité de la vie familiale pourrait dans ce cas conduire à estimer que ce divorce prononcé en application de la loi compétente est valable en Europe. La formulation entre crochets essaie de rendre compte de cette situation, pour le cas où la portée du critère de l'intensité de rattachement (*Inlandsbeziehung*) inhérent à l'appréciation de l'exception générale d'ordre public ne s'avérerait pas suffisamment précise.

ANNEXE 2

The law applicable to rights in rem: skeleton

Proposition du sous-groupe (Francesco Garcimartin)

Chapter I. Scope

Article 1. Material scope

1. This Regulation shall apply, in situations involving a conflict of laws, to proprietary rights (rights *in rem*) in tangible assets¹.
2. The following shall be excluded from the scope of this Regulation
 - (a) questions involving the status or legal capacity of natural persons,
 - (b) questions involving the capacity of legal persons,
 - (c) contractual obligations²,
 - (d) non-contractual obligations,
 - (e) the creation or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes³,
 - (f) the creation or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships⁴,
 - (g) the creation or transfer of property rights by succession⁵,
 - (h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights⁶,
 - (i) the transfer of proprietary rights by operation of law as a consequence of company mergers, divisions or global transfers (universal succession), and
 - (j) the creation, administration and dissolution of trust⁷.

Article 2. Definitions

For the purpose of this Regulation:

- (a) “Proprietary rights” means rights over tangible assets that are effective against third parties (*erga omnes*), such as ownership, security interests, usufruct or right of retention;

¹ A recital should clarify that this Regulation shall not apply, in particular, to receivables, rights to the performance of obligations other than receivables, negotiable instruments or negotiable document in electronic form, right to payment of funds credited to a bank account, certificated and book-entry securities.

² A recital should clarify that when the law applicable to the proprietary rights requires a valid contract as a condition for its acquisition, the validity of the contract shall be determined by the law applicable under the Rome I Regulation.

³ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on matrimonial property regimes in accordance with recitals 24 to 28 of the latter instrument.

⁴ *Idem*.

⁵ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on successions in accordance with recitals 14 to 19 of the latter instrument

⁶ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on insolvency proceedings. The term “effects of the opening of insolvency proceedings” includes in particular, the enforcement of a proprietary right after the opening of insolvency proceedings, the ranking of claims and the avoidance of the creation or transfer of proprietary rights.

⁷ A recital should clarify that this exclusion should not be understood as a general exclusion of trusts. Where a trust is validly created the law applicable under this Regulation should apply to govern the trust’s proprietary rights over tangible assets.

(b) “Tangible assets” means assets able to be physically possessed and include both movable and immovable;

(c) “Relevant time” means the time of the acquisition of the corresponding proprietary right (alternative: the time when the facts occurred from which the acquisition or the loss of the corresponding proprietary right derive⁸).

Article 3. Universal application

Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of a Member State.

Chapter II. Uniform rules

Article 4. General rule

The proprietary rights in an asset are governed by the law of the country within the territory of which the asset is located at the relevant time.

Article 5. Assets in transit

The acquisition and the loss of proprietary rights in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the country of destination⁹.

Article 6. Means of transport¹⁰

1. The proprietary rights in an aircraft are governed by the law of the country of its nationality (alternative: flag/registration¹¹).

2. The proprietary rights in a railway vehicle are governed by the law of the country of its licensing (alternative: registration)

3. The proprietary rights over a vessel are governed by the law of the country of its registration.

[The coming into existence of a statutory lien in those means of transport underlies the law applicable to the underlying claim. The ranking among several claims is governed by the law of the country of location of the asset¹²¹³]

Article 7. Scope of the applicable law

The law applicable pursuant to this Regulation shall govern, in particular:

- (a) the requirements to create, transfer or acquire a proprietary right over an asset;
- (b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be evidenced by a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate¹⁴;
- (b) the priority between competing proprietary rights over the same asset;
- (c) the nature and content of the proprietary rights over an asset;

⁸ See Art. 100 Swiss PIL Act. The issue of “transformation” or “modification” of a right *in rem* may be considered.

⁹ See Art. 101 Swiss PIL Act or 52 Italian PIL Act (but see Art. 10(1) III Spanish Civil Code). A recital should explain that (i) this provision allows, in particular, for the acquisition of a proprietary right over an asset in transit before its arrival to the country of destination; and (ii) it presupposes that the asset eventually arrives in that country (see Art. 85 (4) UNCITRAL Model Law on Secured Transactions).

¹⁰ See Art. 45 EGBGB, Art. 10 (2) Spanish CC;

¹¹ If “registration” is used here, a unique rule may cover all means of transport included in this provision.

¹² See Art. 45 (E) EGBGB. It should be discussed whether this rule should be generalized.

¹³ Alternatively, this clarification may be located in Article 7.

¹⁴ A recital should explain the consequences, ie if the assets is covered by a negotiable instrument, the law of the State in which the document is located will govern the proprietary right over the document and therefore over the assets.

(d) the enforcement of security interest over an asset

Article 8. [conflit mobile] Protection of acquired rights

1. This Article applies if there is a change of the connecting factor that determines the applicable law under this Regulation¹⁵.

2. In this Article -

a) "the new law" means the law applicable under this Regulation after the change;

b) "the old law" means the law applicable under this Regulation before the change.

3. The old law continues to govern the existence of a proprietary right created before the change of the applicable law¹⁶.

4. The new law governs the extent and the exercise of a proprietary right created under the old law¹⁷ and the priority between a proprietary right created under the old law and a competing proprietary right created under the new law.

5. Where a person invokes a proprietary right to which he is entitled under the old law and the new law does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted [transposed] to the closest equivalent right *in rem* under the law of that State, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right *in rem* and the effects attached to it¹⁸.

6. If a proprietary right has not been acquired under the old law previously to the change of law, as to the acquisition of a proprietary right under the new law, facts that took place under the old law are considered as if they took place under the new law¹⁹.

[Possible special rule for claims over stolen goods²⁰ or cultural goods²¹]

Chapter III. Other provisions

Article 9. Overriding mandatory provisions

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

2. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a Member State for safeguarding its public interests, such as its political, social or

¹⁵ An alternative formulation may be: "This Article applies if the asset is moved from one State to another", but it would not cover the means of transport governed by Article 6.

¹⁶ A recital should explain that this provision entails the obligation to recognize "proprietary rights" validly created under the law of the country where the asset was at the time of creation of the right.

¹⁷ See Art. 43 (2) EGBGB; Art. 100 (2) Swiss PIL Act

¹⁸ See, e.g., Art. 31 of the Succession Regulation, the corresponding recitals should also be included in this Regulation. (recitals 16 and 17)

¹⁹ See Art. 43 (3) EGBGB; Art. 102 Swiss PIL Act. This solution could also be included in the recital as an interpretive criteria of the general rule.

²⁰ See, for example, Art. 92 Belgian Law: "*La revendication d'un bien volé est régie, au choix du propriétaire originaire, soit par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa disparition, soit par celui de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication.*"

Toutefois, si le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa disparition ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication."

²¹ See, for example, Art. 90 Belgian Law: "*Lorsqu'un bien qu'un Etat inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet Etat de manière illicite au regard du droit de cet Etat au moment de son exportation, sa revendication par cet Etat est régie par le droit dudit Etat en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication.*"

Toutefois, si le droit de l'Etat qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication."

economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the third-party effects of assignments of claims pursuant to this Regulation.

Article 10. Public policy (ordre public)

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

Article 11. Exclusion of renvoi

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

Article 12. States with more than one legal system

1. Where a State comprises several territorial units, each of which has its own rules of law in respect of proprietary rights, each territorial unit shall be considered as a State for the purposes of identifying the law applicable under this Regulation.
2. A Member State which comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of proprietary rights shall not be required to apply this Regulation to conflicts of laws arising between such units only.

Article 13. Relationship with other provisions of Union law

This Regulation shall not prejudice the application of provisions of Union law which, in relation to particular matters, lay down conflict of laws rules relating to proprietary rights.

Article 14. Relationship with existing international conventions

1. This Regulation shall not prejudice the application of international conventions to which one or more Member States are parties at the time when this Regulation is adopted and which lay down conflict of laws rules relating to proprietary rights.
2. However, this Regulation shall, as between Member States, take precedence over conventions concluded exclusively between two or more of them in so far as such conventions concern matters governed by this Regulation.

Article 15. Application in time

1. This Regulation shall apply to proprietary rights created or acquired on or after [date of application].
2. The law applicable pursuant to this Regulation shall determine the priority between a proprietary right acquired on or after the date of application of this Regulation and a competing proprietary right acquired before this Regulation becomes applicable.

ANNEXE 3

Proposition d'un document de travail pour une Partie générale d'un code de DIP européen¹

Proposition du sous-groupe (Fabienne Jault-Seseke et Catherine Kessedjian)

Le présent document a été préparé dans l'esprit de proposer un guide méthodologique au juge d'un Etat membre de l'Union européenne, notamment en définissant son office, en précisant les modalités de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, etc.

La proposition établie par Paul Lagarde (rapport de synthèse publié à la *RabelsZ*) a servi de point de départ à la réflexion. Sa structure a été conservée

- I. Dispositions préliminaires
- II. Compétence juridictionnelle
- III. Conflit de lois
- IV. Reconnaissance et exécution

Les articles suivants sont ceux de la partie générale destinée à constituer, avec les différents règlements existants qui intégreront la partie spéciale, un code de droit international privé européen.

Chapitre I. Dispositions préliminaires

Art. 1. – Le présent code régit la compétence internationale des juridictions des États membres, la détermination du droit applicable et les conditions d'efficacité dans chaque État membre des décisions étrangères et actes authentiques émanant d'un autre État [membre] ainsi que la reconnaissance des situations juridiques constituées dans un autre État [membre].

