



GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ – EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW

31^{ème} réunion (réunion virtuelle 17-18 septembre 2021)

COMPTE RENDU DES SEANCES DE TRAVAIL

Table des matières

I. Proposition en vue d'un règlement sur la loi applicable aux droits réels	3
A. Précisions sur la règle générale de conflit de lois	3
B. Précisions sur les biens en transit et les moyens de transport.....	4
C. Précisions sur les biens culturels et les biens volés	6
D. Texte adopté	6
II. Recommandation relative à la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme/droit de l'environnement - Aspects de droit international privé.....	14
A. Règles I et III : Portée du futur Instrument européen.....	15
B. Ajout de règles de compétence judiciaire internationale	16
1. Règle II (1) : Demandes connexes	16
2. Règle II (2) : For de nécessité	17
3. Rejet d'un forum legis.....	18
C. Règle IV : Loi applicable aux obligations non contractuelles découlant d'un dommage causé par la violation des obligations de vigilance	20
D. Proposition finale.....	20
III. Codification du droit international privé européen : Les lois de police et la reconnaissance du statut de la personne	22
A. Sur la codification d'une notion européenne des lois de police.....	22
1. Sur la qualification des lois de police	23
2. Sur les lois de police étrangères	25
B. Sur la codification d'une notion de reconnaissance du statut d'une personne [physique] constitué à l'étranger.....	27
1. Sur le champ du raisonnement :.....	28
2. Sur l'identification de l'objet de la reconnaissance :	29
IV. Actualités du droit de l'Union.....	30
A. L'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Lugano	30
1. Evaluation des motifs du refus exprimé par la Commission.....	30
2. La compétence de la Commission pour notifier le refus de la demande britannique et la procédure suivie.....	32
B. Actualités des travaux de la Commission	33
V. Actualités des droits de l'homme	34
A. Non-reconnaissance en Islande d'une gestation pour autrui californienne	34
B. Mise en œuvre de la Convention de La Haye	36
1. Affaire Thompson c. Russie.....	36
2. Affaire Y. S. et O.S. c. Russie.....	36

Annexe I	38
Annexe II	42
Annexe III	61
Annexe IV	63
Annexe V	70
Annexe VI	74

Lors de sa 31^e réunion, tenue sur le mode virtuel, le Groupe européen de droit international privé a poursuivi ses travaux concernant les propositions d'instruments européens relatifs aux droits réels (I) et à la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et de l'environnement (II). Il a également continué l'examen d'une codification européenne de la partie générale du droit international privé, à propos de l'insertion de dispositions sur les lois de police et sur la reconnaissance de situations valablement établies à l'étranger (III).

Parmi les points d'actualité, il a entendu, pour le droit de l'Union (IV), des communications sur l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Lugano et sur les travaux au sein des institutions, et, pour les droits de l'homme, un compte rendu de la jurisprudence la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en particulier sur les suites de la jurisprudence *Menesson* et sur l'interprétation de la Convention de La Haye en matière d'enlèvements d'enfants (V).

Le présent compte rendu a été réalisé par Lisa Aerts et Tarek El Ghadban, chercheurs doctorants à l'École de droit de la Sorbonne, de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Un hommage a été rendu, au début de la réunion, à la Professeure Alegría Borrás Rodríguez, membre fondatrice du Groupe, très active au sein de divers sous-groupes et hôte des réunions de Barcelone (1994) et de Tenerife (2004).

I. PROPOSITION EN VUE D'UN REGLEMENT SUR LA LOI APPLICABLE AUX DROITS REELS

Lors des réunions de 2019 et de 2020, le Groupe avait établi un ensemble de dispositions sur la loi applicable aux droits réels, sans toutefois le finaliser. F. Garcimartin soumet cette version en tant que document de travail à finaliser (voy. l'annexe I). Outre une relecture générale, le Groupe laissait ouvertes l'éventualité d'une clause d'exception et la problématique des biens volés et des biens culturels.

Au terme du débat, le Groupe finalise la proposition, après avoir adopté des précisions sur la portée de la règle générale (A), sur le statut des biens en transit et des moyens de transport (B), tout en se gardant de prendre position sur les biens volés et les biens culturels (C).

A. Précisions sur la règle générale de conflit de lois

Des clarifications sont apportées sur l'application de la loi locale en vue de la protection des tiers et sur le conflit mobile. Par ailleurs, des doutes sont exprimés sur l'opportunité d'une clause d'exception, au bénéfice de la loi locale.

Le débat a montré une préférence pour l'application de la loi locale au détriment d'une clause d'exception. En effet, la matière des droits réels appelle une haute prévisibilité de la loi applicable. Même si le libellé d'une clause d'exception peut en conditionner le déclenchement par un test de prévisibilité pour les parties, ceci ne suffirait pas à offrir une sécurité juridique satisfaisante pour le monde financier, qui se couvre fréquemment par des garanties sur les biens.

L'impératif de protection des tiers que peut réaliser la loi locale justifie également d'y soumettre, sans autre adaptation, le rattachement de droits portant sur un ensemble de biens d'un débiteur (*floating charge* / charge flottante), ou encore la saisie de biens de l'employeur aux fins de protection de la rémunération des travailleurs.

La disposition relative au conflit mobile fait l'objet d'une clarification terminologique.

Dans sa version en discussion, l'article 8 (3) dispose :

Article 8. Protection of acquired rights

3. Where a person invokes a proprietary right to which he or she is entitled under the law referred to in paragraph 1 and the law referred to in paragraph 2 does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted to the closest equivalent proprietary right under the law referred to in paragraph 2, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right and the effects attached to it.¹

À la lumière de commentaires du sous-groupe, le rapporteur fait état d'une discussion en son sein sur l'utilisation du verbe « *adapted* » plutôt que « *transposed* ». La doctrine allemande critique l'utilisation de « *adaptation* » dans les instruments européens, y préférant le terme « *transposition* ». Dans son cours sur les « Règles générales des conflits de lois : contribution à la technique du droit international privé », en 1939, le Professeur Hans Lewald utilisait le terme « *transposition* », devenu désormais le terme classique².

Après une hésitation à utiliser un terme autre que celui utilisé dans les instruments européens, le Groupe s'accorde à utiliser le terme « *transposition* » avec une note de bas de page explicative.

B. Précisions sur les biens en transit et les moyens de transport

Le document soumis à la discussion du Groupe présente plusieurs points de décision en note sous l'article 5 (biens en transit).

Une première interrogation concerne les biens n'arrivant pas à destination. Selon la note (9) :

« *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 State of destination;*
- (ii) if a proprietary right is created while the asset is in transit under the actual lex rei sitae, ie by the lex rei sitae where the asset is physically but temporally located, this law will determine the priority between the two conflicting rights;*
- (iii) if the asset does not reach the State of destination, the general rule applies. »*

La question est de savoir s'il est préférable d'inclure la règle proposée en note dans un nouveau paragraphe dans le corps de l'article.

Un membre souligne que la note traduit une exception, ayant pour objectif de protéger une partie de bonne foi. Il s'ensuit que l'inclusion dans le corps du texte serait pertinente. Après un court échange, la proposition est acceptée. La règle figurant dans la note est donc déplacée vers le corps du texte, dans un second paragraphe qui dispose :

Article 5. Assets in transit (*res in transitu*) or to be exported

[...]

¹ Nous ajoutons l'emphase.

² LEWALD, Hans, « Règles générales des conflits de lois : contribution à la technique du droit international privé », *RCADI*, 1939, vol. 69.

2.' If a proprietary right is created in accordance with the law of the State of destination and another property right is created under law of the State in the territory of which the asset is physically located, the law of this State will determine the priority between the two conflicting rights.

La note (10) concerne une condition supplémentaire éventuelle :

« Several members of the Group advocated for including an additional condition linked to an agreement by the parties on the application of the lex destinationis or to a certain period of time prior to the exportation of the asset from the State of origin. This question is still pending for further discussion. »

Le débat porte sur la pertinence d'une limite de temps. Un tel ajout est rejeté pour trois raisons. D'abord, toute limite proposée serait arbitraire. Ensuite, une telle condition limiterait de manière injustifiée le champ d'application de l'article, ne permettant pas d'inclure des situations qui pourraient en bénéficier. Enfin, une telle limite de temps aurait pu être utile si une clause d'exception était prévue dans la proposition, ce qui n'est pas le cas.

Quant à l'éventualité de permettre un accord des parties, le rapporteur n'y est pas favorable et la suggestion n'est pas retenue.

Il en va de même de la suggestion d'ajouter une explicitation dans la définition du bien en transit, le cas échéant dans l'article 2, faisant état d'un déplacement sur une durée limitée. En effet, le terme « *transit* » contient implicitement, mais nécessairement cette limite de raison. Tout bien qui reste en transit de manière démesurée serait simplement un bien mobile.

Enfin, il n'est pas jugé utile de retenir une clause d'exception dans ce contexte-ci, pour contrer l'utilisation du processus de transit en vue de soustraire un bien à la loi objectivement applicable. L'outil général de neutralisation d'une fraude à la loi suffirait à y faire obstacle.

Sous un angle terminologique, il est encore suggéré que, dans les définitions de l'article 2, le terme « *relocated* » utilisé pour les biens en transit (point c) le soit uniformément et remplace donc le terme « *moved* » utilisé par le point (d).

Quant aux moyens de transport, est posée la question de savoir s'il faut étendre l'article 6 à certains biens non visés actuellement. Selon l'article 6 :

Article 6. Means of transport

The proprietary rights in an aircraft, vessel or railway vehicle subject to registration are governed the law of the State under the authority of which the register is kept.

Alors que selon la note (11), le texte ne vise que des enregistrements attestant des titres ou des droits de propriété, la note (12) exprime une suggestion d'extension à d'autres moyens de transport, déjà évoquée lors de la dernière réunion, à savoir :

« Some members of the Group have suggested the extension of this provision to other means of transport, in particular automobiles, rocket engines or spacecrafts (or means of transport for these assets). This question is still pending for further discussion. »

Le débat porte sur l'extension de cette règle à tout véhicule enregistré. L'intention du texte est de limiter l'application de l'article aux seuls véhicules enregistrés dont l'enregistrement produit des effets

de propriété. Le Groupe convient d'expliciter, par une note, que les enregistrements sans effets de propriété ne sont pas couverts.

C. Précisions sur les biens culturels et les biens volés

Des tentatives de consensus au sein du sous-groupe sur la question des biens culturels et des biens volés n'ont pas abouti. Le contraste entre l'approche anglo-saxonne caractérisée par un pragmatisme poussé et l'approche continentale plus théorique apparaît trop important pour être concilié. Le Groupe estime ne pas être en mesure de trancher dans les limites de temps disponible, tout en pensant que la matière se prête à une règle de conflit spéciale, comme en attestent certaines codifications nationales récentes.

Appliquer la *lex rei sitae* à un bien volé, qu'il soit ou non culturel, reviendrait à compenser les voleurs pour leur acte illicite. Or, aucun autre facteur de rattachement ne fait consensus parmi le sous-groupe. Certains membres proposent l'application de la loi du pays d'origine du bien, mais cela présenterait des difficultés probatoires. D'autres membres proposent l'application d'une règle matérielle, dans le but de récupération du bien mal acquis, par vol ou spoliation.

Le Groupe décide de laisser le texte en l'état tout en se réservant de l'amender lorsque ces points auront pu être éclaircis. Sa position sera explicitée dans le texte final par une note de bas de page ou un considérant.

D. Texte adopté

Au terme du débat, le Groupe s'accorde sur un document reprenant en substance le document de travail soumis par le sous-groupe tel qu'amendé au cours du débat. Il charge le rapporteur d'en finaliser la rédaction.

La nouvelle version établie par le rapporteur y ajoute des dispositions générales, concernant les lois de police, l'ordre public, le renvoi, les systèmes non unifiés, les relations avec d'autres actes de l'Union ou des conventions internationales, et l'application dans le temps. Leur contenu est repris d'autres règlements de droit international privé. N'ayant pas donné lieu à un débat du Groupe, elles seront examinées au cours d'une prochaine réunion.

Le texte final se présente comme suit :

Droit applicable aux droits réels sur les biens corporels

Chapitre I. Champ d'application

Article 1. Champ d'application matériel

1. *Le présent règlement s'applique, dans les situations de conflit de lois, aux droits de propriété (droits réels) sur les biens corporels[1] [2].*

2. *Sont exclus du champ d'application du présent règlement :*

(a) les questions relatives à l'état ou à la capacité juridique des personnes physiques,

(b) les questions relatives à la capacité des personnes morales,

(c) les obligations contractuelles[3],

(d) les obligations non contractuelles[4],

(e) la création, l'acquisition, la charge ou le transfert de droits patrimoniaux résultant des régimes matrimoniaux[5],

(f) la création, l'acquisition, la mise en gage ou le transfert de droits de propriété résultant des conséquences patrimoniales des partenariats enregistrés[6],

(g) la création, l'acquisition ou le transfert de droits de propriété par succession[7],

(h) les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les droits patrimoniaux[8],

(i) le transfert de droits de propriété de plein droit à la suite de fusions, de scissions ou de transferts globaux de sociétés (succession universelle), et

(j) la création, l'administration et la dissolution des trusts[9].

Article 2. Définitions

Aux fins du présent règlement, on entend par :

(a) "Droits patrimoniaux", les droits sur des biens corporels qui sont opposables aux tiers (*erga omnes*), tels que la propriété, les sûretés, les hypothèques, les usufruits ou les servitudes ;

(b) "Biens corporels" désigne les biens pouvant faire l'objet d'une possession physique et comprend les biens meubles et immeubles ;

(c) "Bien en transit" désigne un bien qui est déplacé d'un Etat à un autre ;

(d) "Bien à exporter" désigne un bien destiné à être transféré dans un autre Etat.

Article 3. Caractère universel

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

Chapitre II. Règles uniformes

Article 4. Règle générale

Les droits de propriété sur un bien sont régis par la loi de l'Etat sur le territoire duquel le bien est situé.

Article 5. Biens en transit (*res in transitu*) ou à exporter

1. L'acquisition et la perte d'un droit de propriété sur un bien en transit ou à exporter sont régies par la loi de l'Etat de destination, à condition que le bien atteigne cet Etat[10].

2. Si un droit de propriété est créé conformément à la loi de l'Etat de destination et qu'un autre droit de propriété est créé en vertu de la loi de l'Etat sur le territoire duquel le bien est physiquement situé, la loi de cet Etat déterminera la priorité entre les deux droits en conflit.

Article 6. Moyens de transport

Les droits de propriété sur les moyens de transport soumis à l'immatriculation sont régis par la loi de l'Etat sous l'autorité duquel le registre est tenu[11].

Article 7. Domaine de la loi applicable

Sans préjudice de l'article 8, la loi applicable en vertu du présent règlement régit notamment :

(a) les conditions requises pour créer, transférer, grever ou acquérir un droit de propriété sur un bien ;

(b) la question de savoir si la propriété du bien correspondant peut être matérialisée par un certificat de propriété et le transfert par la remise ou l'endossement d'un tel certificat[12] ;

(c) la priorité entre des droits de propriété concurrents sur le même bien ;

(d) la nature et le contenu des droits de propriété sur un actif ;

(e) la réalisation d'une sûreté sur un actif ; ou

(f) l'extinction ou la perte d'un droit de propriété.

Article 8. Protection des droits acquis

1. Lorsqu'il y a un changement de la loi applicable conformément au présent règlement et qu'un droit de propriété a été acquis en vertu de la loi antérieure, cette loi continue de régir l'existence de ce droit[13].

2. La nouvelle loi régit l'étendue et l'exercice de ce droit de propriété, ainsi que la priorité entre ce droit de propriété et un droit de propriété concurrent créé en vertu de la nouvelle loi.

3. Lorsqu'une personne invoque un droit de propriété auquel elle a droit en vertu de la loi visée au paragraphe 1 et que la loi visée au paragraphe 2 ne connaît pas le droit de propriété en question, ce droit est, si nécessaire et dans la mesure du possible, transposé[14] au droit de propriété équivalent le plus proche en vertu de la loi visée au paragraphe 2, en tenant compte des buts et des intérêts poursuivis par le droit spécifique et des effets qui lui sont attachés.

4. Si un droit de propriété n'a pas été acquis en vertu de la loi visée au paragraphe 1 avant le changement de loi, en ce qui concerne l'acquisition d'un droit de propriété en vertu de la loi visée au paragraphe 2, les faits qui ont eu lieu sous l'ancienne loi sont considérés comme s'ils avaient eu lieu sous la nouvelle loi.

Chapitre III. Autres dispositions

(Version provisoire non encore soumise à discussion)

Article 9. Lois de police

1. Aucune disposition du présent règlement ne restreint l'application des dispositions impératives de la loi du for.

2. Les dispositions impératives sont des dispositions dont le respect est considéré comme crucial par un État membre pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point qu'elles sont applicables à toute situation entrant dans leur champ d'application, quelle que soit la loi autrement applicable aux effets de tiers des cessions de créances en vertu du présent règlement.

Article 10. Ordre public du for

L'application d'une disposition de la loi d'un pays désigné par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for.

Article 11. Exclusion du renvoi

L'application de la loi de tout pays désigné par le présent règlement signifie l'application des règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exception de ses règles de droit international privé.

Article 12. Systèmes non unifiés

1. Lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière de droits de propriété, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon le présent règlement.

2. Un Etat membres dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles juridiques en matière de droits de propriété n'est pas tenu d'appliquer le présent règlement aux conflits concernant uniquement les lois de ces unités.

Article 13. Relation avec d'autres dispositions de droit de l'Union

Le présent règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit de l'Union qui, dans des domaines particuliers, règlement les conflits de lois en matière de droits de propriété.

Article 14. Relation avec des conventions internationales existantes

1. Le présent règlement n'affecte pas l'application des conventions internationales auxquelles un ou plusieurs Etats membres sont parties lors de l'adoption du présent règlement et qui règlent les conflits de lois en matière de droits de propriété.

2. Toutefois, le présent règlement prévaut entre les Etats membres sur les conventions conclues exclusivement entre deux ou plusieurs d'entre eux dans la mesure où elles concernent des matières réglées par le présent règlement.

Article 15. Application dans le temps

1. Le présent règlement s'applique aux droits de propriété créés ou acquis après le [date d'application].

2. La loi désignée par le présent règlement détermine la priorité entre un droit de propriété acquis à partir de la date d'application du présent règlement et un droit de propriété concurrent acquis avant que le présent règlement ne devienne applicable.

[1] Les biens culturels et les biens volés ne sont pas couverts par cet instrument. Le GEDIP poursuit ses travaux relatifs à ces deux types de biens.

[2] Un considérant devrait préciser que le présent règlement ne s'applique pas, notamment, aux créances, aux droits à l'exécution d'obligations autres que des créances, aux instruments négociables ou aux documents négociables sous forme électronique, au droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, aux valeurs mobilières avec certificat et aux valeurs mobilières inscrites en compte.

[3] Un considérant devrait préciser que lorsque la loi applicable en vertu du présent règlement exige un contrat valable comme titre pour la création, l'acquisition ou le transfert d'un droit réel, la validité du contrat est régie par la loi applicable en vertu du règlement "Rome I". Toutefois, le présent règlement détermine la loi applicable à l'accord de transfert de propriété ("contrat de propriété" ou Verfügungsgeschäft) dans les systèmes juridiques où il s'agit d'une condition indépendante du contrat sous-jacent qui crée simplement une obligation in personam de transfert de propriété.

[4] Un considérant devrait préciser que les créances découlant de dommages causés à (ou « découlant d'effets négatifs émanant de », voir art. 44 EGBGB) un bien immobilier ne relèvent pas du champ d'application du présent règlement, mais de Rome II.

[5] Un considérant devrait clarifier la relation entre le présent règlement et le règlement sur les régimes matrimoniaux, conformément aux considérants 24 à 28 de ce dernier instrument.

[6] Idem.

[7] Un considérant devrait clarifier la relation entre le présent règlement et le règlement sur les successions, conformément aux considérants 14 à 19 de ce dernier instrument.

[8] Un considérant devrait clarifier la relation entre le présent règlement et le règlement sur les procédures d'insolvabilité dans ce sens : En principe, et nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la loi applicable en vertu du présent règlement continue de s'appliquer à la constitution et à l'opposabilité des droits réels sur les biens corporels ; toutefois, cela ne porte pas atteinte à l'application des règles spéciales régissant les procédures d'insolvabilité et leurs effets sur les droits de propriété. L'expression "effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité" comprend notamment l'exercice d'un droit de propriété après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le rang des créances et l'annulation de la création ou du transfert des droits de propriété.

[9] Un considérant devrait préciser que cette exclusion ne doit pas être comprise comme une exclusion générale des trusts. Lorsqu'un trust est valablement créé, la loi applicable en vertu du présent règlement devrait s'appliquer au transfert par le constituant de droits patrimoniaux sur des biens corporels au trustee, ainsi qu'à tout droit patrimonial du trustee et des bénéficiaires sur les biens corporels du trust.

[10] Un considérant devrait expliquer que : (i) cette disposition permet notamment l'acquisition d'un droit de propriété sur un bien en transit avant son arrivée dans l'État de destination ; (ii) si le bien n'atteint pas l'État de destination, la règle générale s'applique.

[11] Un considérant devrait expliquer que cette disposition s'applique seulement aux registres qui prouvent des droits de propriété.

[12] Un considérant devrait expliquer les conséquences, lorsque le bien est couvert par un instrument négociable, du transfert des droits de propriété sur le bien physique qui peut avoir lieu par endossement ou livraison de l'instrument. Mais ce règlement ne désigne pas la loi applicable au transfert de l'instrument lui-même.

[13] Un considérant devrait préciser que cette disposition n'est pas limitée à un changement de la loi applicable conformément à la règle principale, à savoir l'article 4, mais peut également s'appliquer lorsque, par exemple, il y a un changement de la loi applicable en vertu de l'article 6 si le bien est radié de l'État A et enregistré dans l'État B.