Art. 2. – Les dispositions du présent code s'appliquent sans préjudice des conventions internationales auxquelles l'Union européenne est ou sera partie ainsi que celles auxquelles les États membres seront parties, après avoir été autorisés par l'Union européenne². Sauf disposition contraire du présent code, elles remplacent, pour les États membres, les conventions existant au moment de l'entrée en vigueur du présent règlement, qui ont été conclues entre deux ou plusieurs États membres et qui portent sur des matières réglées par le présent règlement.

Art. 3. – Nationalité³

- 1. La nationalité d'une personne physique se détermine d'après le droit de l'État dont la nationalité est en cause.*
- 2. En cas de pluralité de nationalités d'États membres, il ne sera pas donné nécessairement priorité à la nationalité du for.*
- 3. En cas de pluralité de nationalités, un État membre ne peut refuser de reconnaître une situation juridique constituée dans un autre État membre sur la base d'une*

¹ Ont participé à l'élaboration de ce document Hélène Gaudemet-Tallon, Fabienne Jault-Seseke, Catherine Kessedjian, Paul Lagarde et Etienne Pataut.

² V. spécialement Règlements 662/2009 du 13 juillet 2009 et 664/2009 du Conseil du 7 juillet 2009, JOL200 du 31 juillet 2009.

³ Les dispositions qui suivent correspondent exactement au texte GEDIP de Lausanne reproduit sans modification. Il conviendrait probablement de réduire ce texte pour la partie générale d'un code.

certaine nationalité d'une ou de plusieurs personnes en cause au seul motif d'une divergence d'appréciation lors de la prise en considération de cette nationalité.

- 4. Lorsqu'un citoyen européen possède la nationalité de plusieurs États membres, il peut se prévaloir de l'une ou de l'autre de ces nationalités.*
- 5. Lorsqu'un citoyen européen possède la nationalité de plusieurs États membres, ces nationalités sont placées sur un pied d'égalité pour déterminer la compétence des juridictions des États membres.*
- 6. Lorsqu'un citoyen européen possède également la nationalité d'un ou de plusieurs États tiers, seule sa citoyenneté européenne est retenue pour déterminer la compétence des juridictions d'un État membre.*
- 7. Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne permettent à une personne de choisir le droit de l'État dont elle a la nationalité et que cette personne possède deux ou plusieurs nationalités, ce choix peut se porter, sauf disposition contraire, sur le droit de l'un ou l'autre des États dont elle a la nationalité.*
- 8. Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne permettent à plusieurs personnes de choisir le droit de l'État de leur nationalité commune et que ces personnes possèdent deux ou plusieurs nationalités communes, ce choix peut se porter, sauf disposition contraire, sur le droit de l'un ou l'autre des États dont elles ont toutes la nationalité.*
- 9. Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne permettent à plusieurs personnes de choisir le droit de l'État dont l'une d'elles a la nationalité et que cette personne possède deux ou plusieurs nationalités, ce choix peut se porter, sauf disposition contraire, sur le droit de l'un ou l'autre des États dont elle a la nationalité.*
- 10. Lorsque les règles de conflit de lois de l'Union européenne retiennent à titre de rattachement objectif le droit de l'État de la nationalité commune de deux personnes et que les personnes concernées ont une nationalité commune, ces règles s'appliquent indépendamment de toute autre nationalité possédée par l'une ou l'autre.*

Art. 4. – Subsidiarité

Les questions non réglées par le droit de l'Union sont régies par les règles de DIP de l'État membre dont relève la juridiction saisie, dans le respect de l'effet utile des dispositions de l'Union.

Art. 5. - Procédure

Le présent règlement ne porte pas atteinte à l'autonomie procédurale des États membres. La loi du for s'applique à la procédure.

Chapitre II. – Compétence judiciaire

Art. 6 – Immunité de juridiction

Les dispositions du présent code sur la compétence judiciaire ne portent pas atteinte aux règles en vigueur dans chaque État membre relatives à l'immunité de juridiction des États étrangers, des organisations internationales, des chefs d'États et diplomates étrangers.

Art. 7. – Champ d'application

Sauf disposition contraire du présent code, lorsque les dispositions de celui-ci donnent compétence à un tribunal ou à des tribunaux sans considération du domicile ou de la résidence habituelle de l'une ou l'autre des parties, elles sont applicables même lorsqu'aucune des parties n'a son domicile ou sa résidence habituelle dans un État membre.

Art. 8. – Office du juge

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

Art. 9. – Absence de comparution du défendeur

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

Art. 10. – Litispendance (États membres)

1. Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

2. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci.

Art. 11. -Litispendance (État membre-État tiers)

Lorsqu'une procédure est pendante devant une juridiction d'un État tiers au moment où une juridiction d'un État membre est saisie d'une demande entre les mêmes parties ayant le même objet et la même cause que la demande portée devant la juridiction de l'État tiers, la juridiction de l'État membre doit [peut surseoir à statuer si:

a) l'on s'attend à ce que la juridiction de l'État tiers rende une décision susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, d'être exécutée dans ledit État membre; et

b) la juridiction de l'État membre est convaincue que le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.

2. La juridiction de l'État membre peut poursuivre l'instance à tout moment si:

a) l'instance devant la juridiction de l'État tiers fait elle-même l'objet d'un sursis à statuer ou d'un désistement ;

b) la juridiction de l'État membre estime que la procédure devant la juridiction de l'État tiers ne pourra vraisemblablement pas être conclue dans un délai raisonnable; ou

c) la poursuite de l'instance est indispensable à une bonne administration de la justice.

3. La juridiction de l'État membre met fin à l'instance si la procédure devant la juridiction de l'État tiers est conclue et a donné lieu à une décision qui est susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, d'être exécutée dans ledit État membre.

4. La juridiction de l'État membre applique le présent article soit à la demande d'une des parties, soit d'office, lorsque cette possibilité est prévue par le droit national.

Art. 12. – Connexité (États membres)

1. Lorsque des demandes connexes sont pendantes devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer.

2. Lorsque ces demandes sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction.

3. Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément.

Art. 13. – Connexité (États tiers)

1. Lorsqu'une action est pendante devant une juridiction d'un État tiers au moment où une juridiction d'un État membre est saisie d'une demande connexe à celle portée devant la juridiction de l'État tiers, la juridiction de l'État membre peut surseoir à statuer si:

a) il y a intérêt à instruire et juger les demandes connexes en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément;

b) l'on s'attend à ce que la juridiction de l'État tiers rende une décision susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, d'être exécutée dans cet État membre; et

c) le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice.

2. La juridiction de l'État membre peut poursuivre l'instance à tout moment si:

a) elle estime qu'il n'existe plus de risque que les décisions soient inconciliables;

b) l'instance devant la juridiction de l'État tiers fait elle-même l'objet d'un sursis à statuer ou d'un désistement;

c) elle estime que la procédure devant la juridiction de l'État tiers ne pourra vraisemblablement pas être conclue dans un délai raisonnable; ou

d) la poursuite de l'instance est indispensable à une bonne administration de la justice.

3. La juridiction de l'État membre peut mettre fin à l'instance si la procédure devant la juridiction de l'État tiers est conclue et a donné lieu à une décision qui est susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, d'être exécutée dans ledit État membre.

4. La juridiction de l'État membre applique le présent article soit à la demande d'une des parties, soit d'office, lorsque cette possibilité est prévue par le droit national.

Art. 14. – For de nécessité

Lorsqu'aucune disposition ne permet de retenir la compétence d'une juridiction d'un État membre et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut

raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les juridictions de l'État membre avec lequel la cause présente un lien sont compétentes.

Chapitre III. – Conflits de lois

Art. 15. – Champ d'application

Les dispositions du présent code sur les conflits de lois sont applicables à toutes les situations donnant lieu à un conflit de lois dont sont saisies les juridictions des États membres.

Art. 16. – Application universelle

Le droit désigné par les dispositions du présent code s'applique même s'il est celui d'un État non membre.

Art. 17. – Autorité de la règle de conflit de lois

- 1. Le juge applique d'office la règle de conflit de lois*
- 2. Les parties peuvent d'un commun accord renoncer à l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois.*

Art. 18. – Établissement du droit étranger

- 1. Le contenu du droit étranger applicable en vertu du présent règlement est établi d'office par le juge, qui peut requérir la collaboration des parties.*
- 2. Le droit du for est applicable lorsqu'il est manifestement impossible d'établir le contenu du droit étranger.*

Art. 19. – Exclusion du renvoi

Le renvoi est exclu sauf texte spécifique.

Art. 20. – Lois de police

- 1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit [par ailleurs]⁴ la loi désignée par la règle de conflit de lois.*
- 2. Les règles de conflit de lois ne portent pas atteinte à l'application des lois de police du juge saisi.*
- 3. Il pourra également être donné effet aux lois de police étrangères.*

Art. 21. – Ordre public

- 1. L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.*

⁴ Le règlement Rome 1 comporte en son article 9 l'expression « par ailleurs », mais elle ne paraît pas pertinente.

2. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique du for.

Art. 22 - Clause d'exception

1. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, la situation n'a manifestement qu'un lien très lâche avec ce droit et se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un
2. Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit.

Chapitre IV. – Reconnaissance et exécution

Art. 23 - Reconnaissance des situations

Une situation [valablement] constituée dans un État membre [dans un État tiers] est reconnue dans les autres États membres, quelle que soit la loi appliquée à sa constitution.

Art. 24. – Reconnaissance des décisions

1. Les décisions rendues dans un État membre [dans un État tiers] sont reconnues sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.
2. En cas de contestation, toute partie intéressée qui invoque la reconnaissance à titre principal peut faire constater que la décision doit être reconnue.
3. Si la reconnaissance est invoquée de façon incidente devant une juridiction d'un État membre, celle-ci est compétente pour en connaître.
4. A la demande de toute partie intéressée, la reconnaissance peut être refusée pour les motifs énoncés dans les textes spécifiques.

Art. 25. - Interdiction de la révision au fond

En aucun cas, la décision étrangère ne peut faire l'objet d'une révision au fond

Art. 26. - Immunité d'exécution

Les dispositions du présent code sur l'exécution ne portent pas atteinte aux règles en vigueur dans chaque État membre relatives à l'immunité d'exécution des États étrangers et des organisations internationales.

Art. 27.- Droit à l'exécution

Une décision rendue dans un autre État membre doit pouvoir être exécutée dans les autres États membres conformément aux règles prévues par les textes spécifiques.

Observations :

Le sous-groupe a discuté sur la nécessité ou non de « codifier » tout ou partie des principes généraux du droit européen qui ont une influence sur le droit international privé. Après discussion, il a été jugé préférable de ne pas procéder ainsi, ces principes étant des acquis du droit européen. On pourra probablement s'accorder sur le fait que, par exemple, les

règles du code de DIP européen doivent être interprétées à la lumière des prérogatives découlant du statut de citoyen européen⁵. Mais doit-on écrire une disposition générale en ce sens ? La réponse n'est pas évidente. En revanche, il apparaît souhaitable d'écarter le principe du pays d'origine⁶.

En matière de reconnaissance, une réflexion sur le lien que la situation doit avoir l'État d'origine (question de la cristallisation de la situation) est nécessaire même si ce lien varie selon les matières : on ne peut pas raisonner de la même façon, par exemple, en matière de sociétés ou de statut personnel. Il est en outre peut-être nécessaire de distinguer en matière de reconnaissance entre situation intra-européenne et situation mettant en cause un État tiers, en prévoyant des motifs de non-reconnaissance différents. Pour les situations intra-européennes se pose, on peut imaginer que l'objectif de circulation du statut personnel conduise à faire de la réserve de l'ordre public le seul obstacle à la reconnaissance.

La question des relations avec les États tiers doit-elle faire l'objet d'un article particulier ? La rédaction d'un article qui serait dédié à cette question paraît difficile tant les solutions dépendent des sujets traités. Il a été proposé de formuler les règles de telle sorte que leur champ d'application apparaisse clairement universel, ou limité aux relations entre États membres, voire spécifique pour les États tiers.

Il serait peut-être opportun dans la partie générale de traiter des effets du recours à la coopération renforcée qui brouille la distinction État membre / État tiers (question de la définition de l'État membre, qui peut varier selon les règlements).

Faut-il évoquer la question de l'extraterritorialité de la réglementation européenne ? La frontière entre l'extraterritorialité et la territorialité exigeant un lien ténu est politique. La notion paraît trop polysémique pour faire l'objet d'une disposition générale.

Doit-on codifier la question de la fraude, de l'abus de droit ?

Doit-on écrire une règle sur le conflit de normes (qu'elles prennent la forme de conventions, de règlement ou d'autres formes) ?

Doit-on établir des définitions (juridiction, décision...) alors que chaque texte spécifique le fait ?

⁵ V. art 4 du projet GEDIP Lausanne.

⁶ Il s'agit d'un principe visant le bon fonctionnement du marché intérieur ; ce n'est pas une règle de conflit.

ANNEXE 4

Première liste de thèmes ayant trait à l'interaction d'une partie générale du droit des conflits de lois avec le droit primaire de l'Union

Christian Kohler

1° Le principe du pays d'origine devrait-il figurer comme règle (ou principe) dans un texte codifié?

2° Idem pour le principe d'équivalence et d'effectivité, dans le contexte notamment de l'application du droit étranger (Etat membre ou Etat tiers) par le juge d'un EM.

3° Inévitable: la reconnaissance de situations (notamment dans les rapports entre EM).

4° Le sort des lois de police d'origine communautaire (p.ex. en matière de protection des données) dans les rapports avec des Etats tiers.

4° La réserve de l'ordre public se justifie-t-elle toujours dans les rapports entre EM? Incidence de la Charte des droits fondamentaux.

5° Y a-t-il lieu de prévoir des règles de conflit spécifiques pour les rapports entre EM et Etats tiers? Qu'en est-il par exemple pour la question du renvoi?

Il y a des principes généraux du droit de l'Union qui peuvent ou doivent guider l'application et l'interprétation des dispositions du DIP européen. Il suffit de penser aux principes d'égalité et du respect de l'identité nationale (article 4§2 TUE) ainsi qu'au principe de coopération loyale à l'article 4§3 TUE (qui n'a pas été pris au sérieux par la CJUE dans l'affaire Nikiforidis). Si l'on peut hésiter à les incorporer tels quels dans la partie opérationnelle du texte, on pourrait leur donner une visibilité, par exemple dans un préambule ou dans des considérants.

ANNEXE 5

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (2018-2019)

Patrick Kinsch (9 septembre 2019)

Au cours de la période sous rapport, la Cour a rendu, en matière d'enlèvement international d'enfants, un certain nombre d'arrêts dont la motivation ne présente pas d'intérêt particulier (III ci-après) ; en revanche, son (premier) avis consultatif, rendu dans l'affaire *Menesson c. France*, est hautement intéressant par rapport à la question de la reconnaissance des situations constituées à l'étranger. Par ailleurs, deux affaires m'ont paru remarquables, bien qu'elles se situent aux marges du droit international privé : l'affaire *Mutu et Pechstein c. Suisse* qui a trait (incidemment) à la transposition de la logique de l'arrêt *Pellegrini c. Italie* de 2001 aux sentences arbitrales émanant du tribunal arbitral du sport, et l'affaire *Molla Sali c. Grèce*, qui a trait au droit inter-personnel en vigueur en Grèce et à l'application de la charia devant les tribunaux de ce pays européen.

I. – Reconnaissance et non-reconnaissance des situations constituées à l'étranger

Le premier avis consultatif de la Cour (Grande chambre) (Demande n° P16-2018-001) du 10 avril 2019, « relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française », a trait aux suites de l'affaire **Menesson c. France**, présentée à la réunion de Florence (arrêt de la CEDH du 26 juin 2014, n° 65192/11).

La procédure des avis consultatifs est nouvelle, ayant été introduite par le protocole additionnel n°16 à la Convention. Pour les Etats qui l'ont ratifié, le protocole prévoit que ses « plus hautes juridictions » pourront interroger la Cour européenne des droits de l'homme sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles », dans le cadre d'une affaire pendante devant elles. La procédure ressemble vaguement à la procédure du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, mais elle en diffère sur plusieurs égards :

- le recours à la procédure de demande d'avis n'est jamais obligatoire (il ne s'agit pas d'un instrument de discipline à l'égard des juridictions nationales) ;
- la Cour européenne des droits de l'homme décide discrétionnairement s'il convient ou non de rendre un avis consultatif (cependant, un refus doit être motivé) ;
- l'affaire est portée dans tous les cas devant la grande chambre ;
- surtout, aux termes de l'article 5 du protocole n°16, « les avis consultatifs ne sont pas contraignants ».

En l'espèce, c'est la Cour de cassation française qui a saisi la Cour de la demande d'avis consultatif, à laquelle il a été fait droit. Cette saisine a eu lieu dans l'affaire *Menesson c. France*. On se souviendra de ce qu'à l'époque, la Cour de cassation française estimait devoir opposer un refus absolu de reconnaissance aux filiations obtenues par gestation pour autrui à l'étranger (en l'espèce, au jugement californien constatant la filiation de deux enfants à l'égard de M. Menesson qui en était le père biologique, mais aussi à l'égard de M^{me} Menesson qui était certes la mère d'intention des deux enfants, mais sans lien génétique avec elles). La Cour de cassation jugeait que l'ordre public international français (ou, plus

tard, la prohibition de la fraude à la loi) s'opposait de manière absolue à cette reconnaissance, et s'opposait d'ailleurs aussi à l'adoption, par les parents d'intention, d'enfants nés conformément à un contrat de gestation pour autrui conclu par eux. L'arrêt *Menesson* de la Cour européenne des droits de l'homme avait estimé qu'il n'y avait pas eu violation des droits de l'homme (droit à la vie familiale : article 8 de la Convention) de M. et M^{me} Mennesson, qui savaient que le contrat de gestation pour autrui qu'ils avaient conclu risquait de ne pas être reconnu en France, et qui ne pouvaient pas légitimement insister sur l'obtention des autorités françaises d'une dérogation à un « choix effectué démocratiquement ». En revanche, le droit à l'identité personnelle des enfants avait été méconnu (droit également rattaché à l'article 8 de la Convention, au titre de la « vie privée »), du moins à l'égard de M. Mennesson qui était réellement leur père biologique et avec lequel néanmoins, les enfants ne pouvaient (à l'époque) faire constater leur lien de filiation. L'arrêt avait été ambigu en ce qui concerne la filiation maternelle des enfants.