[14] Contrairement à d'autres instruments de l'UE où le terme "adaptation" est utilisé, le GEDIP comprend que le terme correct, conformément à la théorie générale du droit international privé, est "transposition".

*

The law applicable to rights in rem in tangible assets

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 assets[1] [2].

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 obligations[3],

(d) non-contractual obligations[4],

(e) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes[5],

(f) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships[6]

(g) the creation, acquisition or transfer of property rights by succession[7],

(h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights[8],

(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 trusts[9].

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, mortgages, usufructs or servitudes;

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

(c) “Asset in transit” means an asset being relocated from one State to another;

(d) “Asset to be exported” means an asset destined to be relocated to another State.

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 State within the territory of which the asset is located.

Article 5. Assets in transit (res in transitu) or to be exported

1. The acquisition and the loss of a proprietary right in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the State of destination, provided that the asset reaches that State[10].

2. If a proprietary right is created in accordance with the law of the State of destination and another property right is created under law of the State in the territory of which the asset is physically located, the law of this State will determine the priority between the two conflicting rights.

Article 6. Means of transport

The proprietary rights in means of transport subject to registration are governed by the law of the State under the authority of which the register is kept[11].

Article 7. Scope of the applicable law

Without prejudice to Article 8, the law applicable pursuant to this Regulation shall govern, in particular:

- (a) the requirements to create, transfer, encumbered or acquire a proprietary right over an asset;
- (b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be embodied in a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate[12];
- (c) the priority between competing proprietary rights over the same asset;
- (d) the nature and content of the proprietary rights over an asset;
- (e) the enforcement of security interest over an asset; or
- (f) the extinction or loss of a property right.

Article 8. Protection of acquired rights

1. When there is a change of the applicable law in accordance with this Regulation and a proprietary right has been acquired under the former law, this law continues to govern the existence of such a right[13].

2. The new law governs the extent and the exercise of that proprietary right, and the priority between that proprietary right and a competing proprietary right created under the new law.

3. Where a person invokes a proprietary right to which he or she is entitled under the law referred to in paragraph 1 and the law referred to in paragraph 2 does not know the proprietary right in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be transposed[14] to the closest equivalent

proprietary right under the law referred to in paragraph 2, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right and the effects attached to it.

4. If a proprietary right has not been acquired under the law referred to in paragraph 1 previously to the change of law, as to the acquisition of a proprietary right under the law referred to in paragraph 2, facts that took place under the old law are considered as if they took place under the new law.

Chapter III. Other provisions

(provisional version yet to be discussed)

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 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 of the forum

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

Article 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.

[1] Cultural and stolen goods are not covered by this instrument. GEDIP continues its works in relation to these two types of assets.

[2] 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.

[3] A recital should clarify that when the law applicable under this Regulation requires a valid contract as a title for the creation, acquisition or transfer of a right in rem, the validity of the contract shall be governed by the law applicable under the Rome I Regulation. However, this Regulation does determine the law applicable to the agreement that transfer property ("proprietary agreement" or Verfügungsgeschäft) in those legal systems where this is a condition independent from the underlying contract that simply creates an in personam obligation to transfer property.

[4] A recital should clarify that claims arising from damages to (intromissions emanating from, see Art. 44 EGBGB) an immovable property do not fall within the scope of this Regulation, but within Rome II.

[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 along these lines: In principle, and notwithstanding the opening of insolvency proceedings, the law applicable under this Regulation continues to apply to the creation and perfection of rights in rem over tangible assets; however, this does not prejudice the application of the special rules governing insolvency proceedings and their effects upon proprietary rights. 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 the transfer by the settlor of proprietary rights in tangible assets to the trustee, and any proprietary rights of the trustee and the beneficiaries in the tangible trust assets.

[10] 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 State of destination; (ii) if the asset does not reach the State of destination, the general rule applies.

[11] A recital should clarify that this provision only covers registers that evidence proprietary rights.

[12] A recital should explain the consequences if, according to the law designated by this instrument, the transfer of proprietary rights over a tangible asset may take place by delivery or endorsement of a certificate representing that asset. However, this Regulation does not determine the law applicable to the transfer of the certificate itself.

[13] A recital should clarify that this provision is not limited to a change of the applicable law in accordance with the main rule, i.e. Article 4, but may also apply when, for example, there is a change of the applicable law under Article 6 if the asset is de-registered from State A and register in State B.

[14] Unlike other EU instruments where the term "adaptation" is used, GEDIP understands that the correct term, in accordance with the general theory of Private International Law, is "transposition".

II. RECOMMANDATION RELATIVE A LA RESPONSABILITE DES ENTREPRISES EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME/DROIT DE L'ENVIRONNEMENT - ASPECTS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE³

H. van Loon présente les propositions du sous-groupe relatives à la *Corporate social responsibility (CSR), human rights & environment* (voy. l'annexe II). Celles-ci visent le futur instrument sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises dans ces domaines, annoncé par la Commission pour le printemps 2021 mais non encore soumis au législateur européen. Elles font suite à l'adoption, par le Parlement européen le 10 mars 2021, d'une *résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises*. Ces recommandations prennent la forme d'une « demande de proposition d'une directive du Parlement et du Conseil sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises », annexée à la résolution. Puisque la Commission n'a pas encore publié sa proposition, le sous-groupe, suivi par le Groupe, prend les recommandations du Parlement comme point de départ de ses propositions.

Le document de travail soumis par le sous-groupe formule deux propositions, aux contenus équivalents. La première vise à insérer des règles de droit international privé dans l'acte que la Commission serait amenée à soumettre au législateur européen (ci-après « l'Instrument »). La seconde propose d'ajouter de telles règles dans les actes européens relatifs aux conflits de juridictions (Bruxelles *Ibis*) et aux conflits de lois (règlement Rome I et Rome II), qui couvrent des matières en lien avec la responsabilité des entreprises.

Le sous-groupe part du constat, largement partagé au sein du Groupe, que la directive proposée par le Parlement ne comporte ni des règles matérielles de responsabilité civile, ni des dispositions sur la compétence judiciaire et sur la loi applicable⁴. Par ailleurs, dans leur état actuel, les règlements de droit international privé ne sont pas adaptés à la problématique de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Par conséquent, l'Instrument envisagé risque d'être inappliqué et impuissant à atteindre ses objectifs eu égard à la configuration le plus souvent transnationale des chaînes de valeurs et des groupes d'entreprises concernés.

Au terme d'une discussion générale, le Groupe estime qu'à court terme, la perspective d'une adaptation rapide des règlements Bruxelles *Ibis*, Rome I et Rome II est peu réaliste. Il décide par conséquent de centrer l'effort sur l'Instrument, dans la perspective d'une contribution utile aux travaux que la Commission aurait à entreprendre dans l'immédiat.

Trois problématiques appellent une attention particulière sous l'angle du droit international privé, dans la perspective d'une adaptation de l'Instrument aux contentieux transfrontières, à savoir la délimitation de son domaine matériel et spatial (A), l'ajout de règles complémentaires de compétence judiciaire internationale (B) et l'ajout d'une règle spéciale sur la loi applicable à la responsabilité quasi délictuelle (C).

Quant à la base juridique de l'Instrument, le Parlement propose les articles 50 (liberté d'établissement), 83, § 3 (coopération judiciaire en matière pénale) et 114 (marché intérieur). Aux yeux de certains membres toutefois, l'hésitation est plutôt permise entre les articles 114 et 81

³ M. Szpunar a participé à la discussion, mais non à l'adoption du texte par le Groupe.

⁴ Le texte de l'Instrument se contente de renvoyer à un régime de responsabilité de l'entreprise « conformément au droit national applicable » (art. 1^{er}, § 3 ; art. 19, § 2). Sous l'intitulé « Droit international privé », l'article 20 souligne le caractère « impératif » des dispositions de la présente directive « au sens de l'article 16 » du règlement Rome II.

(coopération judiciaire en matière civile), voire l'article 209 (coopération au développement), voire les principes généraux en matière de droits de l'homme tels que codifiés par la CEDH et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

A. Règles I et III : Portée du futur Instrument européen

Aux termes de la règle I du document de travail soumis par le sous-groupe et visant à établir l'effet impératif des règles communes, sous l'intitulé « *Scope of application* » :

[Member States shall ensure that⁵] the provisions of this Instrument shall apply to [undertakings] established in the European Union and those established in a third State when operating in the internal market, irrespective of the law otherwise applicable to companies, to contractual obligations [as provided for under Article 9 of the Rome I Regulation,] and to non-contractual obligations [as provided for under Article 16 of the Rome II Regulation].

Et, selon la règle III, sous l'intitulé « *Overriding effect of the Instrument's provisions* » :

[Member States shall ensure that] provisions contained in this Instrument shall apply irrespective of the law otherwise applicable to companies, to contractual obligations and to non-contractual obligations.

Le texte proposé par le Parlement vise à asseoir l'impérativité de l'ensemble des dispositions de l'Instrument. Par ailleurs, il établit des critères de nature territoriale, visant à assurer son application à des entreprises non seulement établies dans l'Union, mais aussi et surtout à d'autres « domiciliées » hors du territoire d'un Etat membre, alors que, de son côté, le règlement Bruxelles Ibis ne couvre que la compétence judiciaire à l'égard de défendeurs domiciliés dans un tel Etat. A l'heure actuelle, l'intentement d'une action à l'encontre d'un membre d'une chaîne de valeur établie dans un pays tiers mais opérant dans l'Union, tantôt en s'y approvisionnant, tantôt en y commercialisant des biens produits dans un pays tiers ou en y produisant des biens dont des éléments proviennent d'un pays tiers, peut s'avérer problématique et dépend du contenu des règles nationales de compétence judiciaire. Il en va de même d'une action intentée contre un membre d'un groupe domicilié dans l'Union alors que le fait dommageable peut être dû à une filiale localisée dans un pays tiers. Ainsi, l'objectif inhérent à l'Instrument est de viser des activités entrepreneuriales en lien avec des pays tiers, tantôt par la localisation d'éléments d'une chaîne de valeurs, tantôt par l'établissement d'une entreprise membre d'un groupe de dimension mondiale.

La référence du texte aux entreprises établies dans l'Union ou à celles qui opèrent sur le marché intérieur s'analyse comme une règle déterminant l'application dans l'espace des règles matérielles contenues dans l'Instrument. Plusieurs membres y voient une méthode de conflit de lois propre à assurer l'impérativité du dispositif normatif, analogue à celle qui caractérise les lois de police nationales. Tout au plus, le texte pourrait préciser utilement que les « opérations » concernées consistent en la vente de biens ou la fourniture des services.

Quant au domaine matériel de l'Instrument, une ambiguïté subsiste, selon que celui-ci couvre ou non la matière « civile ». En effet, celui-ci établit essentiellement une obligation de « stratégie de vigilance » (art. 4), un droit de « participation des parties prenantes » (art. 5), des procédures de

⁵ Les notions entre crochets permettent d'adapter facilement en cas d'adoption d'une directive et non un règlement.

publication de rapports (art. 6) et d'informations diverses (art. 7), outre des mécanismes de traitement de plaintes (art. 9), de mesures correctives (art. 10), de surveillance (art. 12), d'enquêtes (art. 13). C'est au titre de sanctions organisées par les Etats membres qu'apparaît, outre la faculté d'imposition d'amendes (art. 18), l'obligation de disposer d'un « régime de responsabilité » (art. 19). Ainsi, l'acte comprendrait une large part de dispositions de nature administrative, tout en touchant à la matière civile. Il reste que, en établissant des dispositions qu'auront à respecter des particuliers à l'égard d'autres personnes privées en lien avec le droit au respect de leurs droits fondamentaux, notamment de nature environnementale, l'acte devrait comprendre un dispositif propre à en assurer une application effective, en particulier par l'établissement de règles de compétence judiciaire internationale.

Sous l'angle terminologique, l'expression « *undertakings* » fait débat, pour le risque de confusion qu'elle présente. Le terme « entreprise » est certes utilisé en droit européen de la concurrence. Cependant, le droit du marché intérieur (art. 54 TFUE) et le droit international privé utilisent plutôt les expressions « société / *company* » ou « personne morale ». Cette hésitation terminologique est prise en compte dans la Recommandation du Groupe en plaçant le terme « *undertakings* » entre crochets.

B. Ajout de règles de compétence judiciaire internationale

La deuxième règle concerne la compétence des tribunaux des États membres. Elle comprend deux dispositions. L'une vise le cas de demandes connexes (a). L'autre introduit la règle subsidiaire d'un *forum necessitatis* (b). L'une et l'autre sont sans préjudice des chefs de compétence basés sur le règlement Bruxelles Ibis. Celui-ci suffira par exemple à assigner un défendeur domicilié dans l'Union, telle une société mère, ou une filiale, éventuellement ensemble avec un codéfendeur également domicilié dans l'Union, aux conditions de l'article 8 du règlement. En revanche, celui-ci ne couvre pas encore une demande à l'égard d'un codéfendeur domicilié dans un pays tiers.

Au cours du débat a également été soulevée la proposition d'ajouter un *forum legis*, qui n'a cependant pas été retenue (c).

1. Règle II (1) : Demandes connexes

En réaction à des affaires récentes devant les juridictions nationales⁶, le sous-groupe constate que la prorogation de la compétence des juridictions étatiques dans les affaires connexes n'est pas envisagée de manière homogène dans les États membres.

La règle II (1) vise donc à instaurer un régime unique et complémentaire permettant d'étendre la compétence des juridictions des Etats membres dans les affaires « *such that it is expedient to hear and determine them together* ».

A person not domiciled in a Member State may in respect of due diligence obligations under [in matters falling within the scope of] this Instrument be sued, where (s)he is one of a number of defendants, in addition to the courts available under the Brussels I Recast Regulation in the

⁶ Affaires *Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others* [2019] UKSC 20, of 10 April 2019, *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another*, [2021] UKSC 3, of 2 Feb 2021 et la Cour d'appel de La Haye, 29 janvier 2021, *Four Nigerian Farmers and Milieudefensie v. Shell*.

courts for the place where anyone of them is domiciled, provided the claims are connected such that it is expedient to hear and determine them together.

This provision applies without prejudice to the application of the remaining provisions of the Brussels I Recast Regulation.

Le champ d'application de l'article peut en soi être limité à celui de l'Instrument ou étendu au-delà de ce dernier, aux matières relevant du règlement Bruxelles Ibis, comme l'expose le document de travail soumis au Groupe (p. 11, note 36) :

"The Sub-group considered two options, a narrow rule, limited to matters falling within the substantive and spatial scope of the Instrument, and a broad rule (between brackets), extending to all due diligence obligations as defined regarding their substance by the Instrument, whether or not falling within its spatial scope. The latter option would overlap, at least in part, with the corresponding provisions of Proposal II. below. Therefore, it might be preferable to include it in Proposal II. The two options are submitted to the Plenary for discussion and decision."

Une telle règle peut être posée dans l'Instrument même sans avoir à apporter une modification dans le règlement Bruxelles Ibis, dont l'application n'est pas affectée par le présent Instrument. Comme le montre l'article 6 de la directive sur les travailleurs détachés⁷, il est possible de prévoir une prorogation de la compétence des tribunaux étatiques dans un instrument spécial – telle cette directive ou le présent Instrument – qui complète les règles de compétence prévues dans un instrument général, tel le règlement Bruxelles Ibis. Par ailleurs, la Commission pourrait encore proposer, dans le rapport à élaborer sur le fonctionnement du règlement (art. 79), de nouvelles règles de compétence, notamment à propos de codéfendeurs domiciliés dans des États tiers attirés devant les juridictions d'un État membre en vertu de l'article 8 (1) du règlement. D'aucuns soulignent cependant la nature politiquement sensible de la question pour le législateur européen, sous la pression des *lobbies*, mais aussi le poids que pourrait avoir un acte de l'Union auprès d'instances internationales, telles les Nations unies, en vue d'une réponse globale.

Les membres soulèvent une distinction importante entre l'article 8 du règlement Bruxelles Ibis et la règle II (1) en discussion. Alors que le premier vise à éviter le risque de « décisions inconciliables » au sein de l'Union, la deuxième vise à assurer une bonne administration de la justice, voire la protection de valeurs substantielles fondamentales telles que les droits humains ou la protection de l'environnement. A cet égard, une condition de connexité suffit, et la disposition peut avoir un effet attributif de compétence. Certains craignent alors une porte ouverte aux abus procéduraux. L'objectif est pourtant bien d'aller plus loin que l'article 8 (1) du règlement. Le Groupe s'accorde sur la nécessité d'explicitier cette distinction, afin d'éviter une interprétation concordante des deux articles.

2. Règle II (2) : For de nécessité

La règle II (2) du document de travail soumis par le sous-groupe régit les situations dans lesquelles le règlement Bruxelles I ne suffirait pas à offrir un accès aux juridictions des États membres. L'objectif

⁷ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

est d'éviter le risque de déni de justice international dans des matières couvertes par l'Instrument. Selon la proposition :

If, in respect of matters falling in respect of due diligence obligations under [in matters falling within the scope of] this Instrument, no jurisdiction is available under the Brussels I Recast Regulation within the European Union, and if proceedings outside the European Union are impossible or cannot reasonably be required to be brought, the courts of a Member State of the European Union shall have jurisdiction provided the case has a link with such Member State.

This provision applies without prejudice to the application of the remaining provisions of the Brussels I Recast Regulation.

Le sous-groupe souligne que cette règle établit un chef de compétence supplémentaire visant à assurer un « *level playing-field* » entre les entreprises domiciliées sur le territoire d'un État membre de l'Union et celles domiciliées sur le territoire d'un État tiers, mais ayant une activité sur le marché européen. Un tel for subsidiaire se justifie au regard de l'enjeu de la problématique en cause en termes de respect des droits fondamentaux. Au demeurant, un tel dispositif, s'il est encore absent de la refonte du règlement Bruxelles I en 2012 autant que du règlement Bruxelles II^{ter}, est désormais repris par la plupart des règlements de nouvelle génération (aliments, successions, effets patrimoniaux du couple).

Le débat fait apparaître une hésitation concernant l'exigence d'un lien entre la situation et l'État membre dont la juridiction est saisie. Pour les uns, une telle condition n'est par hypothèse sans objet, vu la nature des droits fondamentaux en cause. Pour les autres, elle se justifierait, non seulement en raison d'enjeux géopolitiques mais aussi du seul fait qu'en d'autres matières aussi le législateur européen a prévu la nécessité d'« un lien », sans autre précision. Il n'est donc pas requis qu'il soit « étroit ». Autre chose encore serait d'établir une liste, éventuellement exemplative, d'indices pertinents, tel le domicile de la victime, ou la localisation d'un établissement quelconque du défendeur.

3. Rejet d'un forum legis

Plusieurs membres évoquent, en marge des fors précédents, la proposition d'établir des chefs de compétence correspondant aux critères par lesquels l'Instrument identifie les entreprises visées en fonction de certains éléments de localisation. L'objectif serait d'assurer que toute entreprise visée puisse être assignée devant une juridiction d'un État membre. Si ce n'est pas le cas, l'effectivité de l'Instrument serait affectée chaque fois qu'il n'est garanti qu'une juridiction d'un pays tiers accepterait d'en assurer l'application. Certes, l'entreprise établie dans un État membre pourrait être assignée sur la base du règlement Bruxelles I^{bis}, pour autant que la demande puisse être qualifiée de civile au sens de son article 1^{er}. Il en ira autrement si elle est établie dans un pays tiers, à moins d'assigner aussi un membre de la chaîne de valeurs qui aurait son domicile dans l'Union : à défaut, une juridiction d'un État membre ne pourrait se déclarer compétente que sur la base du droit du for, alors même qu'elle fournirait des marchandises ou des services dans l'Union. Or, une telle entreprise serait considérée comme « opérant » dans le marché intérieur au sens de l'Instrument.

Selon ces membres, une telle méthode d'alignement de la compétence juridictionnelle sur la compétence législative caractérise, en droit international privé général, l'hypothèse de lois impératives qualifiées de lois de police. Or, la nature impérative des dispositions matérielles en cause

est explicite dans la proposition du Parlement (art. 20) et correspond au vœu du Groupe. Au demeurant, le contenu de l'article 1^{er}, §§ 1 et 3 s'analyse bien comme des règles d'applicabilité (*scope rules*), qui caractérisent des lois de police. A titre de comparaison, en matière de détachement des travailleurs, ceux-ci sont assurés de pouvoir agir dans l'Etat membre de détachement (art. 6), pour y obtenir l'application des règles impératives de la liste établie par la directive 96/71 (art. 6 en combinaison avec l'art. 3).

Cet enjeu-ci est moins celui de bonne administration de la justice ou de lutte contre le déni de justice international, que l'alignement du critère de compétence avec le critère d'application des règles impératives du droit européen.

Pour autant, selon la majorité des membres, un tel *forum legis* ne saurait se substituer aux règles II (1) et II (2) de la proposition en examen. L'établissement d'une règle portant une extension de compétence des juridictions des Etats membres à l'égard d'un codéfendeur permet de couvrir les cas de chaînes de valeur les plus fréquents, tandis que le lien ténu conditionnant le for de nécessité se justifie, par la nature subsidiaire de ce for d'une part, et par l'importance de l'enjeu en termes de droits fondamentaux. Au demeurant, ces fors sont aussi destinés à couvrir des demandes civiles et affectent à cet égard le champ d'application du règlement Bruxelles *Ibis*. Or, l'Instrument a une vocation de protection au-delà des règles de droit public, puisqu'il semble imposer certaines obligations de droit privé, telles que l'obligation de diligence ou de *duty of care*.