Visiblement, la Cour de cassation française n'entend pas entrer en résistance à l'égard de la Cour européenne, mais entend par ailleurs maintenir une position très prudente – une position « bioconservatrice », comme le dirait peut-être un « bioprogressiste ». Elle a été saisie à nouveau de l'affaire *Menesson* suite à l'intervention de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, ceci en raison d'un texte particulier de droit français qui permet de rouvrir une procédure civile, en principe clôturée en droit interne, en cas d'intervention d'un arrêt de la Cour européenne condamnant la France dans l'affaire en question. Son Assemblée plénière a décidé, le 5 octobre 2018 (pourvoi n° 10-19.053) – conformément à d'autres arrêts récents de la Cour de cassation – que la filiation paternelle à l'égard de M. Mennesson pouvait désormais être reconnue en France, puisqu'elle en faisait que correspondre à la réalité biologique. Sur la question de la maternité d'intention toutefois, l'arrêt français expose ce qui suit :

7. Si la question de la transcription de la paternité biologique est aujourd'hui résolue, il n'en est pas de même de celle de la maternité d'intention, pour laquelle la Cour de cassation s'interroge sur l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les Etats signataires de la Convention. La question qui se pose est, d'abord, de savoir si, en refusant de transcrire l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français s'agissant de la mère d'intention, alors que la transcription a été admise pour le père biologique de l'enfant, un Etat-partie méconnaît l'article 8 de la Convention à l'égard tant de la mère d'intention que des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. A cet égard, la Cour de cassation s'interroge sur le point de savoir s'il y a lieu de distinguer selon que l'enfant a été conçu ou non avec les gamètes de la mère d'intention. Enfin, se pose la question de savoir si la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, qui constitue une voie permettant d'établir la filiation à son égard, suffit à répondre aux exigences de l'article 8 de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'homme rend un arrêt qui suit la logique de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française : compte tenu de la marge d'appréciation dont dispose la France, il lui est effectivement permis au regard de la Convention de ne pas reconnaître une maternité d'intention comme étant une maternité tout court ; en revanche, il existe un droit de l'enfant à obtenir une autre « possibilité de reconnaissance de la filiation entre cet enfant et la mère d'intention », étant entendu que ce lien de filiation peut être un lien de filiation adoptif (donc un lien de filiation ouvertement fictif). On retiendra les motifs suivants de l'avis consultatif.

D'abord, sur la nécessité d'avoir égard à l'intérêt supérieur des enfants, qui doit primer :

39. La Cour a admis dans les arrêts Mennesson (précité, § 99) et Labassee (précité, § 78) qu'il était « concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire ». Elle a toutefois relevé que les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitaient pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée se trouve significativement affecté.

...

42. Au vu des éléments indiqués au paragraphe 40 ci-dessus¹ et du fait que l'intérêt supérieur de l'enfant comprend aussi l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable, la Cour considère toutefois que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise.

...

46. En somme, vu les exigences de l'intérêt supérieur de l'enfant et la réduction de la marge d'appréciation, la Cour est d'avis que, dans une situation telle que celle visée par la Cour de cassation dans ses questions [...], le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert **que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention**, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale ».

47. Bien que le litige interne ne concerne pas le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et conçu avec les gamètes de la mère d'intention, la Cour juge important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut a fortiori dans un tel cas.

Mais, sur la marge d'appréciation qui revient à la France et qui l'autorise à subordonner la « possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention » à une procédure d'adoption conforme au droit national :

53. On ne saurait déduire de l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi compris que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention que requiert le droit de l'enfant au respect de la vie privée, au sens l'article 8 de la

¹ Ces éléments sont définis comme suit au § 40 : « l'absence de reconnaissance en droit interne du lien entre l'enfant et la mère d'intention défavorise l'enfant dès lors qu'il le place dans une forme d'incertitude juridique quant à son identité dans la société [...]. Il y a notamment un risque qu'il n'ait pas l'accès à la nationalité de la mère d'intention dans les conditions que garantit la filiation, cela peut compliquer son maintien sur le territoire du pays de résidence de la mère d'intention (même si ce risque n'existe pas dans le cas soumis à l'examen de la Cour de cassation, le père d'intention, qui est aussi le père biologique, ayant la nationalité française), ses droits successoraux à l'égard de celle-ci peuvent être amoindris, il se trouve fragilisé dans le maintien de sa relation avec la mère d'intention en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention, et il n'est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge ».

Convention, impose aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale. Selon les circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger.

54. Ce qui compte c'est qu'au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé [...], il y ait un mécanisme effectif permettant la reconnaissance de ce lien. **Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien. Il va de soi que ces conditions doivent inclure une appréciation par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant à la lumière des circonstances de la cause.**

55. En somme, vu la marge d'appréciation dont disposent les États s'agissant du choix des moyens, d'autres voies que la transcription, notamment l'adoption par la mère d'intention, peuvent être acceptables dans la mesure où les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Quelques observations rapides : En premier lieu, la Cour démontre sa prudence, s'agissant d'une question sociétale controversée. Elle n'oblige pas les États contractants à procéder par voie de reconnaissance pure et simple des actes d'état civil américains (pas d'obligation de « transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale »). Elle admet qu'on puisse y substituer une autre technique, en l'occurrence l'adoption, qui aboutit au même résultat (juridique) en droit civil, mais qui n'est pas la reconnaissance de ce qui a été fait à l'étranger. En termes de technique de droit international privé, il s'agit de la technique appelée – selon le choix terminologique de chacun – « transposition », « assimilation » ou « transformation » d'une institution du droit matériel étranger en une institution similaire mais non identique du droit du for. On se rappellera que la Cour avait décidé en substance la même chose à propos de la « non- »obligation pour l'Italie de reconnaître purement et simplement les mariages homosexuels contractés par les ressortissants italiens au Canada ou aux Pays-Bas (arrêt *Orlandi et autres c. Italie*, présenté à la réunion d'Anvers). Là aussi, il avait été jugé suffisant de choisir un moyen de reconnaissance légale de l'union entre deux personnes de même sexe, par exemple une « union civile », qui pouvait être étendu aux personnes mariées à l'étranger.

En deuxième lieu, la question de la permanence de la solution de compromis (française et européenne) dans l'affaire *Menesson* se pose. Comme le constate un autre arrêt de la Cour de cassation française (Civ. 1^{re}, 20 mars 2019, n^{os} 18-14751 et 18-50007, qui sursoit à statuer en attendant l'avis consultatif à intervenir dans l'affaire *Menesson*), la question sur laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a été invitée à se prononcer se pose également, *mutatis mutandis*, à propos de l'inscription comme deuxième mère (comme cela se pratique en Angleterre) de l'épouse de la mère biologique d'un enfant. Or dans le cadre de l'examen, actuellement en cours devant l'Assemblée nationale française, du projet de loi relatif à la bioéthique, il semble vraisemblable que les deux mères, membres d'un couple, soient inscrites comme « mères de l'enfant », *sans* recours pour l'une d'entre elles à la procédure d'adoption. Si tel est le cas, il n'existera plus de raison de ne pas soumettre au même régime favorable les actes de naissance dressés à l'étranger, du moins pour les couples de femmes. Et eu égard au principe de l'égalité devant la loi, il semblerait également

que dans ce cas, les actes de naissance établis à l'étranger et documentant la filiation d'enfants nés de gestations pour autrui à l'égard de deux pères vivant en couple ne devraient plus se heurter au refus de transcription (et qu'il en irait de même de la filiation à l'égard d'une mère d'intention vivant en union hétérosexuelle, comme Mme Mennesson).

D'ailleurs, dès à présent, la Cour fédérale allemande a déduit de la jurisprudence *Mennesson* de 2014 qu'il convenait désormais de ne pas opposer l'ordre public à un jugement californien constatant une double paternité à l'égard d'un enfant (BGH, 10 décembre 2014, *BGHZ*, vol. 203, p. 350 ; 5 septembre 2018, XII ZB 224/17 ; on y remarquera le rejet des « *generalpräventive Erwägungen* »² qui sont également à la mode dans la doctrine des juristes et intellectuels publics français hostiles par principe à la GPA : la Cour fédérale retient qu'il s'agit de juger du cas d'un enfant concret, et que l'enfant n'a pas pu avoir d'influence sur les circonstances de sa gestation). Mais le tribunal fédéral suisse a décidé le contraire, décidant que des actes homoparentaux de l'état civil ne peuvent être transcrits, et que la jurisprudence de la Cour européenne ne l'impose pas (TF, 21 mai 2015, *ATF*, 141 III 312 ; voir aussi TF, 14 septembre 2015, *ATF*, 141 III 328).

II. – Deux affaires à la marge du droit international privé

A. – Mutu et Pechstein c. Suisse, requêtes n^{os} 40575/10 et 67474/10, arrêt du 2 octobre 2018 : affaire ayant trait au droit transnational privé plutôt qu'au droit international privé dont l'étude est l'objet social du Groupe. L'arrêt – important – concerne le Tribunal Arbitral du Sport (TAS), institution autoproclamée de la *lex sportiva internationalis*, désormais soumis – indirectement – à la discipline de la CEDH, notamment à travers l'idée d'arbitrage forcé.

Sportifs de haut niveau, M. Mutu (footballeur) et M^{me} Pechstein (patineuse de vitesse) ont été amenés à adhérer, à la demande de leurs fédérations sportives (la FIFA en ce qui concerne M. Mutu, l'ISU, *International Skating Union*, dans le cas de M^{me} Pechstein) à la compétence du Tribunal arbitral du sport, qui applique les règles des fédérations sportives et subsidiairement, le droit suisse. N'ayant pas obtenu gain de cause, ils ont déposé des recours devant le Tribunal fédéral suisse (les sentences arbitrales du TAS sont rendues en Suisse). Suite au rejet de leurs recours, ils ont introduit des requêtes contre la Suisse pour violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au procès équitable), en reprochant à la Suisse d'avoir rejeté les recours contre des procédures arbitrales qui ne répondaient pas intégralement aux critères européens du procès équitable (pas de publicité de l'audience devant le TAS ; prétendue partialité du TAS en faveur des fédérations – mais ce deuxième reproche sera jugé mal fondé par la Cour européenne).

La Cour fait droit aux requêtes, pour des motifs qui sont intéressants en eux-mêmes mais qui permettent également de tirer des parallèles avec des affaires intéressant directement le droit international privé. S'il s'était agi d'une véritable procédure arbitrale reposant sur le libre consentement des deux intéressés, la Cour aurait jugé, conformément à une jurisprudence constante, que leur adhésion à la convention d'arbitrage entraînait renonciation, notamment, à l'exigence de publicité des audiences. Mais il en va différemment en cas d'« arbitrage forcé ». Certes, le droit étatique suisse n'obligeait pas les sportifs à avoir recours à la procédure devant le TAS. Cependant, la Cour est réaliste et prend en considération la contrainte qui découle de mécanismes purement privés (spécialement, dans le cas de M^{me} Pechstein, le fait d'être sportive professionnelle et d'être dès lors forcée de respecter la réglementation de l'ISU, qui prescrit absolument la compétence du TAS : § 115). Elle a donc

² C'est-à-dire des considérations tenant à la « prévention générale », à la dissuasion du recours par des tiers à un comportement jugé socialement nuisible. Notion importante dans la théorie allemande du droit pénal.

été amenée à appliquer à la procédure arbitrale les critères d'un procès équitable tels qu'ils valent pour un procès devant une juridiction d'un Etat contractant.

Ce qui est particulièrement intéressant du point de vue du droit international privé est l'un des arguments soulevés par la Suisse devant la Cour. L'argument était similaire à un argument soulevé (mais rejeté) devant la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *West Tankers* (C-185/07, voir en particulier les conclusions de l'avocat général Kokott, ECLI:EU:C:2008:466, point 65 : « Enfin, la House of Lords attire l'attention sur le risque que Londres subisse un désavantage concurrentiel par rapport à des centres d'arbitrage internationaux tels que New York, les Bermudes et Singapour, si les juridictions anglaises, contrairement aux juridictions situées au siège de ces centres, ne pouvaient plus prononcer d'«anti-suit injunctions»). Cet argument *in terrorem* n'impressionne pas la Cour européenne des droits de l'homme, pas plus qu'il n'avait impressionné la Cour de justice :

99. En revanche, en ce qui concerne le risque, évoqué par le Gouvernement, que le TAS puisse être tenté de déplacer son siège dans un pays non membre du Conseil de l'Europe afin de soustraire entièrement le contentieux porté devant lui à l'examen de la Cour (paragraphe 79 ci-dessus), il n'appartient pas à cette dernière de se prononcer *in abstracto* sur une telle éventualité. Si une telle hypothèse devait se réaliser, il appartiendrait à la Cour de statuer, au cas par cas, lors de l'examen de requêtes introduites devant elle à la suite du prononcé par les juridictions des États parties à la Convention de décisions donnant force exécutoire aux sentences du TAS dans les ordres juridiques respectifs de ces États.

Ceci correspond effectivement à la jurisprudence de la Cour, depuis l'arrêt fondamental *Pellegrini c. Italie*, présenté en son temps à une réunion du GEDIP.

B. – Molla Sali c. Grèce, GC, requête n° [20452/14](#), arrêt du 19 décembre 2018 : affaire de droit interpersonnel (loi applicable, en Grèce, aux relations familiales des membres de la minorité musulmane de Thrace).

L'arrêt concerne l'application, par les juridictions grecques, de la charia aux membres de la minorité musulmane de Thrace, plus concrètement à la succession d'un musulman grec faisant partie de cette minorité. Le *de cujus*, Moustafa Molla Sali, avait établi un testament notarié dans lequel il léguait à son épouse la totalité de ses biens. Ce testament était valable à l'égard du droit grec, mais invalide au regard de la charia qui, pour les membres de la minorité en question, fait (selon l'arrêt de la Cour de cassation grec rendu en l'espèce) « partie intégrante du droit interne grec et a valeur supérieure à toutes dispositions contraires de la loi ». En vertu de la charia, il était impossible de déroger par voie testamentaire à la dévolution chariatique des biens successoraux en question.

L'applicabilité de la charia découle, selon la Cour de cassation grecque, du statut instauré au bénéfice des musulmans grecs par les traités de Sèvres et de Lausanne au lendemain de la première guerre mondiale, à titre de droit particuliers protecteur des musulmans grecs. Les traités ainsi appliqués prévoient la compétence obligatoire du mufti, et l'applicabilité de la charia aux relations familiales entre membres de la minorité musulmane en Thrace.

Saisie d'un recours contre la Grèce par l'épouse survivante de Moustafa Molla Sali, la Cour européenne donne raison à la requérante : il y a eu violation de l'article 14 de la Convention (principe de non-discrimination, en l'occurrence en raison de la religion), en combinaison avec l'article 1^{er} du protocole n° 1 (droit de propriété privée), du fait de l'application

obligatoire, au testament du mari de la requérante, de règles autres que celles du droit commun grec. Tout en exprimant certaines réserves de fond à l'égard de l'application de la charia³, la Cour admet néanmoins en principe que les membres d'une minorité religieuse puissent, si cela leur est permis par le droit de l'Etat, *opter* pour l'application de règles religieuses à leurs relations civiles. Mais elle n'admet pas qu'un Etat impose à des personnes l'application d'un droit religieux, lorsque les individus choisissent « de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci » :

155. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, la liberté de religion n'astreint pas les États contractants à créer un cadre juridique déterminé pour accorder aux communautés religieuses un statut spécial impliquant des privilèges particuliers. Néanmoins, un État qui a créé un tel statut doit veiller à ce que les critères pour que ce groupe bénéficie de ce statut soient appliqués d'une manière non discriminatoire (İzzettin Doğan et autres, précité, § 164).

156. En outre, rien ne permet de dire qu'un testateur de confession musulmane ayant établi un testament conformément au code civil renonce automatiquement à son droit, ou à celui de ses bénéficiaires, de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur sa religion. Les convictions religieuses d'une personne ne peuvent valablement valoir renonciation à certains droits si pareille renonciation se heurte à un intérêt public important (Konstantin Markin, précité, § 150). L'État ne peut quant à lui assumer le rôle de garant de l'identité minoritaire d'un groupe spécifique de la population au détriment du droit des membres de ce groupe de choisir de ne pas appartenir à ce groupe ou de ne pas suivre les pratiques et les règles de celui-ci.

157. Refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification. L'aspect négatif du droit de libre identification, c'est-à-dire le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité, n'est assorti d'aucune limite analogue à celle prévue pour l'aspect positif de celui-ci (paragraphe 67-68 ci-dessus). Le choix en question est parfaitement libre, pourvu qu'il soit éclairé. Il doit être respecté tant par les autres membres de la minorité que par l'État lui-même. C'est ce que confirme l'article 3 § 1 de la convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, suivant lequel « aucun désavantage ne doit résulter de ce choix ou de l'exercice des droits qui y sont liés ». Le droit de la libre identification n'est pas un droit propre à la convention-cadre. Il constitue la « pierre angulaire » du droit international de la protection des minorités en général. C'est particulièrement vrai pour l'aspect négatif dudit droit : aucun instrument conventionnel – bilatéral ou multilatéral – ou non conventionnel

³ « 154. En plus, la Cour ne peut que constater que plusieurs organes internationaux se sont dit préoccupés par l'application de la charia aux musulmans grecs de Thrace occidentale et par la discrimination ainsi créée notamment au détriment des femmes et des enfants, non seulement au sein même de la minorité par rapport aux hommes, mais également vis-à-vis des grecs non musulmans. Ainsi, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, dans son rapport sur les droits des minorités en Grèce, a relevé que l'application de la charia aux questions relevant du droit de la famille et des successions était incompatible avec les engagements internationaux contractés par la Grèce, surtout après la ratification par celle-ci des traités internationaux et européens postérieurs à 1948 en matière de protection des droits de l'homme, mais aussi des droits de l'enfant et des droits de la femme. Il a recommandé aux autorités grecques d'interpréter le traité de Lausanne et tout autre traité conclu au début du XXe siècle dans le respect des obligations découlant des instruments internationaux et européens de protection des droits de l'homme (paragraphe 75 ci-dessus). D'autres organes internationaux se sont prononcés dans le même sens (paragraphe 70-73 et 76-77 ci-dessus) ».

n'oblige une personne à se soumettre contre sa volonté à un régime particulier en matière de protection des minorités.

La Cour note incidemment ceci :

159. [...] la Cour note que dans les États membres du Conseil de l'Europe la charia s'applique en général comme une loi étrangère dans le cadre du droit international privé. En dehors de ce cadre, seule la France appliquait la charia à la population du territoire de Mayotte mais cette pratique a pris fin en 2011. Quant au Royaume-Uni, l'application de la charia par les sharia councils n'est acceptée que dans la mesure où le recours à celle-ci reste volontaire (paragraphe 83 ci-dessus).

Certains commentateurs, en fonction de leur sensibilité particulière, n'ont pas été d'accord avec la solution adoptée par la Cour, et ont estimé préférable l'application en principe obligatoire des dispositions particulières prévues pour une minorité nationale (entre autres dans l'intérêt du maintien de la paix entre les religions qui, selon eux, importe plus que des situations individuelles) plutôt que le « libre choix » du droit applicable par les individus concernés, qui peut les amener à procéder au « picorage » juridique (*Rosinenpickerei* : voir en ce sens Erik Jayme et C.F. Nordmeier, « Testierfreiheit als europäisches Menschenrecht? », *IPRax*, 2019, p. 200 et s.). Ce point de vue est respectable au titre de la liberté d'opinion, mais d'autres préféreront l'approche de la Cour qui est inspirée, en substance, de l'idée de « liberté culturelle » (au sens du Rapport mondial sur le développement humain, 2004, *La liberté culturelle dans un monde diversifié*). En d'autres termes, la Cour reste fidèle, sur ce point, à une conception essentiellement libérale et individualiste de l'identité religieuse.

III. – Affaires d'enlèvement international d'enfants (mise en œuvre du règlement Bruxelles II bis et de la Convention de La Haye)

Ces affaires n'apportent rien de vraiment nouveau à la jurisprudence ; quelques-unes sont ici mentionnées pour mémoire :

Simões Balbino c. Portugal, requête no 26956/14, arrêt du 29 janvier 2019

Examen, à la requête du père, « si les autorités portugaises ont également rempli les obligations positives qui leur incombent après ce déplacement [en Allemagne], autrement dit si elles ont pris toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer la réunion du requérant à sa fille ». Réponse négative quant à la mise en œuvre du règlement (et de la Convention de La Haye) ; condamnation de l'Etat

Adžić c. Croatie, requête n° 19601/16, arrêt du 2 mai 2019

Les droits du père à la vie familiale avec son enfant ont été méconnus du fait de la décision des autorités croates de refuser d'appliquer la procédure de retour aux Etats Unis prévue par la Convention de La Haye (application de l'art. 13 de la Convention), car : procédure non contradictoire à l'égard du requérant. – La Cour, eu égard au temps passé depuis l'introduction de la demande, retient encore ceci :

96. Lastly, the Court observes that, there is no basis for the present judgment as such to be interpreted as requiring the respondent State to return the child to the

United States (see, mutatis mutandis, K.J. v. Poland, cited above, § 76, and G.N. v. Poland, no. 2171/14, § 72, 19 July 2016).