Plusieurs membres soulignent la sensibilité du sujet et sa dimension éminemment politique. Toute proposition élaborée en la matière devrait donc prendre en compte le coût financier et politique de l'extension extraterritoriale des valeurs et standards européens. Ce coût serait ressenti par les entreprises privées européennes ou exerçant des activités dans le marché intérieur, ainsi que par l'Union dans ses relations internationales. Un membre souligne qu'il faudra donc tempérer la volonté de protection en limitant l'extension aux situations partageant un lien avec l'Union ou son marché intérieur. En ce sens, accepter un lien plus ténu, tel le domicile du plaignant, serait tenable si le défendeur, société-mère de la chaîne de valeur ou filiale, est domicilié sur le territoire européen.

Cet aspect politique serait reflété, selon un membre, par le refus des rédacteurs du règlement Bruxelles *Ibis* d'inclure un for de nécessité dans la refonte. Pour d'autres, l'hostilité vécue au moment de la refonte ne serait plus d'actualité vu son insertion dans d'autres règlements, surtout dans le cadre d'un instrument spécial touchant aux droits humains et de l'environnement.

Un autre argument à l'encontre de l'adoption d'un *forum legis*, alignant compétence et champ d'application territorial des règles impératives, serait la complexité qui en résulterait, rendant l'Instrument difficile à manier. De plus, il est encore incertain si l'Instrument constituera bien une loi de police. En effet, le texte du Parlement européen contient plutôt des règles vagues dans lesquelles des obligations de moyens et des obligations sectorielles, plutôt que des règles impératives, trouvent leur place.

Au terme du débat, il est décidé de retenir la version de base soumise par le sous-groupe, tout en réorganisant le texte de manière à éviter une répétition relative à l'absence d'affectation du règlement Bruxelles *Ibis*. Une telle mention, soulignant la nature complémentaire de la règle II, serait portée en tête de la disposition, et le terme « *also / aussi* » y serait ajouté aux fins d'explicitation.

C. Règle IV : Loi applicable aux obligations non contractuelles découlant d'un dommage causé par la violation des obligations de vigilance

Le sous-groupe propose d'inclure une règle sur la loi applicable à la réparation de dommages causés par la violation d'une obligation de diligence, comme suit :

The law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage as a result of non-compliance by [undertakings] of in respect of due diligence obligations under [in matters falling within the scope of] this Instrument is the law determined by virtue of Article 4, paragraph 1 of the Rome II Regulation, unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.

The due diligence obligations established by the Instrument are not to be considered as rules of safety and conduct under Article 17 of the Rome II Regulation.

Le rapporteur admet que la meilleure solution aurait été de modifier l'article 7 du règlement Rome II, en l'étendant aux préjudices environnementaux et aux violations des droits humains et de *due diligence* en matière de bonne gouvernance. À défaut d'une refonte de ce règlement, l'Instrument devrait en traiter, malgré les incertitudes entourant la portée précise du texte du Parlement européen sur les aspects de responsabilité civile. A tout le moins, pour certains membres, la disposition en examen devrait pouvoir couvrir utilement toute demande en responsabilité civile, y compris dans ses aspects liés à la RSE mais non inclus dans l'Instrument futur.

Malgré la réticence de certains à inclure une règle de conflit de lois sur une matière que ne couvrirait pas l'Instrument, il apparaît au Groupe que la règle en examen devrait, comme le fait l'article 7 précité, offrir à la victime un choix entre la loi de l'événement causal et la loi de survenance du dommage.

Au terme du débat, il est décidé de retenir un dispositif offrant un choix à la victime, analogue à celui prévalant dans le cadre du règlement Rome II. Sous un angle terminologique, il est suggéré d'éviter l'expression « *person seeking compensation* », par comparaison avec et l'expression « *person suffering the damage* », pour y substituer le terme neutre de « *plaintiff / demandeur* ».

Quant au paragraphe 2, alors que plusieurs membres en demandent la suppression afin d'éviter son invocation pour fonder une exonération de responsabilité, le texte précisera que l'article 17 du règlement Rome II ne suffit pas à permettre une telle exonération.

D. Proposition finale

Le Groupe s'accorde sur un document reprenant en substance la proposition I du document de travail du sous-groupe, tel qu'amendé au cours du débat. Le texte sera précédé d'une mise en contexte et suivi d'un bref commentaire. Le texte et le commentaire seront rédigés en anglais et en français. Le dossier reprendra également l'exposé du contexte législatif présenté dans le document de travail, amendé en fonction des conclusions de la présente réunion, ceci en anglais seulement.

Le document adopté se présente comme suit :

I. Champ d'application

Les dispositions du présent instrument s'appliquent aux [entreprises] établies dans l'Union européenne et à celles établies dans un État tiers lorsqu'elles opèrent sur le marché intérieur par la vente de biens ou la fourniture de services.

II. Compétence

Sans préjudice de l'application des dispositions du règlement Bruxelles I refondu, une personne non domiciliée dans un État membre peut aussi être atraite en réparation ou pour toute autre demande dans les matières relevant du champ d'application du présent instrument :

1. Connexité

s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un deux, à condition que les demandes soient liées entre elles de telle sorte qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps ;

2. Forum necessitatis

lorsqu'aucune juridiction n'est compétente au sein de l'Union européenne, et si une procédure est impossible ou ne peut raisonnablement être introduite ou conduite en dehors de l'Union européenne, devant les juridictions d'un État membre avec lequel l'affaire a un lien.

III. Application impérative

« Les États membres veillent à ce que] les dispositions contenues dans le présent instrument s'appliquent quelle que soit la loi applicable aux sociétés, aux obligations contractuelles et aux obligations non contractuelles.

IV. Loi applicable aux obligations non contractuelles découlant d'un dommage causé par la violation des obligations de vigilance

1. Règle principale

La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant d'un dommage causé par la violation d'obligations relevant du champ d'application du présent instrument est celle qui résulte de l'application de l'article 4, paragraphe 1, du règlement Rome II, à moins que le demandeur n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit.

2. Article 17 Rome II

L'article 17 du règlement Rome 2 ne peut être invoqué par le défendeur pour s'exonérer de sa responsabilité ou la limiter.

*

I. Scope of application

The provisions of this Instrument shall apply to [undertakings] established in the European Union and those established in a third State when operating in the internal market selling goods or providing services.

II. Jurisdiction

Without prejudice to the application of the provisions of the Brussels I Recast Regulation, a person not domiciled in a Member State may in matters falling within the scope of this Instrument also be sued for compensation or other remedies:

1. Connected claims

where (s)he is one of a number of defendants, in the courts for the place where anyone of them is domiciled, provided the claims are connected such that it is expedient to hear and determine them together;

2. Forum necessitatis

where no jurisdiction is available within the European Union, and if proceedings outside the European Union are impossible or cannot reasonably be required to be brought, in the courts of a Member State with which the case has a link.

III. Overriding mandatory effect of the Instrument's provisions

Member States shall ensure that] provisions contained in this Instrument shall apply irrespective of the law otherwise applicable to companies, to contractual obligations and to non-contractual obligations.

IV. Law applicable to non-contractual obligations arising out of damage resulting from non-compliance with due diligence obligations

1. Main rule

The law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage as a result of non-compliance in respect of matters falling within the scope of this Instrument is the law determined by virtue of Article 4, paragraph 1 of the Rome II Regulation, unless the plaintiff chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.

2. Article 17 Rome II no excuse

Article 17 of the Rome 2 Regulation cannot be invoked by the defendant to exonerate or limit his liability.

III. CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN : LES LOIS DE POLICE ET LA RECONNAISSANCE DU STATUT DE LA PERSONNE

F. Jault-Seske fait état de l'avancement du travail du sous-groupe. Lors de la réunion précédente, une liste avait été communiquée des principes généraux du droit de l'Union pouvant avoir une incidence sur le droit international privé et des notions de droit international privé de nature à constituer la partie générale d'un code européen. Plutôt que de rédiger d'emblée un ensemble de dispositions, le sous-groupe a préféré procéder par étapes, en retenant deux thèmes portant sur les lois de police et la méthode de la reconnaissance des situations. Le premier est une notion classique du droit des conflits de lois – revue en lien avec le droit de l'Union –, à la différence du second, lié à la problématique européenne des droits et libertés fondamentales.

De ces deux sujets, celui des lois de police est le plus abouti et se prête déjà à une discussion au sein du Groupe. La reconnaissance n'a été abordée qu'en second lieu et le document présenté se limite à évoquer des hypothèses de travail. Dans l'un et l'autre cas, la méthode choisie consiste à établir des lignes directrices, indiquant des orientations et non pas encore à proposer des textes sous un format législatif. Les membres se rallient à cette approche.

A. Sur la codification d'une notion européenne des lois de police

P. Kinsch et C. Kohler présentent l'objectif poursuivi par les lignes directrices (voy. l'annexe III). Tout en tenant compte des dispositions existantes dans plusieurs règlements européens, il a été décidé d'explicitier des éléments théoriques sans suivre nécessairement la politique suivie par le législateur européen. A cet égard, la proposition s'en écarte sur deux points essentiels, et pourrait alimenter utilement les rapports attendus sur l'application des règlements Rome I et Rome II.

Le premier point concerne la place des lois de police étrangères dans le règlement Rome II. Pour parvenir à un accord entre les Etats membres, les auteurs du règlement ont exclu toute application dérogatoire de la loi de police étrangère. Or, cette solution semble, pour le sous-groupe, insatisfaisante scientifiquement. Dès lors que le litige est porté devant les juridictions d'un État

membre, le règlement Rome II, en omettant toute disposition propre aux lois de police étrangères, en exclut l'application à moins qu'elles ne fassent partie de la *lex causae*. Cette position limite l'effectivité de l'objectif poursuivi par le législateur étranger.

En second lieu, le sous-groupe s'écarte de la solution retenue par le règlement Rome I, tout en favorisant une position plus proche de celle de la Convention de Rome. Dans les deux instruments, la loi de police étrangère est certes prise en considération. Cependant, si le for peut lui donner effet sous certaines conditions, celles-ci divergent d'un instrument à l'autre. D'une part, l'article 7 de la Convention subordonne cet effet à l'existence d'un « *lien étroit* » apprécié selon la « *nature et [l'] objet* » des dispositions, et en tenant compte « *des conséquences qui découleraient de leur application* ». D'autre part, l'article 9 (3) du règlement ne permet de donner effet aux lois de police étrangères qu'à condition qu'elles soient celles « *du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale* ».

Cette restriction des effets donnés aux lois de police étrangères était le fruit de pressions exercées notamment par la délégation britannique. Pour un membre, cette position de nature politique n'est pas nécessairement dépourvue de toute valeur scientifique. En effet, les règlements Rome I et Rome II peuvent diverger en matière de lois de police, vu la nature des obligations en cause. Pour autant, les spécificités d'une matière ne suffisent pas à exclure une disposition de portée générale, celle-ci ne portant pas préjudice à l'application de règles spéciales dans différents domaines.

Le débat porte principalement sur la qualification d'une loi de police et sur les lois de police étrangères.

La disposition relative aux lois de police du for ne suscite pas d'observations de fond. Elle se lit comme suit :

II. Lois de police de l'État du for

Les lois de police de l'État du juge saisi s'appliquent conformément aux normes d'applicabilité qu'elles contiennent expressément ou implicitement.

Le terme « implicitement » fait référence à l'hypothèse de silence ou ambiguïté du législateur de l'ordre juridique du for. Le pouvoir du juge dans cette hypothèse, rappelle un membre, relève de la mission constitutionnelle d'un juge.

Un membre souligne que la référence à la notion de « *normes d'applicabilité* » risque d'être obscure pour les non-spécialistes. Il propose de la remplacer par une référence à la notion de « *champ d'application* ». Ce point sera examiné par le sous-groupe.

1. Sur la qualification des lois de police

Le point I sur la définition des lois de police se lit comme suit :

I. Définition et finalités

1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un État pour la sauvegarde de ses intérêts publics au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application et présentant un lien étroit avec cet État, quelle que soit par ailleurs la loi applicable à la situation en question. La protection d'une partie à la relation

concernée peut relever des intérêts publics au sens de la définition qui précède. Les règles issues d'actes du droit de l'Union peuvent également relever de ladite définition pour les situations présentant un lien étroit avec l'Union.

2. Le respect des lois de police correspond à un mécanisme de portée générale. Sa mise en œuvre n'est pas limitée à un domaine particulier. Elle doit cependant être conforme aux libertés de circulation européennes, lorsque celles-ci s'appliquent.

La proposition s'en remet donc au législateur national auteur de la disposition impérative pour la qualifier ainsi et pour en déterminer le contenu. De plus, en réponse au débat comparant la terminologie de la Convention de Rome et du règlement Rome I, le sous-groupe propose une définition inspirée de l'article 9 (1) du règlement, mais enrichie de la condition d'un lien étroit figurant dans la Convention.

Le Groupe s'interroge ensuite sur les modalités de contrôle envisageables, afin d'éviter des qualifications abusives de lois de police. Un membre soulève que ce contrôle peut s'effectuer au niveau de la qualification ou de l'application. Le contrôle au niveau de la qualification se fait à l'aide des conditions incluses dans la définition, à savoir la condition de « *sauvegarde [des] intérêts publics* » de l'État auteur de la règle. Celle-ci serait vérifiée par la Cour de justice, comme elle a déjà pu le faire (voy. les notes explicatives de la proposition du sous-groupe, annexe III). En revanche, le contrôle de l'application sera fait par le juge saisi en appréciant les conditions formulées, respectivement, par le point II pour une loi du for – telle la vérification de la volonté d'application de cette loi – et par le point III pour une loi de police étrangère – en particulier l'appréciation de « valeurs communes » au sens du § 4 – (voy. l'examen de ces points *infra*).

Selon le Groupe, la marge d'appréciation du for diverge selon qu'est en cause une loi du for ou une loi étrangère. Elle est large à propos de cette dernière alors que le juge est tenu par la position du législateur pour les lois de police de son propre ordre juridique. En cas de silence ou d'ambiguïté législative, le for devra interpréter le texte afin d'en déduire la volonté du législateur, mais il reste, au moins en principe, lié par cette dernière, aussi fictive soit-elle. Cette distinction est claire dans la proposition, en combinant la lecture de l'article précité relatif aux lois de police étrangères et celle de l'article II sur les lois de police du for. Pour autant, comme le relève un membre, lorsque la loi de police étrangère appartient à la *lex causae*, elle doit être traitée comme toute autre disposition du droit étranger applicable puisque, à la différence d'autres lois de police, elle ne déroge pas à la règle de rattachement du for.

La question s'est ensuite posée de la possibilité de qualifier de lois de police les règles protégeant les parties faibles. Le débat met en exergue les différences entre la position des juges allemands et autrichiens, d'une part, et celle des juges français ou belges, telle qu'elle apparaît dans l'arrêt *Unamar*⁸, d'autre part. Il permet de rapprocher les deux positions, tout en retenant que celle des juridictions allemandes et autrichiennes est la plus restrictive. Le sous-groupe avait pris en compte cette différence dans la deuxième note explicative de ses lignes directrices (voy. l'annexe III).

⁸ CJUE, 17 octobre 2013, C-184/12, *Unamar*. Il résulte de l'arrêt rendu par la Cour de cassation de Belgique suite à la réponse de la Cour de justice que la loi belge relative à la protection de l'agent commercial en cas de rupture unilatérale du contrat constituait bien une loi de police applicable en l'espèce (Cass., 12 septembre 2014, *Pasicrisie*, 2014, p. 1845).

Pour concilier ces différences, il est proposé de préciser que les règles prévoyant la protection d'une partie faible *peuvent* être qualifiées de lois de police à condition qu'elles s'avèrent cruciales au regard de l'intérêt de l'État dont elles émanent. Le Groupe est soucieux de trouver une définition suffisamment large, permettant la protection de parties faibles non couvertes par des règles spéciales, tels les agents commerciaux, tout en évitant une définition extensive au point d'en ôter toute utilité. Lorsqu'en revanche une règle de rattachement a pour objectif la protection d'une partie faible, comme c'est le cas du consommateur et du travailleur dans le règlement Rome I, cette règle prévaut en tant que règle spéciale sur la règle générale sur les lois de police.

La deuxième phrase du § 1 du point I se lit alors comme suit :

La protection d'une partie à la relation concernée peut relever des intérêts publics au sens de la définition qui précède.

De plus, afin de limiter les risques d'abus par le législateur national dans la détermination du champ d'application de ses lois de police, la proposition contient une condition ne figurant pas dans le règlement Rome I. Il s'agit de la condition d'« *un lien étroit avec* » l'État auteur de la loi de police, que cet État soit étranger ou l'État du for : la seule volonté d'application d'une loi du for ne suffit donc pas. Cette proposition fait débat. Pour certains membres, la compétence du for suffit, en elle-même, à exprimer un lien justifiant qu'il applique ses lois de police sans exiger qu'il soit « étroit ». Pour d'autres cependant, il en va autrement lorsque la compétence est basée sur une clause attributive de juridiction. Dans cette hypothèse, aucun lien factuel ne lie le juge et le litige. Pour d'autres encore, la condition de nécessité pour la sauvegarde des intérêts de l'État contient, implicitement mais nécessairement, une condition de lien entre les faits et le juge.

La proposition du sous-groupe prend en compte les éléments de ce débat. La neuvième note explicative des lignes directrices distingue compétence internationale et qualification de loi de police. De plus, à propos des lois étrangères, l'article III (2) dissocie règles de compétence judiciaire et effets des lois de police.

Le Groupe s'entend donc pour retenir l'exigence d'un lien également pour une loi du for.

Par ailleurs, comme le suggère le § 2 du point I, la disposition sur les lois de police s'applique, par sa nature générale, à toute matière sans exclusion, ce qui n'empêche pas toute règle spéciale, comme dans le règlement sur les successions. A tout le moins, une exclusion dans les matières régies par le principe d'autonomie de la volonté serait inappropriée, dès lors que, précisément, c'est dans ces matières que la notion de lois de police a émergé.

La référence du § 2 à la conformité aux libertés de circulation « lorsque celles-ci s'appliquent » mériterait une formulation plus précise. Il s'agit d'une condition d'évidence, ce qui n'empêche pas de l'explicitier plutôt dans une note.

2. Sur les lois de police étrangères

La disposition générale proposée vise à permettre de donner effet à des lois de police étrangères dans l'ensemble de la matière civile, sans préjudice de règles spéciales propres à certains domaines.

Le texte du point III se lit comme suit :

1. L'application ou la prise en considération de lois de police étrangères sont possibles dans les cas suivants. Sauf exception spécialement mentionnée ci-après, ces hypothèses d'application

ou de prise en considération sont indépendantes de l'appartenance ou de la non-appartenance à l'Union européenne de l'Etat dont émane la loi de police.

2. L'effet des lois de police devrait en principe être indépendant des règles de compétence judiciaire. Il peut y avoir lieu de donner effet aux lois de police étrangères notamment dans l'hypothèse où les juridictions de l'Etat dont émane la loi de police sont également compétentes ou le seraient en l'absence d'une convention des parties ayant fondé la compétence du juge saisi, en particulier lorsque ces juridictions sont celles d'un autre Etat membre.

3. Sous réserve de l'ordre public du for, le fait qu'une disposition de la lex causae revêt les caractéristiques d'une loi de police n'est pas une raison d'en refuser l'application ou de ne l'appliquer que dans des conditions moins favorables que les autres dispositions de la lex causae.

4. L'application dérogatoire, dans l'Etat du for, d'une loi de police étrangère ne faisant pas partie de la lex causae est possible lorsque le tribunal saisi décide qu'elle correspond aux nécessités de la coopération de l'Etat du for avec l'Etat dont émane la loi de police au vu des objectifs poursuivis par celle-ci, notamment lorsque ces objectifs sont communs aux deux Etats ou mettent en œuvre des valeurs communes.

Entre Etats membres de l'Union, ceci pourra être le cas en particulier conformément au principe de coopération loyale en vertu de l'article 4(3) TUE.

Pour décider si effet doit ainsi être donné à une loi de police émanant d'un Etat autre que l'Etat du for, il sera tenu compte des conséquences qui découleraient de son application ou de sa non-application.

5. Ce qui précède est sans préjudice de la prise en considération d'une loi de police étrangère comme élément d'appréciation lors de l'application d'une règle du droit matériel applicable.

Deux points appellent l'attention, en raison de leur caractère novateur.

Le paragraphe 2 incite à tenir compte de l'hypothèse où les juridictions de l'Etat dont émane la loi étrangère auraient pu être saisies du litige en fonction de leurs propres règles de compétence, alignées sur le champ d'application dévolu à la loi de police en cause par le législateur étranger. A cet égard, la note explicative du document de travail précise que :

« La compétence judiciaire est normalement fondée sur les liens qui existent entre les parties ou l'objet du litige et l'Etat du for et ne tient pas compte de l'applicabilité d'une loi de police de cet Etat. Il peut en aller autrement lorsque le législateur, national ou européen, accompagne la norme d'applicabilité d'une loi de police d'une règle spéciale de compétence, comme c'est le cas de l'article 6 de la directive 96/71 qui prévoit la compétence des juridictions de l'Etat d'accueil du travailleur détaché pour faire valoir le droit aux conditions de travail et d'emploi garanties à l'article 3 de la directive. »

Le paragraphe 4 pose des conditions propres à l'effet d'une loi de police étrangère, sans préjudice du dispositif général du point I. L'objectif est d'amener le juge saisi à fonder son appréciation en fonction d'une communauté de valeurs entre les Etats en cause. En particulier, la référence de l'alinéa 2 au principe de coopération loyale au sens de l'article 4 TUE incite le juge à raisonner dans le contexte

d'un principe de solidarité entre Etats membres de l'Union européenne, qui émerge peu à peu dans la jurisprudence de la Cour de justice (voy. les références de la note 11 du document de travail).

Comme le relève un membre au cours du débat, le paragraphe 2 pose une condition relative à l'identification d'un juge étranger approprié, là où le paragraphe 4 établit pour indice l'existence de valeurs communes. Cet indice peut jouer en faveur de la loi étrangère, mais aussi et surtout en sa défaveur, chaque fois que le juge saisi entendra de manière trop rigide la notion de communauté de valeurs. En revanche, cet indice, conforté par l'alinéa 2, est destiné à favoriser la prise en considération d'une loi de police d'un Etat membre.

Des remarques de plusieurs membres concernent le lien entre la compétence internationale et l'application d'une loi de police étrangère provenant notamment d'un autre Etat membre. Il est alors demandé au sous-groupe d'approfondir la réflexion.

Il conviendrait encore de compléter le texte par certaines précisions. Ainsi, les termes « application » et « prise en considération » sont distingués mais pourraient être clarifiés dans la notice explicative. Ou encore, dans le paragraphe 2, *in fine*, la condition « lorsque ces juridictions sont celles d'un autre Etat membre » mériterait d'être explicitée, en lien avec l'incidence du principe de coopération loyale : dans ce cas, est-il pertinent de soumettre l'application de la loi de police étrangère au test du for approprié ?

Par ailleurs, le sous-groupe pourrait compléter les lignes directrices en explicitant le traitement d'une loi de police découlant de la transposition d'une directive européenne. Par ailleurs, le texte actuel ne contient aucune disposition concernant le cas de conflit entre lois de police. L'opportunité d'un dispositif devrait être examinée, malgré les hésitations de certains membres. A défaut, il faudrait s'assurer qu'il ressorte implicitement mais nécessairement des autres dispositions, suivant l'exemple de l'article 7 (2) de la Convention de Rome, que la loi du for l'emporte. Il reste aussi à évoquer le conflit entre plusieurs lois de police étrangères.

Au terme du débat, un consensus est trouvé pour les deux premiers articles de la proposition. Le sous-groupe s'engage à affiner la proposition en fonction de la discussion et à soumettre un nouveau document en vue de la prochaine réunion du Groupe.

B. Sur la codification d'une notion de reconnaissance du statut d'une personne [physique] constitué à l'étranger

A la différence du point portant sur les lois de police, le document relatif à la reconnaissance des situations étrangères ne se présente pas encore sous une forme susceptible de faire l'objet d'une discussion détaillée, dans les limites du temps disponible pour le sous-groupe autant que pour le Groupe (voy. l'annexe IV). M. Fallon ouvre une discussion générale, portant principalement sur la problématique du domaine dans lequel la méthode de la reconnaissance doit intervenir, question encore en discussion au sein du sous-groupe.

Quant au régime de reconnaissance envisagé, sans qu'il soit encore question d'en débattre, le défi consiste à concevoir un régime qui – à moins de consacrer simplement une reconnaissance inconditionnelle sous la réserve de l'ordre public – identifierait les conditions de la reconnaissance avec précision en vue d'une mise en œuvre par les autorités nationales. A cet égard, le document de travail présente une approche similaire à celle retenue en matière de reconnaissance des jugements, à savoir un principe de reconnaissance de plein droit, tempéré par une liste de motifs de refus.

La détermination du domaine de la reconnaissance dans un contexte européen soulève deux questions, à savoir d'abord s'il faut raisonner uniquement dans le domaine d'application du droit de l'Union plutôt qu'en termes universalistes, ensuite comment identifier l'objet de la reconnaissance, à savoir une « situation » au sens entendu généralement par la doctrine ou plus spécifiquement le « statut » d'une personne, physique ou également morale.

1. Sur le champ du raisonnement :

L'objectif initial du sous-groupe était de centrer l'analyse sur l'incidence du droit positif de l'Union, à savoir du principe de reconnaissance mutuelle, dans ses implications déjà dégagées par la Cour de justice, notamment en matière de nom (arrêt *Grunkin & Paul*) et de mariage (arrêt *Coman*), tout en sachant que, de son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a également déduit un principe de reconnaissance de la vie familiale effective constituée à l'étranger, notamment en matière de filiation (arrêts *Wagner* et *Menesson*). Les discussions au sein du sous-groupe ont exprimé une préférence pour un dépassement du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union. A cet égard, le document de travail prend pour point de départ le droit de l'Union (point II.1.1), tout en montrant la proximité, en termes de raisonnement, avec l'approche doctrinale de la méthode de reconnaissance des situations en droit international privé (point II.1.2 et 3), et en indiquant que l'enjeu de l'une ou l'autre approche porte sur le domaine d'application dans l'espace d'un régime de reconnaissance que pourrait contenir un code de l'Union : doit-il se limiter ou non à un statut acquis dans un Etat membre et, dans la négative, faut-il exiger que les circonstances de l'espèce relèvent d'une liberté de circulation, par hypothèse du travailleur ou du citoyen (point II.1.4).

La question revient à demander si, dans le contexte d'une codification européenne, le raisonnement devrait se baser sur une méthode relevant d'un principe général de droit international privé, à savoir le traitement de situations nées à l'étranger, que ce soit ou non dans un Etat membre de l'Union. Concrètement, faut-il étendre le raisonnement de la Cour de justice dans l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*⁹ à toute situation internationale ? Et faut-il adopter un régime libéral, excluant comme motif de refus l'exception d'ordre public comme l'entend le Parlement européen dans sa résolution du 14 septembre 2021 sur les droits de personnes LGBTIQ dans l'Union européenne (2021/2679/RSP) ?

La nature universelle des droits fondamentaux garantis par la CEDH plaide pour une approche extensive : selon la Cour européenne des droits de l'homme, le bénéficiaire de l'article 8 peut être invoqué même si la vie familiale s'est constituée dans un pays tiers (arrêts *Wagner*, *Negrepontis*, *Henry Kismoun*...). Certes, la CEDH est un instrument régional, mais les valeurs qu'elle vise à garantir concernent la nature même de l'humain. Adopter cette position plus large permettrait d'aligner la théorie de la reconnaissance en droit international privé sur l'état du droit positif en matière des droits de l'homme. Le Groupe a pris bonne note en ce sens de la résolution récente de l'Institut de droit international, qui raisonne sur le sujet à un niveau mondial.

Un consensus se dégage en faveur d'une approche extensive. D'ici à la prochaine réunion toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne devrait s'être prononcée sur deux affaires en cours, relatives à la reconnaissance dans un Etat membre d'un lien de filiation constitué dans un autre Etat membre

⁹ CEDH, 2 juin 2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolffersdorff*

suite à une gestation pour autrui¹⁰. Dans ses conclusions rendues dans une des affaires, l'avocate générale¹¹ invite la Cour à se prononcer clairement sur les limites du principe de reconnaissance qui découlent du respect de l'identité nationale. Le sous-groupe pourra faire le point sur l'enseignement des arrêts éventuellement prononcés lors de la prochaine réunion.

2. Sur l'identification de l'objet de la reconnaissance :

La deuxième question vise à déterminer précisément l'objet de la reconnaissance. Elle soulève une double interrogation. Sous l'angle terminologique, faut-il se référer au concept de « situation » comme le fait une partie de la doctrine, ou s'en tenir à celui de « statut », ou plus généralement, de « rapport / relation juridique ». La notion de « situation », qui permet certes de saisir une problématique, est-elle suffisamment opérationnelle pour être invocable devant une juridiction ?

Il est convenu que le sous-groupe s'attache dans un premier temps à la notion de « statut ».

Reste alors la question de savoir si le domaine doit être étendu au statut d'une personne morale. En droit de l'Union en effet, la constitution d'une personne morale jouit d'un régime de reconnaissance analogue à celui dont peut bénéficier une personne physique. Depuis l'arrêt *Centros*¹², la Cour indique la nécessité de prendre en compte les droits acquis dans l'Etat membre de constitution lorsqu'ils sont invoqués dans un autre Etat membre sans que celui-ci puisse opposer l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for. Ainsi, en droit de l'UE, le principe de reconnaissance d'un statut couvre à la fois les personnes physiques et les personnes morales, même si le régime de la reconnaissance peut varier.

Au stade actuel des travaux, la plupart des membres marquent une préférence pour l'inclusion des personnes morales. Il est rappelé que la jurisprudence relative aux personnes morales ne concerne que les sociétés « ressortissantes » d'un Etat membre au sens de l'article 54 TFUE, de sorte que la préférence de principe du Groupe pour traiter aussi de statuts acquis dans un pays tiers pourrait s'avérer problématique dans la mesure où elle contraindrait tout Etat membre d'accepter un régime statutaire conforme au droit de tout pays tiers. Cette approche reviendrait pratiquement à limiter l'application de la règle de conflit du for aux seules situations constituées dans l'Etat du for, comme le fait par exemple le législateur néerlandais.

Il est demandé au sous-groupe de poursuivre ses travaux en tenant compte d'une préférence de principe en faveur d'une extension aux statuts constitués dans un pays tiers, tout en présentant les implications de cette extension sur les personnes morales.

Les orientations suivantes se sont dégagées de la réunion :

(1) une limitation à la seule incidence du droit primaire de l'Union n'est pas appropriée, ne fût-ce que parce qu'en droit positif, l'incidence de la CEDH doit également être prise en considération ;

(2) sous réserve de la méthode de travail que le sous-groupe veut adopter, et qui peut le cas échéant l'amener à examiner d'abord la situation des personnes physiques (état civil), les principes généraux devraient englober aussi le cas des personnes morales, qui a donné lieu à une jurisprudence

¹⁰ Aff. C-490/20, *VMA c. Stoliczna obshtina, rayon « Pancharevo »* (Commune de Sofia, arrondissement de Pancharevo, Bulgarie) ; aff. C-2/21, *Rzecznik Parw Obywatelskich*.

¹¹ Aff. C-490/20, *Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott*, 15 avril 2021. Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CC0490&from=fr#Footnote1>

¹² CJCE, 9 mars 1999, C-212/97, *Centros c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

considérable de la Cour de justice ; et comme véritables principes généraux, leur champ d'application pourrait par ailleurs aller encore au-delà de l'état civil des personnes physiques et de la reconnaissance des personnes morales ;

(3) le sous-groupe est invité à réfléchir et à rapporter sur les aspects d'opportunité de l'extension, en droit international privé européen, de la méthode de la reconnaissance au-delà des cas dans lesquels son adoption est imposée par des normes hiérarchiquement supérieures au droit international privé.

IV. ACTUALITES DU DROIT DE L'UNION

Outre les travaux en cours des institutions, l'intérêt du Groupe s'est porté sur la problématique de l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Lugano après le retrait de l'Union.

A. L'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Lugano

C. Kohler présente l'état des débats relatifs à l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Lugano, à la lumière des négociations du *Brexit* (voy. l'annexe V). La Commission, dans une communication du 4 mai 2021, exprimait son opposition à l'adhésion de cet Etat, désormais non-membre de l'Union et « *sans lien particulier avec le marché intérieur* ». Cette prise de position mérite un examen sous l'angle des motifs de ce refus (1) autant que de la compétence de la Commission au regard du droit institutionnel (2).

1. Evaluation des motifs du refus exprimé par la Commission

La Commission arguait que la nature de la convention dictait une condition de relations économiques entre l'Union, les États de l'Espace économique européen (EEE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE). Or, ni le libellé ni l'objectif ni l'histoire de la Convention ne justifient cette allégation, qui en ferait un instrument fermé.

Selon l'article 70 de la Convention, l'adhésion est ouverte aux États qui deviendraient membre de l'EEE ou de l'AELE, ainsi que « *tout autre État* » qui remplirait les conditions énoncées à l'article 72, portant sur la transmission de certaines informations et déclarations. Un membre souligne que, lors de la rédaction, il avait même été proposé d'ouvrir l'adhésion à des États tiers aussi lointains que le Japon et l'Australie. En effet, la Convention de Lugano est le résultat d'une volonté d'extension de la Convention de Bruxelles de 1968 au-delà de la Communauté européenne. L'objectif de cette extension était de faciliter les relations transfrontières et de favoriser les relations économiques entre États qui n'avaient pas encore tissé les liens de ce qui deviendrait le *marché intérieur* actuel. La version de 2007 prend une position identique, son préambule ne mentionnant pas l'EEE.

Ces constatations ne nient pas l'importance des liens économiques existants entre l'UE et les États de l'AELE. Ces liens étaient bien un des motifs de la conclusion de la Convention, mais ne constituaient pas une condition préalable à son adhésion. De plus, la sortie du Royaume-Uni de l'UE et de l'EEE ne met pas fin aux liens économiques entre cet État et l'UE. L'accord de commerce et de coopération, appliqué depuis le 1^{er} janvier 2021, en est la preuve. Selon la déclaration de la Commission à son sujet, ce traité réorganise les relations économiques entre ses parties et « *va au-delà des accords de libre-*

échange traditionnels et constitue une base solide pour préserver notre amitié et notre coopération de longue date »¹³.

L'argument fondé sur la nature de la Convention de Lugano n'est donc pas justifié. Derrière cet artifice, selon le rapporteur, se cacheraient des blessures politiques. Ainsi, les relations économiques prétendument insuffisantes entre l'UE et le Royaume-Uni ne seraient qu'un prétexte pour dissimuler le fait que le rejet de la demande d'adhésion est une réaction politique. Les membres ajoutent d'autres éléments d'interprétation en ce sens. Alors que certains suggèrent qu'au-delà d'un règlement de comptes, cela puisse être la traduction d'une volonté préventive de l'UE d'éviter le retrait d'autres États membres, une troisième hypothèse considère que la Commission fortifiée, par ce refus, sa position dans l'optique des négociations futures, en lien avec le statut de l'Irlande du Nord. Selon une autre suggestion, il s'agit d'une crise de confiance entre l'UE et le Royaume-Uni, conséquence du *Brexit*, en particulier au vu des réticences affichées plus généralement par le gouvernement britannique à l'encontre du rôle de la Cour de justice pour l'interprétation du droit de l'Union, dont fait partie la Convention de Lugano de 2007 du fait de sa ratification par l'Union. Enfin, le refus de la Commission pourrait être motivé par la volonté d'attirer davantage les capitaux vers des villes européennes et d'affaiblir d'autant la place de Londres, comme le suggère le compte rendu des questions du Parlement français du 11 février 2021¹⁴. De même, une exclusion des décisions judiciaires britanniques de l'espace européen de liberté de circulation des jugements réduirait l'attrait de ce for pour le contentieux commercial international.

Sous l'angle d'un examen d'opportunité pourtant, il apparaît au rapporteur comme aux membres que la sortie du Royaume-Uni du cadre européen et, de ce fait du système de Lugano qu'elle a partagé pendant près d'un demi-siècle avec les autres États membres, n'influence ni la réalité économique ni la nécessité d'un cadre uniforme pour la protection juridique transfrontalière ni la nécessité de sécurité juridique. De fait, en témoigne la circonstance qu'en matière de conflits de lois, le Royaume-Uni pourra continuer d'appliquer *de facto* le contenu des règlements Rome I et II. Or, la sortie du Royaume-Uni de la Convention de Lugano n'est qu'un effet collatéral de son retrait de l'UE. Il était inévitable puisque le Royaume-Uni n'est lié à la Convention de 2007 qu'en tant qu'État membre de l'Union. Mais aucun autre instrument actuel ne satisfait ces besoins. Les Conventions de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for et de 2019 sur la reconnaissance des jugements n'offrent pas un cadre comparable à la Convention de Lugano. Selon un membre, le gouvernement britannique en était conscient, préférant maintenir sa place dans le système de Bruxelles par la conclusion d'un accord bilatéral – qui lui fut refusé –, et retenant par défaut la formule de l'adhésion au système de Lugano.

¹³ Commission européenne, *Accord de commerce et de coopération entre l'UE et le Royaume-Uni : une relation nouvelle, et de grands changements*. [en ligne], LU, Publications Office, 2020, [consulté le 17 octobre 2021]. <https://data.europa.eu/doi/10.2775/932122>

¹⁴ « Plus généralement, le Brexit est l'occasion de renforcer l'attractivité de la place juridique de Paris et nous sommes très vigilants à cet égard. Le Royaume-Uni souhaite conserver son rayonnement international en cette matière, mais nous disposons d'avantages qu'il faut désormais mettre en exergue. Les Britanniques ont fait part de leur intention d'adhérer à la convention de Lugano sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ; nous y sommes défavorables. La reconnaissance des décisions de justice confère aux pays membres de l'Union européenne un attrait supplémentaire dont nous devons profiter ». Réponse du garde des Sceaux, ministre de la Justice, Éric Dupond-Moretti, consulté le 5 octobre 2021, disponible sur : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion_lois/15cion_lois2021057_compte-rendu

Quand bien même la Commission considérerait que la participation au système de Lugano comme un « *privilège* » auquel le Royaume-Uni n'a plus droit, il faut souligner que ce système repose sur la réciprocité. Il protège les droits et obligations des citoyens et entreprises de toutes les Parties contractantes – autant de l'UE que du Royaume-Uni. Se priver de cette protection réciproque sanctionnerait aussi les citoyens et entreprises européens. De ce point de vue, un refus d'adhésion aurait un effet contre-productif pour l'Union.

De surcroît, en plus des liens économiques, subsiste une communauté de valeurs et de convictions, telle que l'État de droit, la protection des parties faibles et l'importance de l'accès à la justice. Or, en vertu du protocole n° 2 de la Convention de Lugano¹⁵, la Cour de justice de l'Union a une fonction essentielle pour son interprétation. L'adhésion du Royaume-Uni étendrait donc ce pouvoir interprétatif à cet État. Compte tenu de la propagande des partisans du Brexit pour « libérer » le droit britannique de l'influence de la Cour, la volonté d'accepter cette influence post-Brexit pour le domaine des relations juridiques internationales en matière civile devrait rencontrer un intérêt particulier de la part de l'Union. La communication de la Commission n'en fait, cependant, pas mention. L'expérience des trente dernières années souligne que, lors de l'interprétation de la Convention, les États de l'AELE répondent à l'obligation résultant du protocole n° 2, de tenir « *dûment compte* » de la jurisprudence de la Cour relative aux instruments de Bruxelles et donc de la Convention de Lugano.

2. La compétence de la Commission pour notifier le refus de la demande britannique et la procédure suivie

La procédure suivie par la Commission suscite des interrogations d'ordre institutionnel quant à sa compétence. En effet, selon l'article 218 TFUE, seule l'Union est compétente pour consentir à l'adhésion d'un État tiers à une convention multilatérale. Ainsi, le Conseil statue sur la base d'une recommandation/proposition de la Commission et, si l'accord concerne un domaine pour lequel s'applique la procédure législative ordinaire, le Parlement européen doit approuver la conclusion de l'accord.

Cette disposition soulève des interrogations : Quelle est la procédure à suivre si la Commission estime que l'Union ne devrait pas donner son consentement ? Suffit-il dans un tel cas que la Commission reste inactive, c'est-à-dire qu'elle s'abstienne simplement ? Selon le rapporteur, la réponse à ces questions dépend des conséquences de l'inaction. Si ces conséquences consistent en une prise de position formelle de l'Union qui est communiquée à l'extérieur, ce n'est pas la seule Commission mais les instances auxquelles revient la compétence *ratione materiae*, à savoir le PE et le Conseil, qui doivent décider de la prise de position, que ce soit le consentement à la demande d'adhésion ou le refus du consentement. Certes, une proposition de la Commission est de rigueur à cet égard, mais il est exclu que la Commission, si elle ne veut pas présenter une proposition, communique elle-même une prise de position négative au nom de l'Union.

Or, en s'adressant directement au Royaume-Uni, sans attendre les réactions du Conseil et du Parlement, la Commission a outrepassé ses compétences et aurait manqué à son devoir de coopération loyale avec les organes législatifs. Elle aurait dû adresser une proposition de refus au

¹⁵ Protocole n. 2 de la convention de Lugano sur l'interprétation uniforme de la convention, article 1 : « *Les tribunaux de chaque État contractant tiennent dûment compte [...] des principes définis par toute décision pertinente rendue par des tribunaux des autres États contractants concernant des dispositions de la présente convention* ».

Conseil, auquel il appartenait de prendre position. Pour autant, la nature potentiellement *ultra vires* de cette action n'empêche pas celle-ci de produire des effets internationaux. Encore faut-il identifier ces effets. Le rejet par la Commission équivaut-il à un refus par l'Union ? L'article 72, paragraphe 3, de la Convention ne s'oppose pas à ce qu'une partie contractante revienne sur son refus initial, dans un délai acceptable. Dès lors, cela dépendra de la position prise par les instances compétentes de l'Union dans un proche avenir, le cas échéant comme un élément de négociation sur d'autres dossiers en lien avec le retrait du Royaume-Uni de l'Union.

Les débats font apparaître que l'article 72 subordonne l'adhésion d'un État tiers à l'accord unanime de toutes les parties contractantes. Le refus de l'Union, peu importe l'instance à l'origine de ce dernier, n'était donc pas nécessaire pour empêcher l'adhésion du Royaume-Uni. Il aurait suffi que le Conseil et le Parlement restent inactifs. De même, celui-ci pourrait en soi prendre l'initiative d'adresser une proposition à la Commission en vue d'une adhésion, mais force est de constater qu'il s'en est abstenu, exprimant ainsi un souhait de ne pas prendre position.

B. Actualités des travaux de la Commission

Si l'adhésion du Royaume-Uni à la Convention de Lugano est bien dans l'actualité des travaux de la Commission, A. Stein présente d'autres chantiers occupant l'institution. Il en est ainsi de l'adoption en décembre 2020 de législations relatives à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de la signification des actes et de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale¹⁶, et de la proposition avant la fin de cette année d'un instrument sur la digitalisation de la coopération entre cours et autorités européennes¹⁷. S'agissant de la Convention de La Haye de 2019, la Commission s'en tiendra à sa première approche relative aux déclarations, telle que soumise à la discussion du Groupe lors de sa précédente réunion.