O.C.I. et autres c. Roumanie, requête n° 49450/17, arrêt du 21 mai 2019

La Cour donne raison à la mère : en renvoyant des enfants en Italie, sans avoir sérieusement examiné les affirmations de la mère selon lesquelles le père serait un homme violent et dangereux, les autorités roumaines ont méconnu, dans l'application de la Convention de La Haye (*a child's return cannot be ordered automatically or mechanically when the Hague Convention is applicable*) et du règlement Bruxelles II (*which builds on the Hague Convention*), le droit de la mère et de ses enfants à la vie familiale.

Vladimir Ushakov c. Russie, requête n° 15122/17, arrêt du 18 juin 2019

Violation par la Russie, pour défaut d'examen sérieux des arguments du requérant au regard de la Convention de La Haye, du droit du père à la vie familiale avec son enfant en Finlande. Citation de la partie « rappel de la jurisprudence » de l'arrêt :

82. A harmonious interpretation of the European Convention and the Hague Convention can be achieved, provided that the following two conditions are observed. Firstly, the factors capable of constituting an exception to the child's immediate return in application of Articles 12, 13 and 20 of the said Convention, particularly where they are raised by one of the parties to the proceedings, must genuinely be taken into account by the requested court. That court must then make a decision that is sufficiently reasoned on this point, in order to enable the Court to ascertain that those questions have been effectively examined. Secondly, those factors must be evaluated in the light of Article 8 of the Convention.

83. Lastly, Article 8 of the Convention imposes on the domestic authorities a particular procedural obligation in this respect: when assessing an application for a child's return, the courts must not only consider arguable allegations of a "grave risk" for the child in the event of return, but must also make a ruling giving specific reasons in the light of the circumstances of the case. Both a refusal to take account of objections to the return capable of falling within the scope of Articles 12, 13 and 20 of the Hague Convention and insufficient reasoning in the ruling dismissing such objections would be contrary to the requirements of Article 8 of the Convention and also to the aim and purpose of the Hague Convention. Due consideration of such allegations, demonstrated by reasoning of the domestic courts that is not automatic and stereotyped, but sufficiently detailed in the light of the exceptions set out in the Hague Convention, which must be interpreted, is necessary. This will also enable the Court, whose task is not to take the place of the national courts, to carry out the European supervision entrusted to it.

ANNEXE 6

Actualités en matière de la responsabilité (et du devoir de vigilance) des entreprises pour violation des droits humains et atteintes à l'environnement

Hans van Loon

1. Introduction

1.1. Previous GEDIP work touching on corporate social responsibility (CSR):

1.1.1. Draft rules on the law applicable to companies and other bodies, adopted in Milan in 2016, art. 1 (3)

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

The matter was discussed in detail, some members found the notion too vague and were against mentioning it. Some wanted to add environmental responsibility, but that was not accepted. Some wondered why the question of the corporate structure of groups of companies was not raised, but no adequate conflict rule for that problem could be found. Note that labour relationships and employees rights, including rights of participation in the organs of the company, are excluded from the regulation, art. 1 (2) (e).

The rule is far from precise. Presumably:

— to the extent that CSR forms part of the applicable *lex societatis*, that law applies, subject to overriding mandatory rules not just of the forum but also “of another country in which the company has its central administration or is carrying on activities” (art 10 (3)), as well as to the public policy of the forum (art. 11).

— to the extent that CSR does *not* form part of the applicable law, CSR provisions (mandatory or not (?)) of the law applicable under the conflict of law rules of the forum apply.

1.1.2. In fact, we might have had a discussion relating to CSR on an earlier occasion, not in the conflict of laws context but in that of conflict of jurisdictions, i.e. when we discussed the possible **extension of the Brussels I regulation in the relations to third States**.

At its meetings in Bergen and Copenhagen the GEDIP discussed the issues of *lis pendens* and connected claims together. Whilst we did adopt a proposal for the extension of the *lis pendens* (now art. 30 Brussels I recast) to relations with third States, we did not regarding connected claims, art. 8 (1).

Art. 8 (1) provides: *A person domiciled in a Member State may also be sued: (1) where he is one of a number of defendants, in the courts for the place where any one of them is domiciled, provided the claims are so closely connected that it is expedient to hear and determine them together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings.*

So Art. 8(1) only applies to persons domiciled in a MS, not when they are domiciled in a third State. In that case, national law applies. Why did we not propose an extension of art. 8 (1) to

situations involving third States? Some members felt that the article needed more precision, to avoid its use as an exorbitant forum, not just in relations with third States but also in relations between MSs. The *sous-groupe* concluded “*Il n’apparaît... pas que la question soit propre aux relations externes et une amélioration éventuelle du texte actuel devrait faire l’objet d’un examen complémentaire*”¹... which so far we did not undertake.

However, art. 8 (1) now plays a crucial role in human rights and environmental litigation involving corporate group structures, with an anchor defendant in an EU State and daughters in a non-EU State. See **8.** and **9.** below.

1.2. The contours of CSR

Corporate social responsibility or business and human rights (here used interchangeably)², refers to a company's responsibility for its economic, social and environmental impact on people and planet, not just based on its strictly legal obligations. As our Milan 2016 text suggests, a broad range of definitions exist not just in academic literature but also in legislative texts at the national, regional and global level ³. In its widest sense, CSR both recognizes the positive role that corporations have in protecting and promoting human rights and the environment through voluntary measures in the field of sustainability, and requires corporations to prevent, account for, and remediate the adverse effects of their activities on individuals, and communities, and the environment, including the global climate. More or less precise definitions can be found in the international soft law instruments mentioned below, and, often based on these, national law.

1.3. Four major (clusters of) CSR issues⁴

1.3.1. Corporations and international law

A major general issue regarding CSR, related to the variety of (levels of) definitions, consists, first, in the definition of the **legal obligations** it entails. Traditionally, corporations have not been subjects of international law, so the primary focus in determining responsibility for the protection of human rights has been on States. Likewise, the primary aim of international trade and investment regimes has been to protect corporations and their interests, often without concern for the impact of their activities upon human rights and the environment. See below, **3.-6.**, however, for new developments.

1.3.2. Weak or failed States

While States have primary responsibility for the protection of human rights, they may be in fact co-perpetrators with corporations in violating human rights or damaging the environment, or fail to act against such corporations. This is a recurring theme in (PIL) litigation, such as *Kiobel v Shell* (US, now the Netherlands), *Akpan v. Shell* (Netherlands), *Okpabi v. Shell* (UK), *Lungowe v. Vedanta* (UK) and others⁵. It is also a factor behind current efforts to draft Arbitration Rules on Business and Human Rights, see **5.** below

1.3.3. The corporate (group) structure

¹ M. Fallon, P Kinsch, C. Kohler (eds.) *Le droit international privé européen en construction – Vingt ans de travaux de GEDIP/Building European Private International Law – Twenty Years’Work by GEDIP*, p. 718,

² On a possible differentiation between CSR and BHR, see Anita Ramasastry, *Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability*, 14(2) IJHR 237, 238 (2015)).

³ For a detailed discussion see C. Kessedjian, *Académie Internationale de Droit comparé*

Fukuoka conference 2018, General Report, *Questions de droit international privé de la responsabilité sociétale des entreprises/ Private international law for Corporate Social Responsibility* (« CK Report »)

⁴ We follow here D. Bilchitz, “Introduction, 1.1 The Tragic Story of Bougainville and Four Legal Problems”, in S. Deva and D. Bilchitz (eds.) *Building a Treaty on Business and Human Rights – Context and Contours*, CUP, 2017 xxii+517, pp. 1-4.

⁵ See our “Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters” in *Rev. dr. unif.* Vol. 23, 2018, 298-318, circulated to GEDIP members on 6 September 2018, Nos. 17-39.

The **corporation structure**, with its limited responsibility for shareholders, while encouraging entrepreneurship, innovation and risk-taking, involves the risk of irresponsible economic, social and environmental conduct. That risk, long-time ignored ⁶, is now gradually being recognised as part of CSR ⁷.

Group structures across international borders may enhance that risk, as they increase the distance between shareholders (and CEO's) and stakeholders. PIL currently provides partial answers at best.

1.3.4. Access to remedies

The lack of clarity of CSR obligations, weak State structures and complex corporate structures contribute to the **problem of access to remedies**. Regarding adjudicatory **jurisdiction**, the forum non conveniens (FNC) doctrine may aggravate the problem; conversely, the exclusion of FNC by Brussels I open up possibilities for litigation on adverse conduct by **subsidiaries abroad** against such subsidiaries and the (anchor) parent based in the EU. There is a whole range of issues here, including legal standing and resources in collective and public interest litigation.