Un dossier encore en cours porte sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances¹⁸. Une approche générale (un accord politique) a été conclu entre les États membres en juin après des négociations longues et d'une grande complexité. Le sujet touchant à des questions de marché financier, il est extrêmement difficile de saisir tous ces enjeux et d'aboutir à un compromis. En sus, les élections du Parlement européen ayant eu lieu durant les négociations, un nouveau rapporteur a dû se familiariser avec le dossier. Certains points de tension demeurent, notamment à propos de l'autonomie de la volonté. La date de l'adoption d'un instrument définitif reste incertaine.

L'intervenant souligne qu'il faudra, dans les prochaines années, être attentifs aux propositions futures en matière de respect des droits humains et de la responsabilité sociale des entreprises (RSE /CSR), sujet hautement politique. Un instrument est en cours de préparation, mais sa forme et son contenu ne sont pas encore déterminés. Il semble plus probable que l'instrument prenne la forme d'une directive mais il est encore incertain s'il contiendra des règles sur la responsabilité civile. De plus, une révision du règlement Rome II devrait être considérée dans un futur proche ; une étude juridique qui servira de base à un rapport d'évaluation sera publiée bientôt. Un rapport d'application quant à la refonte du règlement Bruxelles *Ibis* est envisagé pour 2022. D'autres rapports d'application des

¹⁶ Voy. les règlements de refonte 2020/1783 (obtention des preuves) et 2020/1784 (signification ou notification des actes) du 25 novembre 2020, *J.O.*, 2020, L 405.

¹⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances, COM (2018)96 final, le 12 mars 2018. Disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0096&from=EN>

règlements (notamment sur les créances alimentaires) sont en cours de préparation. Dans l'idéal, la Commission préfère cantonner les règles de droit international privé à ces instruments généraux.

L'année prochaine s'annonce riche en propositions, selon le rapporteur. La Commission prépare, notamment, une harmonisation ciblée de certains aspects du droit matériel de l'insolvabilité et des procédures collectives, ainsi qu'une proposition sur la reconnaissance de filiation. De même, il lui a été demandé de préparer une proposition concernant les plaintes abusives en diffamation ayant pour objet l'intimidation judiciaire de journalistes, d'ONG et d'activistes (mesures dites anti-SLAPP – *Strategic Lawsuits Against Public Participation*). Un troisième projet en cours concerne les majeurs vulnérables. Enfin, un groupe de travail sur la future Convention de La Haye en matière de compétence judiciaire a été constitué. Le projet initial a été légèrement amendé. Les discussions se focalisent sur un accord en matière de litispendance, terrain plus réaliste d'un compromis dans un domaine globalement sensible.

V. ACTUALITES DES DROITS DE L'HOMME

P. Kinsch présente l'actualité en matière de droits de l'homme. En réponse à une question d'un membre, il précise utiliser ce terme aussi longtemps qu'il correspond à la désignation de la Convention et de la Cour européennes « des droits de l'homme », même si l'expression « droits humains » fait son apparition dans le langage courant.

Il renvoie à son document de travail pour la présentation de l'arrêt *Ali Riza c. Suisse*¹⁹ (voy. l'annexe VI) et met l'accent sur une suite de la jurisprudence *Mennesson* (A) et sur un cas d'interprétation de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants²⁰ (B).

A. Non-reconnaissance en Islande d'une gestation pour autrui californienne

Permettant de faire le lien entre les droits de l'homme et les débats sur la reconnaissance des situations, l'arrêt *Valdís Fjölnisdóttir*²¹ fait application à l'égard de l'Islande de la jurisprudence issue de l'affaire *Mennesson*²². Dans l'arrêt *Mennesson*²³, le refus de reconnaissance en France était considéré comme une violation du droit des enfants à une vie privée, qui comporte un droit à connaître leurs origines. L'avis consultatif relatif à la même affaire a distingué la reconnaissance de la filiation à l'égard du père, ayant donné ses gamètes, et à l'égard de la mère d'intention. La Cour permettait à la Cour de cassation française de refuser la reconnaissance du lien de filiation californien, vis-à-vis la mère d'intention, à condition qu'une adoption permette de respecter les droits de l'enfant à une vie privée.

Cette affaire prouve que d'une part, la Convention européenne des droits de l'homme a une incidence sur le droit international privé d'un Etat européen, même si l'acte a été établi aux États-Unis. De plus, dans cet avis consultatif, la Cour avait donné une autorisation conditionnée aux juridictions étatiques

¹⁹ CEDH, 13 juillet 2021, n° 74989/11, *Ali Riza c. Suisse*.

²⁰ Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, entrée en vigueur le 1er décembre 1983.

²¹ CEDH, 18 mai 2021, n° 71552/17, *Valdís Fjölnisdóttir et. al. c. Islande*.

²² CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France* (et arrêt *Labassée c. France* de la même date), ainsi que l'*Avis consultatif 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 pratiqué à l'étranger et la mère d'intention*, n° P16-2018-001.

²³ CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Affaire Mennesson c. France*.

de refuser la reconnaissance d'un acte étranger. Les juridictions françaises sont allées plus loin, en reconnaissant l'acte étranger afin de respecter les conditions de célérité et d'effectivité.

Dans l'arrêt *Valdís Fjölnisdóttir*, aucun des parents d'intention n'avait de lien génétique avec l'enfant. Deux ressortissantes islandaises avaient recouru à un contrat de gestation pour autrui en Californie. Les gamètes, tant masculins que féminins, étaient issus de dons. L'acte de naissance californien les reconnaissait comme parents de l'enfant. Le registre de l'état civil islandais refusa de reconnaître l'acte étranger pour contrariété à l'ordre public international islandais. Ce refus fut confirmé en première instance et en appel. Parallèlement à cette opposition judiciaire, les autorités sociales islandaises ont été plus accommodantes. Contrairement à l'affaire *Paradiso*²⁴, dans laquelle les autorités sociales italiennes ont soustrait l'enfant aux parents d'intention, les autorités islandaises ont accepté que les parents d'intention reçoivent l'enfant en tant que famille d'accueil. De plus, une loi spéciale fut votée pour donner la nationalité islandaise à l'enfant. Au surplus pour l'État islandais, la mère juridique était la mère biologique de l'enfant, celui-ci étant représenté juridiquement par une administratrice judiciaire.

La situation s'est compliquée par le divorce et le remariage des deux parents d'intention. En définitive, une des mères d'intention s'était vu conférer la garde de l'enfant tandis que l'autre avait un droit d'accès à l'enfant. En résumé, la vie quotidienne de l'enfant n'était pas affectée par le refus de reconnaissance d'un lien de filiation, grâce à l'attitude accommodante des autorités sociales islandaises.

La Cour estime que la non-reconnaissance ne viole pas les droits garantis par la convention, selon un examen *holistique* de la proportionnalité de l'ingérence²⁵. Cette approche est peu dogmatique, au sens du droit international privé, mais est très pragmatique au sens des droits de l'homme. L'incidence de la Convention risque d'être beaucoup moins juridique que celle du droit primaire de l'Union, telle que manifestée, par exemple, par l'arrêt *Coman*²⁶.

Le rapporteur relate un débat doctrinal entre Mme Ivana Isailovic et Mme Alice Margaria²⁷. Celles-ci regrettent cette position de tolérance à l'égard d'un refus de reconnaissance. A ses yeux, l'interprétation de la Convention induit désormais trois solutions possibles, tantôt la reconnaissance de la double filiation, tantôt une distinction entre lien de filiation et protection en famille d'accueil, tantôt un refus de tout lien de filiation dont atteste la jurisprudence relative aux affaires italiennes, non sans lien toutefois avec une situation de fraude.

Au cours des débats, la référence à la solution de l'accueil montre l'incidence d'une approche factuelle ayant égard à des spécificités locales assurant une vie familiale effective. On peut y voir, pour la matière de la gestation pour autrui, une illustration de la méthode de transposition, tout en convenant que ce statut de protection n'offre pas l'ensemble des droits issus d'un lien de filiation, en particulier de nature patrimoniale.

²⁴ CEDH, 24 janvier 2017, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c. Italie*.

²⁵ CEDH, *op. cit.*, *Valdís Fjölnisdóttir et. al. c. Islande*, p. 7, para. 14.

²⁶ CJUE, 5 juin 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman e.a. c. Inspectorul General pentru Imigrari et Ministerul Afacerilor Interne*.

²⁷ ISAILOVIC, Ivana et MARGARIA, Alice, « Conversations on transnational surrogacy and the ECtHR case *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (2021) », *Conflict of Laws* [site], 2021. Disponible sur : <https://conflictoflaws.net/?s=Conversations+on+transnational+surrogacy>

B. Mise en œuvre de la Convention de La Haye

Deux affaires concernent des plaintes contre la Russie, à savoir *Thompson c. Russie*²⁸ et *Y. S. et O.S. c. Russie*²⁹. Dans les deux cas, la Convention interagit avec la Convention de La Haye.

1. Affaire Thompson c. Russie

Dans l'affaire *Thompson c. Russie*, une ressortissante russe vivait en Espagne avec le père de son enfant. À la rupture du couple, la mère retourne en Russie avec l'enfant. Le père saisit les juridictions russes pour demander le retour de l'enfant, en vain et malgré les dispositions de la Convention de La Haye. Le tribunal se réfère à la résolution 1387 (XIV) de l'Assemblée générale des Nations Unies³⁰. Selon le passage de cette résolution, datant de la fin des années 1950, citée par le tribunal :

« L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère... ».

La Cour rejette la conception russe exprimée dans l'affaire *Thompson*. Le juge russe à la Cour, Dmitry Dedov, publie une opinion dissidente critiquant la position de la Cour qui, selon lui, a manqué d'humanité³¹.

Un membre souligne que le tribunal russe a construit un raisonnement sur le fondement de la Convention pour refuser un retour pour un motif lié en réalité à la nationalité de l'enfant, en violation du principe de base de la Convention.

2. Affaire Y. S. et O.S. c. Russie

Dans l'affaire *YS et OS c. Russie*, les tribunaux russes ont ordonné le retour d'un enfant russe à Donetsk. Ce territoire, théoriquement ukrainien, est en proie à des conflits. Des rebelles russophones prétendent à l'indépendance de l'Ukraine et déclarent la République populaire de Donetsk un État souverain. La Russie ne reconnaît pas officiellement cet État. En l'espèce, il s'agissait d'un couple ukrainien vivant à Donetsk. Cependant, à la suite d'une mésentente dans le couple, la mère partit pour la Russie en 2013, avant les événements politiques dans la région. En 2015, elle demande une autorisation de séjour pour sa fille en Russie, et un an plus tard l'enlève de Donetsk, renonce à la nationalité ukrainienne et demande la naturalisation russe, qu'elle obtient.

Le père introduit devant les autorités ukrainiennes une demande de retour de l'enfant, malgré l'absence de contrôle des autorités ukrainiennes sur le territoire de Donetsk, à l'aide d'un déménagement fictif à 60 km de Donetsk. Il reçoit gain de cause et demande, en Russie, l'exécution de la décision ukrainienne. Le tribunal russe ordonne le retour à Donetsk, excluant l'application de l'article 13 (b) de la Convention de La Haye, relatif au risque grave psychique ou physique qui prévoit :

²⁸ CEDH, 30 mars 2021, n° 36048/17, *Thompson c. Russie*.

²⁹ CEDH, 15 juin 2021, n° 17665/17, *Y.S. et O.S. c. Russie*.

³⁰ Assemblée Générale des Nations Unies, résolution 1387 (XIV) du 20 novembre 1959.

³¹ DEDOV, Dmitry, *Dissenting opinion*, para. 6 : « *I wonder when European civilisation lost its sens of humanity ? The concept of human rights cannot be completely rational and bereft of any moral element.* ».

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

[...]

b) qu'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ».

Selon le tribunal, ce risque grave est évalué de manière individuelle, et ne concerne pas la situation politique ou militaire générale du territoire concerné. Forcer un enfant à retourner chez son père qui le bat serait contraire à la Convention, mais ordonner le retour de l'enfant dans une zone de guerre ne le serait pas. La Cour rejette cette interprétation et considère qu'il s'agissait bien d'un cas d'application de l'article 13 (b) de la Convention. S'opposent à cette décision les juges russe, belge et espagnol³².

Pour plusieurs membres, l'affaire appelle la comparaison avec l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, du 6 juillet 2010, dans lequel la Cour estime non fondé un ordre de retour de l'enfant vers Israël. Ils soulignent l'importance d'une méthode casuistique dans l'appréciation du critère de danger physique ou psychique. En effet, les spécificités d'une situation géopolitique ne peuvent pas être ignorées dans cette évaluation.

³² DEDOV, Dmitry, ELÓSEGUI, Maria et LEMMENS, Paul, *Joint dissenting opinion of Judges Lemmens, Dedov and Elósegui*, para. 5 : « *Not every risk constitutes a legitimate reason for not ordering the return of the child. [...] It is therefore necessary to assess the impact of the security situation on the health and well-being of the second applicant, or in other words to examine whether she ran an "individual" risk* ».

ANNEXE I

GEDIP - sous-groupe "Rights in Rem"

Document de travail pour la réunion virtuelle 2021

The law applicable to rights in rem in tangible assets

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 assets³³.

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 obligations³⁴,
 - (d) non-contractual obligations³⁵,
 - (e) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of proprietary rights resulting from matrimonial property regimes³⁶,
 - (f) the creation, acquisition, encumbrance or transfer of property rights resulting from the proprietary consequences of registered partnerships³⁷,

³³ 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.

³⁴ A recital should clarify that when the law applicable under this Regulation requires a valid contract as a title for the creation, acquisition or transfer of a right in rem, the validity of the contract shall be governed by the law applicable under the Rome I Regulation. However, this Regulation does determine the law applicable to the agreement that transfer property ("proprietary agreement" = Verfügungsgeschäft) in those legal systems where this is a condition independent from the underlying contract that simply creates an *in personam* obligation to transfer property.

³⁵ A recital should clarify that claims arising from damages to (intromissions emanating from, see Art. 44 EGBGB) an immovable property do not fall within the scope of this Regulation, but within Rome II.

³⁶ 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.

³⁷ *Idem*.

- (g) the creation, acquisition or transfer of property rights by succession³⁸,
- (h) the effects of the opening of insolvency proceedings on proprietary rights³⁹,
- (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 trusts⁴⁰.

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, mortgages, usufructs or servitudes;
- (b) “Tangible assets” means assets able to be physically possessed and includes both movable and immovable;
- (c) “asset in transit” means an asset being relocated from one State to another
- (d) “asset to be exported” means an asset destined to be moved to another State

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 State within the territory of which the asset is located.

Article 5. Assets in transit (res in transitu) or to be exported

³⁸ 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

³⁹ A recital should clarify the relationship between this Regulation and the Regulation on insolvency proceedings along these lines: In principle, and notwithstanding the opening of insolvency proceedings, the law applicable under this Regulation continues to apply to the creation and perfection of rights in rem over tangible assets; however, this does not prejudice the application of the special rules governing insolvency proceeding and their effects upon proprietary rights. 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.

⁴⁰ 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 the transfer by the settlor of proprietary rights in tangible assets to the trustee, and any proprietary rights of the trustee and the beneficiaries in the tangible trust assets

The acquisition and the loss of a proprietary right in an asset in transit or to be exported are governed by the law of the State of destination, provided that the asset reaches that State⁴¹⁴².

Article 6. Means of transport

The proprietary rights in an aircraft, vessel or railway vehicle subject to registration are governed the law of the State under the authority of which the register is kept.⁴³⁴⁴

Article 7. Scope of the applicable law

Without prejudice to Article 8, the law applicable pursuant to this Regulation shall govern, in particular:

- (a) the requirements to create, transfer, encumbered or acquire a proprietary right over an asset;
- (b) the question of whether the ownership of the corresponding asset may be embodied in a title certificate and transfer by delivery or endorsement of such a certificate⁴⁵;
- (c) the priority between competing proprietary rights over the same asset;
- (d) the nature and content of the proprietary rights over an asset;
- (e) the enforcement of security interest over an asset; or
- (f) the extinction or loss of a property right

Article 8. Protection of acquired rights

1. When there is a change of the applicable law in accordance with this Regulation and a proprietary right has been acquired under the former law, this law continues to govern the existence of such a right.⁴⁶

⁴¹ 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 State of destination; (ii) if a proprietary right is created while the asset is in transit under the actual *lex rei sitae*, ie by the *lex rei sitae* where the asset is physically but temporally located, this law will determine the priority between the two conflicting rights; (iii) if the asset does not reach the State of destination, the general rule applies.

⁴² Several members of the Group advocated for including an additional condition linked to an agreement by the parties on the application of the *lex destinationis* or to a certain period of time prior to the exportation of the asset from the State of origin. This question is still pending for further discussion.

⁴³ A recital should clarify that this provision only covers registers that evidence entitlements or proprietary rights.

⁴⁴ Some members of the Group have suggested the extension of this provision to other means of transport, in particular automobiles, rocket engines or spacecrafts (or means of transport for these assets). This question is still pending for further discussion.

⁴⁵ A recital should explain the consequences, ie if the asset is covered by a negotiable instrument, the transfer of proprietary rights over the physical asset may take place by endorsement or delivery of the instrument. But this Regulation does not determine the law applicable to the transfer of the instrument itself.

⁴⁶ A recital should clarify that this provision is not limited to a change of the applicable law in accordance with the main rule, ie Article 4, but may also apply when, for example, there is a change of the applicable law under Article 6 if the asset is de-registered from State A and register in State B.

2. The new law governs the extent and the exercise of that proprietary right, and the priority between that proprietary right and a competing proprietary right created under the new law.

3. Where a person invokes a proprietary right to which he or she is entitled under the law referred to in paragraph 1 and the law referred to in paragraph 2 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 proprietary right under the law referred to in paragraph 2, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right and the effects attached to it.

4. If a proprietary right has not been acquired under the law referred to in paragraph 1 previously to the change of law, as to the acquisition of a proprietary right under the law referred to in paragraph 2, facts that took place under the old law are considered as if they took place under the new law

[Escape clause]⁴⁷

[Stolen assets and cultural goods]⁴⁸

⁴⁷ Some members of the sub group have advocated for the inclusion of some provisions to give more flexibility to the rules laid down in Article 4 to 8. One option would be to include an escape clause, e.g.:

Article X

“If there is a substantially closer connection with the law of a state other than that which would apply under article 4 to 8, then that law shall apply”

Another alternative would be to include special rules for certain situations, in particular assets that form part of a functional unity or statutory liens (i.e. liens by operation of law). For example:

“When an asset form part of a functional unity with a special purpose, like a business concern, it is deemed to be located in the territory of the State with which the whole of assets has the closest connection” (see Art. 87.2 Belgium PIL Code). [Anyway, a recital should clarify that this Regulation does not apply to universal transfers of a patrimony by operation of law, e.g. successions, mergers or divisions]

Statutory liens are probably a more difficult issue. In principle, public-law liens are excluded from the scope of the instrument, but not private-law liens. We can also exclude them, maintain the application of the *lex rei sitae* or look for another solution.

These issues are also pending for further discussion within the Group.

⁴⁸ The addition of special rules for stolen assets and cultural goods is still “work in progress”. A subgroup coordinated by Symeon will take care of presenting a proposal for the next meeting of the Group.

ANNEXE II

GEDIP - sous-groupe "RSE"

Document de travail pour la réunion virtuelle 2021

Draft Recommendation of the European Group for Private International Law (GEDIP/EGPIL) to the European Commission concerning -

I. Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability], and

II. Amendments to the Brussels I Recast, Rome I, and Rome II Regulations [and to the 2016 GEDIP draft Rules on the law applicable to companies and other bodies]

1. Introduction

1. The GEDIP welcomes the Commission's initiative for a European Union Instrument on the responsibilities of businesses with regard to the adverse impact of their value chains on [human rights, the environment and good governance]. In the light of increasing awareness over the last three decades of human rights violations, environmental degradation, and good governance failures, concern has grown about insufficient accountability of businesses for causing or contributing to harm, and lack of access to justice for victims in particular where businesses' value chains extend into States with weak legal systems.

2. While a wide arrange of instruments in this field have been adopted at the international level⁴⁹, they generally do not create binding obligations, neither for States nor for businesses. Although various businesses are voluntarily implementing due diligence as established by these instruments in relation to their activities and those of their business relationships, they remain in a minority, and their commitments diverge from company to company.

3. Recently, several Member States have adopted, or are in the process of adopting, legislation to enforce due diligence. However, these legislations differ in respect of their scope, the legal duty imposed including as regards civil liability, and their provisions on enforcement, monitoring and remedies. We discuss these legislative initiatives and the private international law issues they generate below, **3**.

⁴⁹ Including the 2008 United Nations Human Rights Council "Protect, Respect and Remedy" Framework, and its 2011 "Guiding Principles on Business and Human Rights" (UNGPs); the 2012 UN Global Compact; the 2015 UN General Assembly 2030 Agenda with its 17 Sustainable Development Goals; the 2017 ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy; and the 2018 OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct.

4. The Union itself has already adopted mandatory due diligence frameworks, but only in two specific areas, the Timber Regulation⁵⁰, and the Conflict Minerals Regulation⁵¹. The Timber Regulation applies to both EU based and non-EU based operators; the Conflict Minerals Regulation only (directly) to EU based operators. Moreover, the Non-Financial Reporting Directive⁵², following a different approach, imposes on companies with more than 500 employees the obligation to report on the policies they pursue in relation to environmental, social, employee-related, and anti-corruption and bribery matters and respect for human rights, including due diligence. This Directive only applies to companies established in the EU.

5. However, a general binding legal framework for responsible business conduct is still lacking in the Union. This leaves gaps regarding the determination of businesses' responsibility and accountability as well as the protection of (potential) victims. Moreover, this can hamper the freedom of establishment, and contribute to unfair competition. The creation of a level playing field regime, applying to companies, both those based in the Union and those operating in the internal market, is therefore to be welcomed.

6. Whilst sector-specific law instruments such as the Timber and Conflict Minerals Regulations may seek to achieve their aim through a *public* law monitoring and enforcement mechanism, applicable to the territory of each Member State, legislation with a broad, cross-sectoral scope such as the proposed EU Instrument will be more effective if it also creates *civil* law duties for the relevant companies, which may have effect beyond a Member State's territory. This gives rise to issues of private international law, in particular: which EU courts have jurisdiction to deal with claims based on the Instrument? And: what law applies to those civil duties? The future EU Instrument would be incomplete if it did not address these issues.

7. Therefore, Proposal I. Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability] (pp. 11-14 below), provides suggestions for the private international law aspects of the future EU Instrument.

Irrespective of the future EU Instrument, Proposal II. Amendments to the Brussels I Recast, Rome I, and Rome II Regulations [and to the 2016 GEDIP draft Rules on the law applicable to companies and other bodies] (pp. 15-17) provides suggestions for amendments of these texts in the light of the ongoing legislative and judicial developments in the Member States.

⁵⁰ Regulation (EU) No 995/2010 of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 laying down the obligations of operators who place timber and timber products on the market (OJ L 295, 12.11.2010, p. 23) subjects operators that place timber and timber products on the internal market to due diligence requirements of information, risk assessment, and risk mitigation, and requires traders in the supply chain to provide basic information on their suppliers and buyers to improve the traceability of timber and timber products

⁵¹ Regulation (EU) 2017/821 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 laying down supply chain due diligence obligations for Union importers of tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold originating from conflict-affected and high-risk areas (OJ L 130, 19.5.2017, p. 1) establishes a Union system for supply chain due diligence in order to curtail opportunities for armed groups, terrorist groups and/or security forces to trade in tin, tantalum and tungsten, their ores, and gold.

⁵² Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups (OJ L 330, 15.11.2014, p. 1). The Commission has proposed an amendment to this Directive, see *infra* fn. 47

The Annex (pp. 18-20), which concerns the future EU Instrument only, raises some questions and offers some suggestions relating to the form and certain possible substantive provisions of the Instrument which may have a bearing on Proposal I.

2. Relevance and importance of private international law aspects: recent emblematic cases

8. Recent years have seen a rise in civil litigation before EU courts on issues of corporate social and environmental responsibility. These court cases have also highlighted the jurisdictional and applicable law aspects of civil liability. Emblematic are the UK Supreme court case *Vedanta Resources PLC and another v. Lungowe and others* [2019] UKSC 20, of 10 April 2019, followed by *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another*, [2021] UKSC 3, of 2 Feb 2021, and the judgments of the Hague Court of Appeal on *Four Nigerian Farmers and Milieudefensie v. Shell* of 29 January 2021⁵³.

9. With respect to the issue of judicial jurisdiction these cases illustrate the lack of uniformity in the EU regarding interconnected cases where one of the defendants is not domiciled in the EU. In both the UK and the Dutch cases plaintiffs sued the parent company based in the EU and its subsidiary based outside the EU. Whilst the Brussels I Regulation, Article 8 (1), does provide a uniform jurisdictional rule for cases where the co-defendant is based in the EU, it leaves jurisdiction regarding co-defendants based outside the EU to the national law of the Member States. Whereas some Member States, including the Netherlands, have aligned their laws for such cases with Article 8 (1), others, and also the UK, have not. So, there is a need for uniformity, at least at the EU level, and for the inclusion in the future Instrument of a rule extending Brussels I Recast, see **Proposal I. under II.**

10. The issue of applicable law was resolved in both the UK and the Dutch cases in an atypical way, because in the UK cases the Courts assumed that the applicable Zambian (*Vedanta*) and Nigerian (*Okpabi*) law was the same as English law, and the Dutch Courts (*Four Nigerian farmers*) interpreted Nigerian law in the light of English law. *Vedanta*, in particular, broke new ground: distancing itself from earlier English court rulings, the Court widened the circumstances in which a parent can be said to owe a direct duty of care to persons affected by acts or omissions of a subsidiary⁵⁴.

Normally, in the EU the main rule of the Rome II Regulation (Article 4 (1)), provides that the law applicable to non-contractual obligations arising out of tort is “*the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the even giving rise to the damage occurs...*”. This rule may leave victims based in countries with weak legal systems insufficiently protected.

Recently, in the case *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell (RDS)*, the Hague District Court rendered a judgment on corporate responsibility for (the threat of) climate change damage, including its applicable law aspects, that has attracted worldwide attention. The Court decided “*that climate*

⁵³ See [Shell Nigeria liable for oil spills in Nigeria \(rechtspraak.nl\), with reference to the judgements \(in Dutch only\) ECLI:NL:GHDHA:2021:132; ECLI:NL:GHDHA:2021:133; and ECLI:NL:GHDHA:2021:134](#)

⁵⁴ “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.” It should be noted that the Court decided this in the context of the jurisdictional issue of whether the plaintiffs had “a real case” against the parent company. By contrast, but relying on *Vedanta*, the Hague Court of Appeal decided on the merits that a parent company was under a duty of care with regard to the plaintiffs.

change, whether dangerous or otherwise, due to CO2 emissions constitutes environmental damage in the sense of Article 7 Rome II". The Court rejected RDS's assertion that the event giving rise to the damage is not the group policy decision by RDS, which according to RDS was a 'mere preparatory act', but the concrete implementation thereof by RDS's companies at the local level, as well as the conduct of the end users across the world. The Court ruled that the corporate policy of the Shell group – despite its ambition "to be a net-zero emissions energy business by 2050 or sooner, in step with society and its customers" – "constitutes an independent cause of the damage, which may contribute to environmental damage and imminent environmental damage with respect to Dutch residents ...". Therefore, Article 7 Rome II leads to the application of Dutch law.⁵⁵

11. The GEDIP, in response to the current insufficient protection of victims under the Rome II Regulation regarding non-compliance with due diligence for human rights and good governance, proposes the inclusion into the future Instrument of a provision which essentially enlarges the provision of Article 7 (1) Rome II to human rights and good governance, see **Proposal I. under III.**

3. Recent legislative developments in EU Member States and neighbouring States⁵⁶

12. In a number of EU States laws on corporate social and environmental responsibility have been adopted or are being proposed or prepared⁵⁷. Such a statute also applies in the UK, and legislative initiatives are under way in Norway and Switzerland⁵⁸. These laws vary widely regarding their scope, the duties they impose on companies, in particular whether they establish any civil liability (tort) regime, and their applicability in cross-border situations⁵⁹.

13. The Dutch 2019 *Child Labour Due Diligence Act*⁶⁰ focusses on a specific sector of the economy, is monitored through a public law sanctions system that is mandatorily applicable on the territory of the

⁵⁵ Hague District Court, 26 May 2021, [ECLI:NL:RBDHA:2021:5337](#), English translation, [ECLI:NL:RBDHA:2021:5339](#). "Superfluously", the Court ruled that because it considered that Milieudefensie represented Dutch residents, the (threat of) damage was localized in the Netherlands, so that Article 4 (1) Rome II also led to the application of Dutch law. The Court did not address RDS's argument that, if Article 4 (1) were applicable, Article 17 Rome II should be applied.

⁵⁶ For a comprehensive overview of global legislative and judicial developments for twenty States and a general report, see C. Kessedjian et H. Cantú Rivera (eds.), *Private International Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Springer (2020).

⁵⁷ See, in addition to the (draft) laws below: <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/finland-govt-publishes-study-on-possible-regulatory-options-for-proposed-due-diligence-legislation/> (Finland).

⁵⁸ See <https://www.jus.uio.no/english/research/areas/companies/blog/companies-markets-and-sustainability/2021/mandatory-human-rights--taylor.html> (Norway), and <https://novabhre.novalaw.unl.pt/human-rights-due-diligence-switzerland/>. In both cases no civil liability regime is foreseen.

⁵⁹ (Draft) legislations outside the EU include the 2010 *Dodd Frank Act* (on conflict minerals, forerunner of the EU Conflict Minerals Regulation), the 2010 *California Transparency in Supply Chains Act*, the 2018 *Australian Modern Slavery Act*, and the 2020 Canadian Bill S-216, *An Act to enact the Modern Slavery Act and to amend the Customs Tariff*.

⁶⁰ *Wet Zorgplicht Kinderarbeid*, entry into force expected by 2022. The law requires companies to submit a statement to regulatory authorities declaring that they have carried out due diligence related to child labour in their global supply chains. If there are indications that a company's products or services were produced with child labour, individuals and organizations can file a complaint with the regulator. The law provides for substantial enforcement measures including fines and even imprisonment of company directors. See <https://www.business-humanrights.org/en/going-dutch-four-things-you-should-know-about-the-netherlands%E2%80%99-new-law-to-eliminate-child-labour>

Netherlands, and does not establish any civil liability⁶¹. The 2015 UK Modern Slavery Act focuses on one specific risk: the Act 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 chain⁶². Again, this Act applies as a mandatorily applicable rule that is applicable to UK territory only, and does not establish a civil liability regime.

14. By contrast, the 2017 French *Loi sur le devoir de vigilance* covers has a cross-sectoral scope. 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). Such multinationals 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 have an established commercial relationship in France and around the world⁶³. The *Loi sur le devoir de vigilance* was the principal inspiration for the European Parliament Resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability discussed below, 4.

15. Having a broad cross-sectoral scope, the French Law does not only depend on a public monitoring and enforcement mechanism, but also provides for civil liability under tort law where the company breaches *its own* vigilance obligations (there is no separate civil liability for the parent company based on the fault of other entities in their supply chains). But can a victim of a breach of vigilance obligations by the company occurring outside the EU invoke the Law? Whilst the prevailing view would seem to be that the Law applies as an overriding mandatory rule, therefore irrespective of the otherwise applicable law, this viewpoint is contested, and it is being argued that it could be characterized as a matter belonging to the law applicable to companies and/or to the law applicable to non-contractual obligations⁶⁴.

16. The recent (2021) German legislative proposal *Sorgfaltspflichtengesetz*, like the French law, has a broad scope. Moreover, it also covers environmental risks. But, contrary to the French Law, it does not purport to establish civil liability. That means that, under Article 4 (1) of the Rome II Regulation, it will in principle be the law of the country where the damage occurred which applies. Victims would then have to rely on that law, which may offer less protection than German tort law. And if, contrary to *Vedanta* and *Okpabi*, German courts would not hold African or Asian laws to be identical to English law, these laws would risk to offer less protection in Germany than in the UK⁶⁵.

⁶¹ A legislative initiative has been taken by the Dutch parliament for a law covering the whole economy, incorporating the Child Labour Due Diligence Act, that *would* establish civil law responsibility for companies.

⁶² The Act 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*

⁶³ A first case based on the *Loi sur le devoir de vigilance* was launched by the French NGO *Les Amis de la Terre France et Survie* and others against the French multinational company *Total* concerning its oil fields in Uganda. The *Tribunal de grande instance* de Nanterre declared, on 30 January 2020, that it was not competent to hear the claim because it should have been instituted before the *Tribunal de commerce*. The decision was appealed to the *Cour d'appel* de Versailles, which, however, referred the case to the commercial courts: <https://www.amisdelaterre.org/communique-presse/affaire-total-ouganda-la-cour-dappel-de-versailles-renvoie-au-tribunal-de-commerce/> www.totalautribunal.org.

⁶⁴ Valérie Pironon, « Le devoir de vigilance et le droit international privé – influences croisées », *Travaux du Comité français de droit International privé* 2018-2020....

⁶⁵ E.M. Kieninger, [UK Supreme Court in *Okpabi v Royal Dutch Shell* \(2021 UKSC 3\): Jurisdiction, duty of care, and the new German “Lieferkettengesetz” – Conflict of Laws](#) 15 February 2021.

17. Article 4 (1) Rome II would, in principle, also determine the applicable law to tortious conduct – other than environmental damage covered by Article 7 Rome II – occurring outside the EU under the legislations or legislative initiatives mentioned here. That is not satisfactory, hence **Proposal II. under C.1.**

18. The recent legislative developments do not address jurisdictional issues. However, as pointed out above, **2.**, the Brussels I Recast Regulation leaves jurisdiction regarding co-defendants based outside the EU to the national laws of the Member States, which are not uniform. Therefore, the GEDIP also proposes an amendment to the Brussels I Recast Regulation, see **Proposal II. under A.**

19. The GEDIP is of the view that the amendments of Proposal II., concerning the Brussels I Recast, Rome I and Rome II Regulations, as well as the GEDIP draft Rules of 18 September 2016 on the law applicable to companies and other bodies, are needed irrespective of amendments of these Regulations following from the future EU Instrument.

4. Recent Developments in the European Union

20. In January 2020 the Commission published the extensive *Study on due diligence requirements throughout the supply chain*, carried out by the British Institute of International and Comparative Law (BIICL) and partners⁶⁶. The BIICL Study presented 4 options for action to be taken by the EU: no change (Option 1), new voluntary guidelines (Option 2), new reporting requirements (Option 3) and mandatory due diligence as a legal standard of care (Option 4). Option 4 would “*entail a new mandatory due diligence requirement at EU level which would require companies to carry out due diligence to identify, prevent, mitigate and account for actual or potential human rights and environmental impacts in their own operations and supply or value chain, as a legal duty or standard of care. It would allow for a company to demonstrate, in its defence, that it has met this standard by undertaking the level of due diligence required in the particular circumstances, i.e. this would be a context-specific risk-based approach*”⁶⁷. Option 4 includes sub-options limited to sector and company size, and enforcement through state-based oversight or judicial /non-judicial remedies.

21. In line with option 4 of the BIICL Study, EU Commissioner for Justice, Didier Reynders, on 19 April 2019 committed to a legislative initiative on mandatory human rights and environmental due diligence obligations for EU companies in early 2021, which will include liability and enforcement mechanisms and access to remedy provisions for victims of corporate abuse⁶⁸. The EP had insisted on this, and the EP's Due Diligence working group proposes that the scheme applies to all companies, small and large, with a due diligence obligation throughout the value chain, to prevent human rights violations and environmental degradation, with remedies and sanctions⁶⁹.

22. Meanwhile the European Parliament had commissioned studies both on environmental liability of companies⁷⁰ and on corporate due diligence and corporate accountability⁷¹. On 11 September 2020,

⁶⁶ See <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

⁶⁷ *Ibid.* p. 20.

⁶⁸ See <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/european-commission-promises-mandatory-due-diligence-legislation-in-2021/>. On the possible legal basis for such an initiative, *ibid.* pp. 231,232

⁶⁹ See <https://responsiblebusinessconduct.eu/wp/2020/04/30/european-commission-promises-mandatory-due-diligence-legislation-in-2021>

⁷⁰ See [https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/214267/IPOL_STU\(2020\)651698_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/214267/IPOL_STU(2020)651698_EN.pdf)

⁷¹ See [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654191/EPRS_STU\(2020\)654191_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/654191/EPRS_STU(2020)654191_EN.pdf)

the EP's JURI Committee presented a "Draft Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability"⁷². The Report includes a proposal for a draft Directive, and for amendments to the Brussels I Recast and Rome II Regulations. On 27 January 2021, the JURI Committee approved this draft legislative initiative, with a number of amendments⁷³.

23. The initiative was welcomed in circles of private international law scholars⁷⁴, but also raised criticisms. In part, this critique concerns the draft Directive itself, in part the proposed amendment to the Rome II Regulation. Criticisms of the draft itself were made on:

- Its scope and objective (extension to risks to "governance" (Art. 3))
- Its definition of due diligence (Art 3⁷⁵) for going beyond UNGP obligations
- Its broad definition of "human rights" (Art. 3).
- Its use of the term "undertaking"
- The lack of any limitation to the size of the "undertakings" covered.

No criticisms were made regarding the extension of due diligence to all the tiers of the value chain (Art. 1 (2)), and its application to both EU based and foreign based companies (Art. 2).

24. Regarding civil liability, the original draft simply proposed a safe-harbour provision (Art. 20 - Civil Liability):

"The fact that an undertaking has carried out due diligence in compliance with the requirements set out in this Directive shall not absolve the undertaking of any civil liability which it may incur pursuant to national law."

The JURI Committee apparently felt that a stronger rule on civil liability was needed, and added the following three paragraphs to Art. 20:

1. *The fact that an undertaking respects its due diligence obligations shall not absolve the undertaking of any liability which it may incur pursuant to national law.*
2. *Member States shall ensure that they have a liability regime in place under which undertakings can, in accordance with national law, be held liable and provide remediation for any harm arising out of potential or actual adverse impacts on human rights, the environmental or good governance that they, or undertakings under their control, have caused or contributed to by acts or omissions.*
3. *Member States shall ensure that their liability regime as referred to in paragraph 2 is such that undertakings that prove that they took all due care in line with this Directive to avoid the harm in question, or that the harm would have occurred even if all due care had been taken, are not held liable for that harm*
4. *Member States shall ensure that the limitation period for bringing civil liability claims concerning harm arising out of adverse impacts on human rights and the environment is reasonable*

⁷² See https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/PR/2021/01-27/1212406EN.pdf

⁷³See https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2021/01-27/Votinglist_Corporateduediligence_amendments_EN.pdf, texts of the compromise amendments at the end.

⁷⁴ See in particular, at Conflict of Laws.net, the contributions by Geert van Calster, Giesela Rühl, Jan von Hein, Bastian Brunk, Chris Thomale, and Eduardo Álvarez-Armas.

⁷⁵ *'due diligence' means the process put in place by an undertaking aimed at identifying, ceasing, preventing, mitigating, monitoring, disclosing, accounting for, addressing, and remediating the risks posed to human rights, including social and labour rights, the environment, including through climate change, and to governance, both by its own operations and by those of its business relationships.*

25. Paragraph 2 makes it clear that the Directive, with its wide cross-sectoral scope, for its effectiveness needs a civil liability regime for the businesses covered. Paragraphs 3 and 4 provide some guidance, but only regarding the burden of proof and the limitation period for bringing civil liability claims. The Article does not establish a harmonized civil liability system for the EU, and, except for paragraphs 3 and 4, not even minimum requirements for civil liability⁷⁶.

26. Instead, the JURI Committee proposed that Member States should ensure that “relevant” rules of Directive will work as overriding mandatory provisions in the sense of Article 16 of the Rome II Regulation:

Article 20a Private international law

Member States shall ensure that relevant provisions of this Directive are considered overriding mandatory provisions in line with Article 16 of [Rome II].

Annex 1 - part 2 (proposed amendments to Brussels I Recast): deleted; Annex 1 - part 3 (proposed amendments to Rome I): deleted

Note that this proposal does not refer to the immediately preceding Art 20 on civil liability⁷⁷ but rather to any “relevant provisions”, without defining those. Nor does the proposal define any connecting factor linking the rule to the businesses to which it purports to apply. Apparently, no amendments of the Brussels I Recast and Rome II Regulations were deemed necessary.

27. On 10 March 2021 the European Parliament adopted its *Resolution with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*⁷⁸. The text of the draft Directive proposed by the JURI Committee was largely adopted, including Article 20 (renumbered 19) and Article 20a (renumbered 20), and without any proposals to amend the Brussels I Recast and Rome II Regulations.

5. Reflections on the EP Resolution of 10 March 2021

28. The history of Articles 19 and 20 of the EP Resolution related above (paras. 23-26) shows that the Parliament – starting from the premise that the future EU instrument will take the form of a Directive and not of a Regulation – has struggled with the question of how to ensure that Member States will offer an effective civil liability regime to (potential) victims of non-compliance with due diligence, including an effective private international law regime that comes with it. **Proposal I.** below concerns the latter, private international law, aspect only. The **Annex** offers a suggestion regarding the substantive civil liability regime.

29. Regarding the Resolution’s Article 20 “*Member States shall ensure that relevant provisions of this Directive are considered overriding mandatory provisions in line with Article 16 of [Rome II]*”, the EP

⁷⁶ See Bastian Brunk, <https://conflictoflaws.net/2020/a-step-in-the-right-direction-but-nothing-more-a-critical-note-on-the-draft-directive-on-mandatory-human-rights-due-diligence/>

⁷⁷ This would have required a different formulation: Member States shall ensure that the liability rules established under Art. 20 (2) will be in the nature of overriding mandatory provisions in line with Article 16 of Rome II.

⁷⁸ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_EN.html

takes an approach that is known from earlier Directives. Article 3 of the 2018 Postings Directive⁷⁹ provides:

“Terms and conditions of employment

1. Member States shall ensure, irrespective of which law applies to the employment relationship, that undertakings as referred to in Article 1(1) guarantee, on the basis of equality of treatment, workers who are posted to their territory the terms and conditions of employment covering the following matters which are laid down in the Member State where the work is carried out:

– by law, regulation or administrative provision, and/or

– by collective agreements or arbitration awards which have been declared universally applicable or otherwise apply in accordance with paragraph 8:

(a) maximum work periods and minimum rest periods...; “ etc.

30. The rules referred to in Article 3 of the Postings Directive will overrule the provisions on employment contracts, including those of Article 8 of the Rome I Regulation, via its Article 9⁸⁰. Likewise, the Resolution’s Article 20 probably seeks to ensure that the provisions of the proposed Directive will, via Article 16 of the Rome II Regulation, apply to businesses established in the EU and those established in a third State when operating in the internal market, irrespective of the law applying to civil liability under Rome II. The liability of the business and the protection of the (potential) victim will, in each Member State, be determined by the law designated by Rome II, subject to the overriding mandatory rules of the Directive, as implemented by that Member State. The difference with Article 3 of the Postings Directive is, that the latter gives overriding mandatory effect to rules which are essentially of national origin, while Article 20 does so in respect of rules which are not necessarily “regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests etc.” within the meaning of Article 9 of the Rome I Regulation, but *as defined by the Directive*, as implemented by the Member States.

31. The adjective “relevant”, would seem to serve no purpose. Certainly, a plaintiff in a civil liability suit will invoke only those implemented provisions of the Directive which, depending on the circumstances of the case and the applicable civil liability law, are relevant to the case. But that is different from requiring Member States to ensure that “relevant” provisions of the Directive etc.⁸¹.