2. Soft law sources⁸

2.1. International Intergovernmental organisations

2.1.1. UN

- 2000 **UN Global Compact** (framework of 10 principles on human rights, labour, environment, since 2004 also anti-corruption) [.https://www.unglobalcompact.org/about](https://www.unglobalcompact.org/about). 13.000 corporate participants and other stakeholders, including cities through the Cities Program <https://citiesprogramme.org/>. Participation voluntary but mandatory disclosure framework: business participants are required to communicate their progress to their own stakeholders on an annual basis and to post a copy on the UN Global Compact's website. "*The UN Global Compact is committed to be a leading catalyst of that (2030 Agenda) transformation*", see below.
- 2007 John Ruggie publishes his Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and transnational Corporations and other Business Enterprises: there is currently at the global level a '*fundamental institutional misalignment . . . between the scope and impact of economic forces and actors, on the one hand, and the capacity of societies to manage their adverse consequences, on the other. This misalignment creates the permissive environment within which blameworthy acts by corporations may occur without adequate sanctioning or reparation. For the sake of the victims of abuse, and to sustain globalization as a positive force, this must be fixed*' (UNGA doc. A/HRC/4/35),
- 2011 **UN Guiding Principles on Business and Human Rights**⁹, proposed by John Ruggie, endorsed by UN Human Rights Council (HRC) ,

⁶ Cf. Milton Friedman, Capitalism (1962), "*There is one and only one social responsibility of business -- to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud.*", thereby providing the leading doctrine of (US) corporate governance

⁷ On 19 August 2019, the most influential lobbying body for U.S. business interests, the Business Roundtable (Amazon, Apple, IBM, JPMorgan Chase, Walmart etc.), that had thus far endorsed the Friedman doctrine, issued a new statement endorsed by 181 of its 193 members which focuses on stakeholders rather than shareholders. The Roundtable lists customer, employee, supplier, and community responsibility above shareholder responsibility.

⁸ See, in more detail, CK Report, Chapter 1.

⁹ According to the Guiding Principles, CSR applies to companies' own operations as well as all their business relationships, *including those throughout their value chain*. In a world of global production chains and markets, responsibility for human rights does not stop with companies' own operations and employees and the activities they directly control. Nor is it just about first tier

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf

. It rests on three pillars (I) Primary responsibility to *protect* human rights lies with *States*; (II) *Companies*, everywhere, large and small, have a responsibility to *respect* human rights – to avoid having negative impacts on these rights and to address such impacts where they do occur – and (III) access by victims to *effective remedies* against human rights abuses; not only States but also corporations have a certain responsibility to *provide remedies* when things have gone wrong.

- 2012 The Human Rights Council appoints John Knox as (expert, then) *Special Rapporteur on human rights and the environment*, to study the human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, and promote best practices relating to the use of human rights in environmental policymaking. 2018: Knox succeeded by David Boyd.
- 2013 The UN Working Group on Business and Human Rights (UNWG), mandated by the HRC to promote the effective and comprehensive implementation of the UN Guiding Principles calls upon States to develop a **National Action Plan on Business and Human Rights** (A/HRC/23/32, p. 21), see **3.3**.
- 2015 General Assembly adopts **2030 United Nations Agenda for Sustainable Development, *Transforming the World***, with its **17 Sustainable Development Goals (SDG's)**. The Agenda seeks to bring together Governments, the UN system as well as the *private sector* and *civil society* to meet the '*immense challenges to sustainable development . . . climate change being one of the greatest*'.
<https://sustainabledevelopment.un.org/?menu=1300>

2.1.2. ILO

1977 Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declaration –fifth edition 2017).

This is the ILO instrument providing direct guidance to enterprises on social policy and inclusive, responsible and sustainable workplace practices. Adopted by governments, employers and workers from around the world. Its principles are addressed to multinational and national enterprises, governments of home and host countries, and employers' and workers' organizations providing guidance in such areas as employment, training, conditions of work and life, industrial relations as well as general policies. The guidance is founded substantially on principles contained in international *labour standards*.

2.1.3. OECD

2011 (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises <http://www.oecd.org/corporate/mne/>

Recommendations addressed by governments to multinational enterprises operating in or from adhering countries. They provide non-binding principles and standards for responsible business conduct in a global context consistent with applicable laws and internationally recognised standards. "*The Guidelines are the only multilaterally agreed and comprehensive code of responsible business conduct that governments have committed to promoting*".

Unique feature: National Contact Points (NCPs), agencies established by adhering governments to promote and implement the *Guidelines*. The NCPs assist enterprises and their stakeholders to take appropriate measures to further the implementation of the

or strategic suppliers. It includes impacts that may be much more remote in their value chain and caused by third parties over which they have limited influence.

Guidelines. They also provide a mediation and conciliation platform for resolving practical issues that may arise.

NGO's

2.1.4. International Organization for Standardisation (federation of national standards bodies) ISO

2010. Adoption ISO Standard 26000 on Social Responsibility <https://asq.org/quality-resources/iso-26000> . ISO Encourages business and other organizations to practice social responsibility to improve their impacts on their workers, natural environments and communities (human rights, labour, environment, anti-corruption and fair operating practices, consumer protection). Special standards for environmental management systems: ISO 14.000 “standards family”, in particular ISO 14001 <https://www.iso.org/iso-14001-environmental-management.html> .

2.2. Soft law sources – European Union

2011 European Commission publishes *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions: A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility*, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ae5ada03-0dc3-48f8-9a32-0460e65ba7ed/language-en>. This was followed in April 2019 by a document *Corporate Social Responsibility, Responsible Business Conduct, and Business & Human Rights. - Overview of Progress* <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34963>. More specifically,

- **Human rights**
- 2012 Strategic Framework on Human Rights and Democracy, accompanied by action plan, adopted by Council. First action plan up to 31 December 2014. New action plan for 2015-2019 <https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/publications/eu-action-plan-on-human-rights-democracy/> . Instructions for EU representatives around the world concerning Action against the death penalty; rights of the child; anti-torture, protecting human rights defenders, complying with humanitarian law, combatting violence against women and children, etc. Bilateral trade agreements between EU and third countries or regional organisations include a human rights clause defining respect for human rights as an ‘essential element’. Measures such as reducing or suspending cooperation can be used to address cases of non-compliance. A strong conditionality mechanism has been established for the enlargement countries.
- **Environment**
- 2001 *Regulation (EEC) No 761/2001 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 allowing voluntary participation by organisations in a Community eco-management and audit scheme (EMAS)*, as amended, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A128022#AMENDINGACT>. Although a regulation, it is binding only for organisations which voluntarily decide to implement the scheme. It includes the environmental management system requirements of ISO-14001 and additional requirements for EMAS registered organisations such as employee engagement, ensuring legal compliance or the publication of an environmental statement, hence, the “premium instrument for environmental management”.

More generally, the EU is committed to ‘high level of protection and improvement of the quality of the environment’ (Art. 3 TEU). Environment policy is based on Articles 11 and 191-193 of the TFEU. Under Art. 191, combating climate change is an explicit objective of EU environmental policy, implemented by various directives addressed to MSs¹⁰.

3. Emerging hard law

There is no indication (yet) that CSR would be recognised as customary international law or a general principle of international law. Yet there *are* indications of an emerging hardening of soft law principles

3.1. UN

Following its endorsement of the *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* in 2011, the UN Human Rights Council established an Intergovernmental Working Group to elaborate an international legally binding *instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to human rights*. For the latest draft, published 16 July 2019, see https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

The draft (1) explicitly recognises that legally binding CSR obligations would be directly imposed on corporations (in addition to those indirectly imposed via the State as per *Ruggie*); (2) applies to *all* businesses and corporate operations, transnational or not; (3) recognises that businesses do have the capacity to violate human rights; and (4) relating to investments, recognises “the primacy of human rights obligations over trade and investment agreements, and confirms the duty of States to prepare human rights impact assessments prior to the conclusion of trade and investment agreements”. The draft contains provisions on “adjudicative jurisdiction” (art. 7) and applicable law (art. 9)¹¹.

3.2. Investment treaties

Only a few bilateral investment treaties include CSR obligations in their operative provisions¹²

3.3. Domestic legislation

To date 22 States (including 15 EU MSs) have adopted a National Action Plan on Business and Human Rights, while 23 (including 3 EU MSs) are in the process of doing so¹³. They address the three pillars of the Guiding Principles (States, Corporations, Remedies). In 2015 the UK adopted the Modern Slavery Act (2015) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpga_20150030_en.pdf, which aims to achieve increased transparency by requiring companies to set out what measures they have taken to ensure that no human rights violations occur throughout their global supply chain¹⁴. In 2017, France adopted the *Loi sur le devoir de vigilance* (2017)

¹⁰ E.g. Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe; Council Directive 91/271/EEC of 21 May 1991 concerning urban waste-water treatment; Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (based on these three directives the Commission on 25 July 2019 referred Bulgaria, Spain, Sweden, and Greece to the CJEU)

¹¹ For a collection of essays calling for an international treaty to elaborate the human rights obligations for transnational corporations and other business enterprises, see S. Deva and D. Bilchitz (eds.) *Building a Treaty on Business and Human Rights – Context and Contours*, CUP, 2017 xxii+517.

¹² See E. Vidak-Goljevic, Cherie Blair, M-A Meudic Role, “The Medium is the Message: Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration”, *J of Int. Arbitration* 35, no. 4 (2018): 379–412, “Cherie Blair”

¹³ See <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>

¹⁴ Modern Slavery Act 2015, 2015 Chapter 30, 26th March 2015. The 2015 only applies to England and Wales. In Scotland there is the Human Trafficking and Exploitation (Scotland) Act 2015. In Northern Ireland there is the Human Trafficking and Exploitation (Criminal Justice and Support for Victims) Act (Northern Ireland) 2015. ».

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&categorieLien=id>¹⁵. France thereby became the first country to adopt binding legislation on the respect of human rights and the environment by multinationals (i.e. companies with more than 5000 employees in France or 10 000 worldwide). They have a legal obligation to identify and prevent human rights and environmental abuses that result not only from their own activities, but also from those of their subsidiaries, subcontractors and suppliers with whom they multinationals have an established commercial relationship in France and around the world¹⁶.

4. Hardening soft law through contract

In the absence of, or by way of implementing, binding legal norms, private market leaders may through contracting impose CSR obligations. In the project finance industry the *Equator Principles* (2003) have been adopted by 97 financial institutions in 37 countries <https://equator-principles.com/>. They apply to all industry sectors, and to project finance, project finance advisory services; project-related corporate loans; and bridge loans, and may include both public and private actors (e.g. 1999 Caspian Sea Pipeline Project). Via the mandatory international arbitration (ICSID) clause, a CSR based claim could be brought before the arbitral tribunal.

Other examples: *Bangladesh Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh* (2013, a five years' scheme, which however, was not extended by Bangladesh Government) https://en.wikipedia.org/wiki/accord_on_fire_and_building_safety_in_bangladesh, which led to PCA arbitration, followed by settlements, and the *Dutch Agreement on Sustainable Garments and Textile* (2016) which seeks to implement the *UN Guiding Principles*, *OECD Guidelines* and *1989 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, https://www.imvoconvenanten.nl/garmentstextile/agreement?sc_lang=en. This Agreement has a wide range of objectives: fight discrimination, child labour and forced labour; support a living wage, health and safety standards for workers, and the right of independent trade unions to negotiate; reduce the negative impact of their activities on the environment, prevent animal abuse, reduce the amount of water, energy and chemicals that they use, and produce less chemical waste and waste water. Aim 50% of the Dutch garment and textile sector to support the agreement by 2018, and 80% by 2020¹⁷.

5. Hardening soft law through arbitration¹⁸

International arbitration, as a tool to enforce CSR obligations, may, through its jurisprudence, also contribute to enhance the substance of those obligations. International arbitration may avoid some of the pitfalls of ordinary court proceedings. A drafting team chaired by Bruno Simma is preparing draft Arbitration Rules on Business and Human Rights, to be applied by existing arbitration courts and institutions, in order to increase transparency of proceedings and awards, open up the possibility of class actions, and promote specialist arbitration, see the latest draft (June 2019): https://gallery.mailchimp.com/75b5b7bea1017e7a4246ddd63/files/081025f4-43f0-4e9c-8e0b-ec323ef6029b/20190619_Draft_BHR_Rules_Final_version_for_SB_consultation.pdf.

Meanwhile, a landmark award was rendered in ICSID Case No. ARB/07/26 of 8 December 2016 (under the chairmanship of our honorary member Andreas Bucher), *Urbaser S.A. & Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, <https://www.italaw.com/cases/1144>. The tribunal rejected the investor company's thesis that the asymmetrical nature of the (indeed: any) BIT barred the Argentine

¹⁵ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017, texte n°1

¹⁶ See in more detail, CK Report, Chapter 1.

¹⁷ See also CK Report Chapter 3, and Cherie Blair (fn. 12).

¹⁸ See Cherie Blair (fn.12)

Government from bringing a counterclaim (par 1143-1155); found that there was a sufficient connection between the investor's claim and the Government's counterclaim (par. 1151), and admitted the counterclaim that the investor had breached its obligation to guarantee the access to water, and thus to "comply with a fundamental human right":

1194. *A principle may be invoked in this regard according to which corporations are by nature not able to be subjects of international law and therefore not capable of holding obligations as if they would be participants in the State-to-State relations governed by international law. While such principle had its importance in the past, it has lost its impact and relevance in similar terms and conditions as this applies to individuals. A simple look at the MFN Clause of Article VII of the BIT shows that the Contracting States accepted at least one hypothesis where investors are entitled to invoke rights resulting from international law (in addition to the rights resulting from Article X). If the BIT therefore is not based on a corporation's incapacity of holding rights under international law, it cannot be admitted that it would reject by necessity any idea that a foreign investor company could not be subject to international law obligations.*

1195. *... international law accepts corporate social responsibility as a standard of crucial importance for companies operating in the field of international commerce. This standard includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities' operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation.[reference to the Ruggie Principles]. In light of this more recent development, it can no longer be admitted that companies operating internationally are immune from becoming subjects of international law. On the other hand, even though several initiatives undertaken at the international scene are seriously targeting corporations human rights conduct, they are not, on their own, sufficient to oblige corporations to put their policies in line with human rights law. The focus must be, therefore, on contextualizing a corporation's specific activities as they relate to the human right at issue in order to determine whether any international law obligations attach to the non-State individual.*

The tribunal then distinguishes between the obligation "not to engage in activities aimed at destroying certain human rights" (par. 1199), which extends to both the State and the investor, and the obligation "to perform" (par.1207). However, "*none of the provisions of the BIT has the effect of extending or transferring to the Concessionaire an obligation to perform services complying with the residents' human right to access to water and sewage services... For such an obligation to exist and to become relevant in the framework of the BIT, it should either be part of another treaty(not applicable here) or it should represent a general principle of international law*", which is not the case either (ibid.)¹⁹. The counterclaim, therefore, failed.

6. Hardening soft law through tort law

Given its much wider reach than the *lex contractus* and the *lex societatis*, tort law has become of eminent importance in CSR litigation, as appears, in recent case law concerning the concept of *duty of care* in English law. On 10 April 2019 the Supreme Court of the United Kingdom rendered its much awaited judgment in *Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others* [2019] UKSC 20 It took its distance from earlier English case law (Court of appeal [2017] EWCA Civ 1528, and *Chandler v Cape plc* (2012)) and, in fact, widened the circumstances in which a parent can be said to owe a direct duty of care to persons affected by a subsidiary:

¹⁹ "*Indeed, the enforcement of the human right to water represents an obligation to perform. Such obligation is imposed upon States.... In order to have such an obligation to perform applicable to a particular investor, a contract or similar legal relationship of civil and commercial law is required. In such a case, the investor's obligation to perform has as its source domestic law; it does not find its legal ground in general international law*"(par.1210).

“53. Even where group-wide policies do not of themselves give rise to such a duty of care to third parties, they may do so if the parent does not merely proclaim them, but takes active steps, by training, supervision and enforcement, to see that they are implemented by relevant subsidiaries. Similarly, ... the parent may incur the relevant responsibility to third parties if, in published materials, it holds itself out as exercising that degree of supervision and control of its subsidiaries, even if it does not in fact do so. In such circumstances its very omission may constitute the abdication of a responsibility which it has publicly undertaken.”

This is in line with the *UN Guiding Principles* and it forces parent companies to define their commitments very carefully, and also to ensure that what they preach is in accordance with what they actually do. Thus tort law may also have the effect of hardening international soft law.

7. PIL aspects: applicable law²⁰

The common law principle according to which a question which is governed by foreign law is presumed to be the same as that of the forum unless proven otherwise increases the potential effect of the broad interpretation of the direct duty of care to third parties, e.g. in the case of *Okpabi v. Shell*, which the UK Supreme Court has accepted to hear²¹ This principle was also followed by the Dutch Court of Appeal in *Akpan v. Shell*.

8. PIL aspects: jurisdiction²²

The same UK Supreme Court judgment which took the Chandler “straitjacket” off claims against parent companies in respect of their duty of care towards third parties, introduces, on the other hand, a potential restriction regarding jurisdiction. Having held that (i) the jurisdiction of the English courts was given by art. 4 (1) Brussels I, (ii) *Owusu v Jackson* set aside FNC, (iii) there was no abuse of art. 4 (1), (iv) the claims disclosed a real triable issue against Vedanta, and (v) the requirement that “The court will not give permission [to serve the claim form out of the jurisdiction] unless satisfied that England and Wales is the proper place in which to bring the claim.” had been met regarding the Zambian subsidiary, the Supreme Court, nevertheless, concluded that, to avoid irreconcilable judgments, the claimants must “*demonstrate that England is the proper place for the trial of their claims against these defendants, having regard to the interests of the parties and the ends of justice*” (par 87). Since Vedanta had accepted the jurisdiction of the Zambian courts, the case should in principle be brought before the courts of Zambia.

While this is not exactly the same as reintroducing FNC through the backdoor, it enables the parent company to avoid being judged by the courts of its domicile, and to submit to the courts for the place of the subsidiary. That reintroduces the problem of weak or failed States (1.3.2. above). To mitigate this problem, the Supreme Court makes an access to justice exception: “*the court may nonetheless permit (or refuse to set aside) service of English proceedings on the foreign defendant if satisfied, by cogent evidence, that there is a real risk that substantial justice will not be obtainable in that foreign jurisdiction*” (par. 88).

9. What’s next?

It would seem that, from a PIL perspective, some useful work can be done, in particular regarding jurisdiction. The GEDIP might pick up the question of the possible extension of art. 8(1) Brussels I recast in the relations with third States where we left it in 2010 (1.1.2. above).

²⁰ For a detailed discussion of the applicable law aspects of CSR see CK Report, Chapters 2 et seq.

²¹ <https://www.business-humanrights.org/en/nigeria-uk-supreme-court-grants-permission-to-nigerian-communities-in-their-fight-against-shell-over-oil-spills-in-niger-delta>

²² See also CK Report, Chapter 4.

It might also look into other access to justice issues, such as public interest and class actions in matters of CSR.

Regarding applicable law, the Group might look into a possible extension of the rule of art. 7 Rome II to damage as a result of violation of certain CSR obligations (in addition to environmental damage). More generally, one might perhaps question whether the rules on overriding mandatory provisions and *ordre public*, in particular in Rome I and Rome II, would need to be further articulated in order to call the attention to mandatory international, regional or national CSR provisions²³.

It has been suggested to apply the nationality link to regulate the economic power of corporations. Is that a viable route?²⁴ Conceivably the Group might wish to give input for the UN efforts to draw up a legally binding *instrument on CSR* (3.1. above), in particular regarding draft arts. 7 and 9. In any event, there may be some interesting and useful work ahead of us!

Hans van Loon, 12 September 2019

²³ See also our suggestion regarding the Hague Choice of Law Principles, *Recueil des cours*, 380, 2015, pp. 56-57.

²⁴ See L. d'Avout, *l'Entreprise et les conflits internationaux des lois*, *Recueil des cours*, 397, 2018, pp.382 et seq.