32. Article 20 is entitled ‘Private international law’. However, the Directive’s provisions, if implemented, would not only interact with the law applicable to civil liability, but also with the law applicable to contractual obligations and with the law applicable to companies. Indeed, in order to be effective, the Directive’s provisions should also override the otherwise applicable laws to contracts and companies. If not, in respect of companies, the application of the *lex societatis* according to the conflict rules of each Member State could lead to outcomes different from those required by the Directive’s provisions. Likewise, in respect of contracts, although multinational

⁷⁹ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services amended by Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018

⁸⁰ See A.A.H. van Hoek, Private International Law: “An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?” *Erasmus Law Review*, 2014
http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2014/3/ELR_2210-2671_2014_007_003_006

⁸¹ See discussion between Marta Requejo Isidro and Thalia Kruger [European Parliament Resolution on corporate due diligence and corporate accountability – Conflict of Laws](#)

businesses, in particular, continue to include in their transnational agreements linkages to corporate social responsibility, such clauses are not uniform, and there is no guarantee that, under the otherwise applicable rules of the Rome I Regulation, their application (fully) meets the Directive's due diligence provisions.

33. Article 20, therefore, should be broadened, see **Proposal I, I. Overriding mandatory effect of the Instrument's provisions**

34. However, in order for the future instrument to fully reach its objective, additional consequential measures are needed. First, the Brussels I Recast Regulation should be amended (i) to extend Article 8 (1) on connected claims to defendants domiciled outside of the EU, and (ii) to establish a *forum necessitatis*, see **Proposal I, II Jurisdiction**. Second, the Rome II Regulation should be amended to provide, in addition to the special rule of Article 7, which will be applicable in the case of damage resulting from non-compliance with the Instrument's due care obligations in respect of the environment, a special rule for non-compliance with the Instrument's due diligence provisions regarding human rights and good governance, see **Proposal I, III Law applicable to non-contractual obligations arising out of damage resulting from non-compliance with due diligence obligations**.

*

PROPOSAL I. Private international law aspects of the future Instrument of the European Union on [Corporate Due Diligence and Corporate Accountability]

I. Overriding mandatory effect of the Instrument's provisions

[Member States shall ensure that⁸²] the provisions of this Instrument shall apply to [undertakings] established in the European Union and those established in a third State when operating in the internal market, irrespective of the law otherwise applicable to companies, to contractual obligations [as provided for under Article 9 of the Rome I Regulation,] and to non-contractual obligations [as provided for under Article 16 of the Rome II Regulation]⁸³.

II. Jurisdiction

1. Connected claims

A person not domiciled in a Member State may in respect of due diligence obligations under [in matters falling within the scope of]⁸⁴ this Instrument be sued, where (s)he is one of a number of

⁸² The bracketed language deals with the case where the Instrument takes the form of a Directive rather than a Regulation (to be further discussed)

⁸³ It should be noted that Article 9 Rome I refers "provisions the respect of which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests ..". Art. 16 Rome II is to be interpreted in a similar way (CJEU 1 January 2019, Da Silva Martins, C-149/18, paras 27 et seq.). By contrast, the interests protected by the future Instrument are interests regarded as crucial by the Union to protect its public interests.

⁸⁴ The Sub-group considered two options, a narrow rule, limited to matters falling within the substantive and spatial scope of the Instrument, and a broad rule (between brackets), extending to all due diligence obligations as defined regarding their substance by the Instrument, whether or not falling within its spatial scope. The latter option would overlap, at least in part, with the corresponding provisions of Proposal II. below. Therefore, it

defendants, in addition to the courts available under the Brussels I Recast Regulation in the courts for the place where anyone of them is domiciled, provided the claims are connected such that it is expedient to hear and determine them together.

This provision applies without prejudice to the application of the remaining provisions of the Brussels I Recast Regulation.

2. Forum necessitatis

If, in respect of matters falling in respect of due diligence obligations under [in matters falling within the scope of]⁸⁵ this Instrument, no jurisdiction is available under the Brussels I Recast Regulation within the European Union, and if proceedings outside the European Union are impossible or cannot reasonably be required to be brought, the courts of a Member State of the European Union shall have jurisdiction provided the case has a link with such Member State.

This provision applies without prejudice to the application of the remaining provisions of the Brussels I Recast Regulation.

III. Law applicable to non-contractual obligations arising out of damage resulting from non-compliance with due diligence obligations

The law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage as a result of non-compliance by [undertakings] of in respect of due diligence obligations under [in matters falling within the scope of]⁸⁶ this Instrument is the law determined by virtue of Article 4, paragraph 1 of the Rome II Regulation, unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.

The due diligence obligations established by the Instrument are not to be considered as rules of safety and conduct under Article 17 of the Rome II Regulation

COMMENTS ON THE PROPOSED RULES

I. Overriding mandatory effect of the Instrument's provisions

See Introduction, paras 29-33. The Sub-group considered the possibility of ensuring the overriding effect of the Instrument's provisions by adding references to these provisions to Articles 9 Rome I and 16 Rome II. The Sub-group concluded, however, that it would be preferable to include a rule on this overriding effect in the Instrument itself⁸⁷.

II. Jurisdiction

might be preferable to include it in Proposal II. The two options are submitted to the Plenary for discussion and decision.

⁸⁵ Idem

⁸⁶ Idem

⁸⁷ Cf. Thalia Kruger <https://conflictoflaws.net/2021/european-parliament-resolution-on-corporate-due-diligence-and-corporate-accountability/>

1. Connected claims

Recent cases such as *Vedanta, Okpabi*, and *Four Nigerian Farmers*⁸⁸ demonstrate the need for a mechanism enabling plaintiffs, in particular from outside the EU, to bring parent companies based in the EU together with other actors in their value chain based *outside* the EU, before the court of the EU domicile of the parent company. Presently this is possible only where *national* law provides for this, since the Brussels I Recast Regulation limits this mechanism to defendants domiciled in the EU. However, only certain Member States make this possible⁸⁹, others do not⁹⁰, or only partially⁹¹. This lack of uniformity also diminishes the level playing field for companies. Therefore, the Instrument should extend the jurisdictional ground provided in Article 8 (1) of the Brussels I Recast Regulation to such co-defendants based outside of the EU. Presently, according to CJEU case law, Article 8 (1), being an exception to Article 4, is to be interpreted strictly. Moreover, the use of Article 8 (1) by suing an “anchor defendant” for the sole purpose of enabling the plaintiff to sue a defendant otherwise than in the Member State of its domicile will be considered an abuse of the Article.

The Sub-group considered several options:

Option 1. *A person not domiciled in a Member State may also be sued, where (s)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;*

Option 2. *A person not domiciled in a Member State may, in matters falling within the scope of the Instrument of the European Union on Corporate Due Diligence and Corporate Responsibility, also be sued, where (s)he is one of a number of defendants, (etc., Option1);*

Option 3. *As Option 2, but deleting “to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings”;*

Option 4. *As Option 2, but deleting “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”.*

Option 1. extends Article 8 (1) generally to defendants not domiciled in a Member State⁹². It presumes that the restrictive interpretation of Article 8 (1) offers sufficient guarantees to avoid abuse even in such a case. Some EU Member States have already a similar rule in their national procedural laws.

Option 2. follows **Option 1.** but restricts it to situations covered by the new Instrument.

Option 3. seeks to introduce an element of flexibility by enabling the use of **Option 2.** even if this would lead to irreconcilable proceedings, e.g. an inconsistent judgment rendered by a court in a third country.

⁸⁸ See Introduction, **2. Relevance and importance of private international law aspects: recent emblematic cases.**

⁸⁹ France, Art.42 par. 2, *Code de Procédure Civile*; Italy, Art. 3(2), first sentence of Law No 218/95 (PIL Act), Netherlands, Art.7 Code of Civil Procedure.....

⁹⁰

⁹¹

⁹² As such, the text of Option 1 could be included in the “ [Consolidated version of a proposal to amend Regulation 44/2001 in order to apply it to external situations \(Bergen, 21 September 2008, Padua 20 September 2009, Copenhagen, 19 September 2010\), Documents du Gedip \(gedip-egpil.eu\)](#)”

Option 4. goes a step further than **Option 3.** by dropping the requirement of closely connected claims.

In the end, the Sub-group reached consensus on the rule of **II.1.** The last paragraph ensures that the remaining provisions of Brussels I are also applicable when the first paragraph is applied.

2. Forum necessitatis

This Article is needed to provide a forum notably for claims concerning human rights violations or environmental damage or lack of good governance occurred outside the EU against a defendant who is not domiciled in the EU but operates in its internal market. The Article establishes a *forum necessitatis*: it seeks to avoid a denial of justice if under Brussels I Recast no access to a court in the EU is available regarding such claims. In that situation this Article gives the plaintiff access to a court of a Member State if the case has a link with that Member State. While this forum could be introduced as a general rule⁹³, here it is limited to situations [matters] covered by the new Instrument. It will be noted that this Article only in exceptional cases establishes a level playing field in respect of civil liability claims between EU based and non-EU based companies, in contrast to the public law monitoring and enforcement mechanisms, which apply equally to both categories of companies. Those based in the EU and those based outside the EU operating in the internal market.

The last paragraph ensures that the provisions of Brussels I are also applicable when the first paragraph is applied.

III. Law applicable to non-contractual obligations arising out of damage resulting from non-compliance with due diligence obligations

While the provisions of the future Instrument must, in any event, be applied as overriding mandatory provisions (*supra* I), the proposed rule extends the range of applicable civil liability regimes which otherwise would be limited to that of Article 4 Rome II (or, in the case of environmental damage only, also of Article 7). The rule enlarges the protection offered by Article 7 Rome II so that it will cover, in addition to non-contractual obligations arising out of environmental damage, also those arising out of due diligence obligations under the Instrument [or in matters falling within the substantive scope of the Instrument] regarding human rights and good governance. The plaintiff thus is given the option to choose the law of either the country in which the damage occurs, or the country in which the event giving rise to the damage occurred⁹⁴.

The rule could be further extended to offer the option, if the defendant business is established in the EU, of the country of its establishment or, if based outside the EU but operating in the internal market, of the country in which it operates. However, the Sub-group did not see much added value in adding those grounds of jurisdiction, and preferred the simpler approach of enlarging the scope of Article 7.

⁹³ Cf. Article 24 bis of the “ [Consolidated version of a proposal to amend Regulation 44/2001 in order to apply it to external situations \(Bergen, 21 September 2008, Padua 20 September 2009, Copenhagen, 19 September 2010\)](#)”, [Documents du Gedip \(gedip-egpil.eu\)](#)

⁹⁴ See J. von Hein, <https://conflictoflaws.net/2020/back-to-the-future-re-introducing-the-principle-of-ubiquity-for-business-related-human-rights-claims/> proposing a modification of Article 7 Rome II to that effect ; contra, O. Boskovic....

The last paragraph seeks to preclude recourse to the rules of safety and conduct of Article 17 of the Rome II Regulation to evade the application of its Articles 4 and 7.

*

PROPOSAL II. Amendments to the Brussels I Recast, Rome I, and Rome II Regulations [and to the 2016 GEDIP draft Rules on the law applicable to companies and other bodies]

A. Amendments to the Brussels I Recast Regulation:

1. Jurisdiction regarding connected claims

1. Add Article 8 A:

A person not domiciled in a Member State may, in matters relating to due diligence obligations of companies in respect of human rights, the environment or good governance, be sued, where that person is one of a number of defendants, in addition to the courts available under the Brussels I Recast Regulation, in the courts for the place where anyone of them is domiciled, provided the claims are connected such that it is expedient to hear and determine them together.

2. Forum necessitatis

2. Add: Article 26 A:

If, in matters relating to due diligence obligations of companies in respect of human rights, the environment or good governance, no jurisdiction is available under the Brussels I Recast Regulation within the European Union, and if proceedings outside the European Union are impossible or cannot reasonably be required to be brought, the courts of a Member State of the European Union shall have jurisdiction provided the case has a link with such Member State.

B. Amendment to the Rome I Regulation

Add: Article 9 A:

Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum concerning due diligence obligations of companies in respect of human rights, the environment or good governance.

Effect may be given to such mandatory overriding provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application

C. Amendments to the Rome II Regulation

1. Add: Article 6 bis:

The law applicable to a non-contractual obligation arising out of damage as a result of non-compliance with due diligence obligations in respect of human rights, the environment or good

governance, is the law determined by virtue of Article 4, paragraph 1, unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred [, on the law of the Member State in which the defendant is habitually resident or, if it is not habitually resident in a Member State, under the law of the country in which it operates.]

Due diligence obligations in respect of human rights, the environment or good governance are not to be considered as rules of safety and conduct under Article 17 of the Rome II Regulation

2. Add: Article 16 A:

Nothing in this Regulation shall restrict the application of the provisions of the law of the forum concerning due diligence obligations of companies in respect of human rights, the environment or good governance in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the non-contractual obligation

D. Amendment to the GEDIP draft Rules of 18 September 2016 on the law applicable to companies and other bodies

Add: Article 10 A: *Nothing in this Regulation shall restrict the application of the provisions of the law of the forum concerning due diligence obligations of companies in respect of human rights, the environment or good governance in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the company.*

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

Delete Article 1, paragraph 3

COMMENTS ON THE PROPOSED RULES

As stated in the Introduction (par. 19), the GEDIP is of the view that the amendments of **Proposal II** concerning the Brussels I Recast, Rome I and Rome II Regulations, as well as the GEDIP draft Rules of 18 September 2016 on the law applicable to companies and other bodies, are needed irrespective of any amendments which will be necessary as a result of the future EU Instrument.

A. Amendments to the Brussels I Recast Regulation:

The justification of the proposed rules for connected claims and *forum necessitatis* is similar to that given for the parallel provisions in **Proposal I**. If adopted, **Article 6** should be amended accordingly.

B. Amendment to the Rome I Regulation

Article 9 Rome I ensures the application of overriding mandatory provisions as defined in that Article. Arguably, the new laws and draft laws of both EU Member States and Non-Member States in the field of corporate responsibility regarding human rights, environment and good governance (see above under 3.) could be considered as “mandatory rules the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests...”. However, this may be the subject of debate, and the GEDIP recommends this amendment to avoid uncertainty, and to ensure that such due diligence obligations are applied as overriding mandatory rules according to paragraphs 1-3 of Article 9.

C. Amendments to the Rome II Regulation

1. Regarding the addition of Article 6 bis:

In the light of the legislative activity of both EU Member States and Non-Member States in the field of corporate responsibility regarding human rights, environment and good governance, the current Article 4, in the view of the GEDIP, is too limited where these new laws establish civil liability for non-compliance with human rights and good governance. The proposed rule extends the range of applicable civil liability regimes which otherwise would be limited to that of Article 4 (or, in the case of environmental damage only, also of Article 7). The rule enlarges the protection offered by Article 7 so that it will cover, in addition to non-contractual obligations arising out of environmental damage, also those arising out of due diligence obligations regarding human rights and good governance. The plaintiff thus is given the option to choose the law of either the country in which the damage occurs, or the country in which the event giving rise to the damage occurred⁹⁵.

The rule could be further extended to offer the option, if the defendant business is established in the EU, of the country of its establishment or, if the applicable law also were to apply to companies based outside the EU but operating in the internal market, of the country in which it operates. However, the Sub-group did not see much added value in adding those grounds of jurisdiction, and preferred the more simple approach of enlarging Article 7.

The last paragraph seeks to preclude recourse to the rules of safety and conduct of Article 17 of the Rome II Regulation to evade the application of its Articles 4 and 7.

2. Regarding the addition of Article 16 A:

See comment **B.** on the Amendment of the Rome I Regulation. While the GEDIP takes the view that Article 9 Rome I and 16 Rome II should be similar, and Article 16 should be extended to overriding mandatory provisions of the laws of other countries than that of the forum, at this stage no proposals have been made to that effect.

*

ANNEX

⁹⁵ See J. von Hein, <https://conflictoflaws.net/2020/back-to-the-future-re-introducing-the-principle-of-ubiquity-for-business-related-human-rights-claims/> who proposes a modification of Article 7 to that effect ; contra, O. Boskovic....

Suggestions regarding substantive law aspects of Instrument of the European Union on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability

A. Form of the instrument: Regulation or Directive?

The European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability urges the Commission to establish “mandatory due diligence requirements at Union level”, noting, inter alia that -

“(11). There are significant differences between Member States’ legal and administrative provisions on due diligence, including as regards civil liability, that apply to Union undertakings. It is essential to prevent future barriers to trade stemming from the divergent development of such national laws”;

“(13). The establishment of mandatory due diligence requirements at Union level would be beneficial to businesses in terms of harmonization, legal certainty and the securing of a level playing field and would give undertakings subject to them a competitive advantage, inasmuch as societies are increasingly demanding from undertakings that they become more ethical and sustainable. This Directive, by setting a Union due diligence standard, could help foster the emergence of a global standard for responsible business conduct.”

Whilst the Resolution refers to existing EU Regulations, namely (EU) No 995/2010 (Timber) and (EU) 2017/821 (Conflict Minerals), which the new Instrument should in principle respect, the Resolution does not explain why it opts for the form of a Directive rather than a Regulation. Given the “significant differences” between Member States’ laws on due diligence, the resulting lack of “harmonization, legal certainty and the securing of a level playing field”, and the urgent need for taking measures at the EU level, the choice of a Directive is not self-evident. A Directive leaves Member States room for divergent implementing measures – including regarding the precise scope and mandatory nature of its provisions which are often open-ended – which, moreover, will take time to establish. Moreover, from the point of view of private international law, a Directive would, as argued above, require rules on the overriding mandatory character and spatial application of its provisions (see **Proposal I.**), which complicate their application (as illustrated by the Directives in the field of the Consumer Rights). A Regulation would avoid those disadvantages⁹⁶.

It is hoped, therefore, that the Commission will carefully weigh the advantages and disadvantages of the choice for a Regulation or Directive, and in any event provide explanations for its choice.

B. Substantive scope of the instrument:

1. Extent of the due diligence obligation

a. Adverse impacts on (i) human rights, (ii) the environment and (iii) good governance in their operations and business relationships?

The EP draft requires Member States to “lay down rules to ensure that undertakings carry out effective due diligence with respect to potential or actual adverse impacts on human rights, the environment

I. ⁹⁶ CRITICAL OF THE DIRECTIVE APPROACH, BASTIAN BRUNK, ABOVE FN.28, APPROVING JAN VON HEIN, ABOVE FN. 46.

and good governance in their operations and business relationships”. There is much to be said for this holistic approach since these three aspects of due diligence are often interrelated⁹⁷. However, as long as neither “due diligence”, nor “human rights”, nor “environment”, nor “good governance” are defined with precision, there is a serious risk that the Instrument will overshoot its mark, in particular if the form of a Directive is chosen. In any event, the Instrument should where possible be aligned with globally accepted definitions, notably the UNGP’s definition of “human rights”. The proposed extension beyond UNGP’s “international recognized human rights” – the international bill of rights (the UN Universal Declaration and Covenants on Human Rights) and the ILO Core Labour Standards – would lead to unacceptable unpredictability⁹⁸.

b. First tier/all tiers responsibility?

The EP resolution of 10 March 2021 notes:

“(44) Undertakings should be required to make all proportionate and commensurate efforts within their means to identify their suppliers and subcontractors and make relevant information accessible to the public, with due regard to commercial confidentiality. In order to be fully effective, due diligence should not be limited to the first tier downstream and upstream in the supply chain but should encompass those that, during the due diligence process, might have been identified by the undertaking as posing major risks. This Directive, however, should take account of the fact that not all undertakings have the same resources or capabilities to identify all their suppliers and subcontractors and therefore this obligation should be made subject to the principles of reasonableness and proportionality, which in no case should be interpreted by undertakings as a pretext not to comply with their obligation to make all necessary efforts in that regard”

While these principles are to be welcomed, it will be very important to define the due care obligations of businesses as precisely as possible in the Instrument. A gradual refinement over time of the criteria, based on factual outcomes of their application, determined in cooperation with the companies concerned, may be a recommendable methodology.

2. Which companies should be covered?

a. EU based/non-EU-based companies?

In order to avoid unfair competitive advantages for non-EU-based companies operating in the internal market at the expense of EU companies, the Instrument is likely to apply to both. Also, the Instrument should apply to both private and state-owned companies. This will also offer additional protection to victims, because all these types of companies will then be subject to the same public law monitoring

⁹⁷ As illustrated, for example, by the cases referred to above, fn. 5

⁹⁸ For more precise definitions see the draft Directive for an amendment of the Non-financial Reporting Directive, published by the Commission on 21 April 2021, Articles 19 a – c, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0189>. For an interesting detailed proposal for a definition of “Adverse Human Rights Impact”, see the draft recently published by the Canadian NGO The Canadian Network on Corporate Accountability, “The Corporate Respect for Human Rights and the Environment Abroad Act”, Part IV: General Provisions, Art. 8 (cf. also Art.10 on the overriding effect of the draft Act’s provisions) at <https://cnca-rcrce.ca/site/wp-content/uploads/2021/05/The-Corporate-Respect-for-Human-Rights-and-the-Environment-Abroad-Act-May-31-2021.pdf>

and enforcement mechanism established by the Instrument. **This will require, however, adequate private international law rules**, see above, **Proposal I**.

b. Large/medium sized/ small companies?

Ideally, all companies, large, medium sized or small should be made aware of, and combat, the adverse effects of their activities and those in their supply chains on human rights, the environment, and good governance, in- and outside of the EU. In order to give tangible but also fair results, however, the Instrument should take into account the evolving nature of the current awareness process. A step by step gradual expansion of the range of companies covered by the Instrument.⁹⁹.

C. Provision on civil liability for non-compliance with due diligence (see In Introduction, paras 27-30 above):

Instead of the proposed Article 19 (2) of the Resolution, a rule might be included to put beyond doubt that the substantive provisions of the Directive not only seek to regulate the conduct of companies, but also to enable victims to seek redress against non-compliance with its provisions:

Member States shall ensure that] the due diligence provisions of the Instrument may be invoked by persons seeking compensation for damage suffered as a result of non-compliance with these provisions, or:

Member States shall ensure that] those affected by the company's failure to exercise due diligence have access to judicial and/or non-judicial remedies (such as financial compensation for the harm suffered, restoration to the position before the harm took place, preventative remedies including injunctions to force the company to cease with ongoing or potentially harmful conduct, or, in climate change actions, compensation calculated as a percentage of the company's contribution to the damage¹⁰⁰.

⁹⁹ The draft Directive for an amendment of the Non-financial Reporting Directive, cited in the previous fn. offers an example of such a step by step expansion of the coverage of an EU instrument .

¹⁰⁰ Cf. the draft for "The Corporate Respect for Human Rights and the Environment Abroad Act", cited above, fn. 49, Part IX: Private Right of Action, Arts. 41-47.

ANNEXE III

GEDIP - sous-groupe "Principes généraux"

Document de travail pour la réunion virtuelle 2021

Lignes directrices : Lois de police

Ces lignes directrices représentent l'opinion des membres du sous-groupe sur une reformulation partielle des orientations du droit international privé européen concernant les lois de police. Le texte des règlements existants et les solutions jurisprudentielles les interprétant ont en partie été maintenus ; mais en partie, il en a été divergé.

I. Définition et finalités

1. Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un Etat pour la sauvegarde de ses intérêts publics au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application et présentant un lien étroit avec cet Etat, quelle que soit par ailleurs la loi applicable à la situation en question.ⁱ La protection d'une partie à la relation concernée peut relever des intérêts publics au sens de la définition qui précède.ⁱⁱ Les règles issues d'actes du droit de l'Union peuvent également relever de ladite définitionⁱⁱⁱ pour les situations présentant un lien étroit avec l'Union^{iv}.

2. Le respect des lois de police correspond à un mécanisme de portée générale^v. Sa mise en œuvre n'est pas limitée à un domaine particulier^{vi}. Elle doit cependant être conforme aux libertés de circulation européennes^{vii}, lorsque celles-ci s'appliquent^{viii}.

II. Lois de police de l'Etat du for

Les lois de police de l'Etat du juge saisi s'appliquent conformément aux normes d'applicabilité qu'elles contiennent expressément ou implicitement.

III. Lois de police émanant d'Etats autres que l'Etat du for

1. L'application ou la prise en considération de lois de police étrangères par rapport au for saisi sont possibles dans les cas suivants. Sauf exception spécialement mentionnée ci-après, ces hypothèses d'application ou de prise en considération sont indépendantes de l'appartenance ou de la non-appartenance à l'Union européenne de l'Etat dont émane la loi de police.

2. L'effet des lois de police devrait en principe être indépendant des règles de compétence judiciaire^{ix}. Il peut y avoir lieu de donner effet aux lois de police étrangères notamment dans l'hypothèse où les juridictions de l'Etat dont émane la loi de police sont également compétentes ou le seraient en

l'absence d'une convention des parties ayant fondé la compétence du juge saisi, en particulier lorsque ces juridictions sont celles d'un autre Etat membre^x.

3. Sous réserve de l'ordre public du for, le fait qu'une disposition de la *lex causae* revêt les caractéristiques d'une loi de police n'est pas une raison d'en refuser l'application ou de ne l'appliquer que dans des conditions moins favorables que les autres dispositions de la *lex causae*.

4. L'application dérogatoire, dans l'Etat du for, d'une loi de police étrangère ne faisant pas partie de la *lex causae* est possible lorsque le tribunal saisi décide qu'elle correspond aux nécessités de la coopération de l'Etat du for avec l'Etat dont émane la loi de police au vu des objectifs poursuivis par celle-ci, notamment lorsque ces objectifs sont communs aux deux Etats ou mettent en œuvre des valeurs communes.

Entre Etats membres de l'Union, ceci pourra être le cas en particulier conformément au principe de coopération loyale en vertu de l'article 4(3) TUE^{xi}.

Pour décider si effet doit ainsi être donné à une loi de police émanant d'un Etat autre que l'Etat du for, il sera tenu compte des conséquences qui découleraient de son application ou de sa non-application.^{xii}

5. Ce qui précède est sans préjudice de la prise en considération d'une loi de police étrangère comme élément d'appréciation lors de l'application d'une règle du droit matériel applicable.^{xiii}

ANNEXE IV

GEDIP - sous-groupe "Principes généraux"

Document de travail pour la réunion virtuelle 2021

LIGNES DIRECTRICES CONCERNANT LA RECONNAISSANCE DU STATUT D'UNE PERSONNE [PHYSIQUE] CONSTITUEE A L'ETRANGER : INCIDENCE DU DROIT PRIMAIRE DE L'UNION EUROPEENNE

Ces lignes directrices ont pour contexte général une tendance se faisant jour dans la doctrine du droit international privé au départ du droit des libertés et droits fondamentaux, à instituer une « méthode de reconnaissance de situations valablement constituées à l'étranger ». Elles ne concernent cependant, dans un premier temps, que l'encadrement de la reconnaissance du statut d'une personne physique par le droit primaire de l'Union européenne, sans préjudice d'une décision du Groupe de les étendre au statut d'une personne morale ou de proposer une généralisation de la « méthode de reconnaissance » au-delà des cas où la reconnaissance est obligatoire en vertu du droit de l'Union.

I. Contexte du droit primaire de l'Union européenne

1. Le contexte général du droit de l'Union exerce une contrainte sur les solutions de conflit de lois. La matière civile transfrontière ne constitue qu'un domaine d'application des règles du droit primaire qui s'imposent au DIP. Il en résulte qu'un régime de reconnaissance n'est pas un simple choix politique mais qu'il est inhérent à l'ordre juridique de l'Union, en particulier le droit du marché intérieur et de la citoyenneté européenne, ainsi que comme principe directeur de la coopération judiciaire en matière civile (art. 81 TFUE), dans le respect de la Charte européenne des droits fondamentaux.

2. La reconnaissance mutuelle est un « principe » inhérent aux différentes libertés de circulation¹⁰¹. Issue de la jurisprudence *Cassis de Dijon*, elle a spécialement pour objet la reconnaissance, dans un cas particulier, d'une réglementation à laquelle le produit, le service, la relation de travail s'est conformé dans l'Etat membre d'origine. En matière de citoyenneté, ses premières applications ont porté sur la reconnaissance dans l'Etat d'accueil d'un nom enregistré valablement dans un autre Etat membre de résidence ou de nationalité de la personne¹⁰². Dans le domaine du droit d'établissement des personnes morales, la reconnaissance est due en principe à la personnalité acquise valablement dans l'Etat membre de constitution¹⁰³. Cette reconnaissance n'est toutefois pas absolue, chaque fois qu'une disposition de l'Etat d'accueil s'opposant à la commercialisation ou à l'activité en cause sur le territoire de cet Etat est justifiée par une raison légitime d'intérêt général, tel l'ordre public, et est proportionnée.

¹⁰¹ Par ex. les arrêts *Commission c. Italie*, « Remorques », du 10 février 2009, C-110/05 et *Commission c. Rép. tchèque*, « Poinçon de métal précieux », du 22 septembre 2016, C-525/14.

¹⁰² Arrêts *Garcia Avello* du 2 octobre 2003, C-148/02, et *Grunkin & Paul* du 14 octobre 2008, C-353/06.

¹⁰³ Arrêts *Centros* du 9 mars 1999, C-212/97, et *Inspire Art* du 30 septembre 2003, C-167/01.

3. Le principe général de proportionnalité fait partie intégrante de tout régime de protection des libertés et droits fondamentaux. Il induit une vérification de l'aptitude de la mesure restrictive en cause à réaliser l'objectif légitime d'intérêt général poursuivi et de la nécessité de cette mesure pour atteindre cet objectif. Pour apprécier cette nécessité, il est tenu compte, notamment, du degré d'équivalence des contenus des législations de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil¹⁰⁴. La matière civile fournit plusieurs illustrations. Ainsi, en matière de nom ou de mariage, ne remplit pas le test d'aptitude la mesure inefficace car contredite par d'autres dispositions nationales¹⁰⁵ ou la mesure ne correspondant pas au but invoqué¹⁰⁶. De même, ne remplit pas le test de nécessité la mesure qui ne tient pas compte du contenu équivalent du droit matériel étranger ou ne tient pas compte d'alternatives de droit matériel¹⁰⁷.

II. Orientations d'un régime de reconnaissance dans la matière civile au regard du droit primaire de l'Union.

II.1 Objectifs et domaine d'un régime de reconnaissance

1. L'objectif d'un régime de reconnaissance en matière civile est d'assurer l'exercice de droits résultant d'un rapport juridique constitué hors du système du for conformément à un droit étranger. Un tel régime tend à sauvegarder l'exercice des libertés ou droits fondamentaux de la personne, physique [ou morale], établis par le droit de l'Union.

2. Un tel régime n'a pas pour objet premier d'établir une règle de conflit de lois se substituant à celle du for¹⁰⁸. Il affecte plutôt la mise en œuvre de la règle de conflit du for, en ce sens que celle-ci ne peut pas avoir pour résultat de désigner une règle matérielle ne tenant pas compte de certains droits constitués en vertu de règles matérielles d'un système juridique étranger¹⁰⁹. Ainsi, le principe de reconnaissance établit un encadrement des modalités d'application de la règle matérielle désignée plutôt que de sanctionner le critère de rattachement du for. D'ailleurs, cette règle matérielle du for peut notamment avoir été rendue applicable par l'exception d'ordre public, dès lors que celle-ci apparaît comme une justification d'intérêt général encore exposée à un examen de proportionnalité.

¹⁰⁴ Voy. les arrêts « *Machine à travailler le bois* » du 22 janvier 1986, 188/84 (marchandises) et *Commission c. Allemagne*, « *Assurances* », du 4 décembre 1986, 205/84 (services). En matière contractuelle, voy. les arrêts *Arblade* du 23 novembre 1999, C-369/96, et *Mazzoleni* du 15 mars 2001, C-165/98. Le test de nécessité consiste plus généralement à vérifier la possibilité d'une mesure alternative moins restrictive de la liberté de circulation : voy., en matière de sociétés, par exemple l'arrêt *Polbud* du 25 octobre 2017, C-106/16.

¹⁰⁵ Arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin & Paul*.

¹⁰⁶ Arrêt *Coman* du 5 juin 2018, C-673/16 : l'Etat invoque l'ordre public de la famille mais celui-ci n'est pas affecté par la problématique migratoire.

¹⁰⁷ L'arrêt *Garcia Avello* évoque les avantages comparatifs du système du double nom (droit espagnol) sur celui du nom patronymique (droit belge).

¹⁰⁸ Arrêt *Coman* implicite ; P. LAGARDE, Leçon inaugurale de la session La Haye de 2014. De même inversement, le rapport juridique peut devoir se conformer à la règle de conflit de l'Etat d'accueil (arrêt *Polbud*). Par analogie avec le droit primaire de l'Union, l'art. 8 CEDH n'interdit pas l'application de la règle de conflit de l'Etat d'accueil au rapport juridique constitué à l'étranger (arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 28 juin 2007, n° 76240/01 ; arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, n° 65192/11).

¹⁰⁹ Dans le contexte de la CEDH, arrêt *Mennesson*, appelant le juge français à retenir dans le droit français toute forme de lien de filiation substituable à la GPA, telle la possession d'état ou l'adoption, quitte à en adapter le régime matériel pour assurer un traitement accéléré en fonction des circonstances.

3. Le domaine matériel du principe de reconnaissance peut couvrir la constitution de tout rapport juridique en matière civile ou commerciale. Cependant, l'acquisition d'un statut juridique, par une personne physique, semble appeler une approche spécifique, dans le domaine correspondant à celui de la « méthode de reconnaissance des situations juridiques » en droit international privé¹¹⁰. Cette approche se distingue du régime de reconnaissance mutuelle des réglementations des Etats membres, dont le domaine couvre pratiquement, pour la matière civile, outre la constitution de la personnalité morale¹¹¹, des matières relevant de lois de police au sens du droit international privé¹¹².

4. Le domaine spatial se limite à première vue aux situations entrant dans celui des libertés de circulation du droit primaire¹¹³. Toutefois, lorsque l'espèce affecte des droits garantis par la Charte de l'Union et par la CEDH, la question d'une extension à toute situation transfrontière mérite examen. En effet, la portée de ces droits en vertu du droit de l'Union est « la même » que celle conférée par la CEDH (art. 52.3 Charte), laquelle peut viser des droits constitués dans un pays non contractant¹¹⁴. Néanmoins, il y a encore lieu de tenir compte de la limitation de la portée de la Charte au « domaine du droit de l'Union »¹¹⁵. Le domaine du régime de reconnaissance pourrait alors viser toute situation affectant l'exercice effectif d'une liberté de circulation, sans exclure que les droits invoqués aient pu être constitués dans un Etat non membre¹¹⁶.

II.2. Régime de reconnaissance d'un statut constitué à l'étranger

1. Selon le droit de l'Union, l'Etat du for est tenu de reconnaître en règle générale une vie familiale effective constituée valablement à l'étranger, dans un Etat [membre] dont une partie avait la nationalité ou sur le territoire duquel une partie résidait habituellement à ce moment. Cette validité s'apprécie par application du droit étranger, y compris les règles de droit international privé.

2. L'obligation de reconnaissance n'est pas absolue. Ses limites appellent un encadrement dont il convient de fixer les modalités dans un but de sécurité juridique. De manière similaire aux décisions

¹¹⁰ La notion de « situation juridique » reste imprécise en doctrine. Elle rend compte essentiellement d'une condition d'effectivité dans l'exercice d'un droit fondamental dans le contexte de la CEDH. Elle n'exclut cependant pas que cette situation repose sur un statut constitué conformément au droit d'origine.

¹¹¹ Le droit applicable aux personnes morales a fait l'objet de travaux antérieurs du Groupe, finalisés lors de la réunion de Milan en 2016.

¹¹² Ce point est couvert par les lignes directrices consacrées aux lois de police.

¹¹³ A savoir pratiquement, toute marchandise originaire dans un autre Etat membre, ou en provenance d'un Etat tiers commercialisée dans un Etat membre (arrêt *Commission c. Rép. tchèque* du 22 septembre 2016), ou tout service offert dans un Etat membre par un prestataire établi dans un autre Etat membre, ou toute personne, physique ou morale, ressortissante d'un Etat membre, voulant s'établir dans un autre Etat membre, ou encore tout travailleur ressortissant d'un Etat membre accédant à ou appartenant au marché de l'emploi d'un autre Etat membre. Il en va de même d'un citoyen de l'Union exerçant un droit de séjour dans un Etat membre autre que celui dont il a la nationalité, ou dans cet Etat après avoir exercé un droit de séjour dans un autre Etat membre.

¹¹⁴ Dans le cadre de la CEDH, comp. les arrêts *Wagner, Henry Kismoun* (5 décembre 2013, n° 32265/10) et *Negrepointis* (3 mai 2011, n° 56759/08).

¹¹⁵ Art. 51 Charte ; arrêt *Dereci* du 15 novembre 2011, C-256/11 ; arrêt *Lida* du 8 novembre 2012, C-40/11, § 80 : inapplication de la Charte à une situation « non régie par le droit de l'Union », ou « ne présentant aucun lien de rattachement avec le droit de l'Union ». Une telle situation peut alors relever encore du domaine de la CEDH (arrêt *Dereci*).

¹¹⁶ Autre est la question d'une extension de l'habilitation législative de l'Union à toute situation externe par la voie de la préemption d'une compétence interne dans un domaine déterminé (par ex., avis 3/15 « *traité de Marrakech* » du 14 février 2017), ou lorsque les aspects externes d'une politique sont indissociables des aspects internes (par ex. avis 1/03 « *Convention de Lugano bis* » du 7 février 2006).

judiciaires étrangères, un régime de reconnaissance pourrait énoncer une liste de motifs de refus, fondés, notamment, sur l'ordre public¹¹⁷ – dans les limites d'un contrôle de proportionnalité – et sur l'abus du droit de l'Union – en cas de contournement du droit national applicable par l'exercice à cette seule fin d'une liberté de circulation¹¹⁸.

3. Une condition de proximité constitue une constante de la technique de reconnaissance. Ainsi, la Cour de justice a égard, à propos du statut acquis par une personne physique, à la circonstance que celle-ci avait une résidence habituelle dans l'Etat membre d'acquisition¹¹⁹, ou qu'elle avait la nationalité de cet Etat¹²⁰. Le droit international privé comparé ou conventionnel admet un contrôle de validité du statut selon la loi de résidence habituelle ou de nationalité d'une des parties au rapport juridique¹²¹. [Par comparaison pour une personne morale, la personnalité juridique peut avoir été acquise sans autre exigence qu'une constitution conforme aux modalités d'inscription dans un registre public d'un Etat membre dont la personne est ressortissante au sens de l'article 54 TFUE¹²².]

4. L'appréciation d'un motif de refus doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce. Notamment, la reconnaissance ne peut pas être refusée du seul fait d'un choix de la loi la plus

¹¹⁷ Arrêt *Sayn-Wittgenstein* du 22 décembre 2010, C-208/09.

¹¹⁸ Selon l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff* du 2 juin 2016, C-438/14, § 57, citant l'arrêt *Centros*, l'Etat peut lutter contre le « contournement du droit national en matière d'état des personnes par l'exercice à cette seule fin de la liberté de circulation et des droits qui en résultent ». Ce motif de refus relève autant de la notion d'abus du droit de l'Union (sur les éléments constitutifs de cette notion, voy. l'arrêt *Torresi* du 17 octobre 2014, C-58/13, §§ 45 et 46) que de celle de fraude à la loi.

¹¹⁹ Arrêts *Grunkin & Paul* (enfant ayant une résidence effective et contenue dans le pays de sa naissance), *Freitag* (personne revendiquant un changement de nom selon le droit de sa nationalité d'origine), *Coman* (mariage célébré en conformité avec le droit applicable dans le pays de célébration où résidait habituellement le citoyen européen). Une telle condition pourrait être compatible avec l'art. 7 de la Charte, qui reçoit la « même portée » que l'art. 8 CEDH (arrêt *Coman*). Or, elle paraît inhérente à la condition d'une vie familiale effective lorsque l'espèce porte sur la reconnaissance d'un lien d'adoption établi à l'étranger, tant que l'adopté ne peut quitter son pays d'origine dans l'attente d'une telle reconnaissance (affaire *Wagner*).

¹²⁰ Arrêt *Garcia Avello*, dans le cas d'un binational.

¹²¹ Cette tendance est manifeste en matière de nom (art. 48 EGBGB ; art. 16 loi hongroise ; art. 37 loi suisse ; art. 39 loi belge ; art. 311-24-1 C.civ. français ; Conv. CIEC 2005). En matière de mariage, voy. la Convention de La Haye de 1978 (cependant peu ratifiée) ; pour le partenariat, la Convention CIEC 2007.

¹²² Arrêts *Centros* et *Inspire Art. Comp.* cependant une exigence d'implantation réelle dans l'arrêt *AGET Iraklis* du 21 décembre 2016, C-201/15, selon lequel la liberté d'établissement suppose une telle implantation de la société dans l'Etat d'accueil et l'exercice d'activités économiques effectives (rappelant l'arrêt *VALE* du 15 décembre 2011, C-378/10). De même, l'arrêt *Polbud* admet l'application de lois impératives de l'Etat membre de sortie lorsque l'entreprise continue d'exercer des activités sur le territoire après transfert de son siège.

favorable¹²³ [, ni sans un examen préalable du degré d'équivalence du statut en cause avec une institution correspondante du droit du for¹²⁴].

5. L'appréciation de l'intensité de l'exception d'ordre public ou des éléments constitutifs d'un abus de droit pourrait prendre en considération l'absence de consolidation du statut à l'étranger¹²⁵, en particulier l'absence de rattachement de proximité de la situation personnelle ou familiale avec l'Etat dans lequel le statut a été constitué. Il peut en aller ainsi lorsque la personne ou aucune des parties n'a la nationalité de cet Etat ou ne réside sur le territoire de cet Etat lors de la constitution du statut¹²⁶.

6. En cas de refus de reconnaissance, le juge saisi doit examiner, lors de l'application de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for, si l'exercice effectif de la vie familiale peut être assuré en l'espèce par une institution juridique d'effet équivalent à celui de l'institution qui a permis la constitution de la vie familiale à l'étranger¹²⁷.

II.3. Esquisse d'une règle de reconnaissance dans un code européen

1. La rédaction d'une disposition de la partie générale d'un code européen pourrait utiliser différents modèles. Pour rappel, lors de la réunion de Bruxelles (2011), P. Lagarde avait présenté un embryon de règlement portant code européen de droit international privé, comme suit :

Art. 1.45. Une situation juridique valablement constituée dans un État membre et formalisée dans un acte public est reconnue dans les autres Etats membres, quelle que soit la loi appliquée à sa constitution.

¹²³ A propos des personnes morales, voy. notamment l'arrêt *Centros. Contra* en matière de lutte contre l'évasion fiscale par des montages artificiels, l'arrêt AA du 18 juillet 2007, C-231/05. Plus généralement, le droit primaire n'assure pas que, vu la disparité des législations nationales, le déplacement de la personne soit « neutre » et puisse entraîner l'application d'une loi moins favorable (arrêt *Schempp* du 12 juillet 2005, C-403/03, en matière de citoyenneté, à propos du régime fiscal d'une dette alimentaire dont le créancier réside à l'étranger) : l'Etat d'accueil est en soi libre de déterminer un critère de rattachement, pourvu qu'il soit objectif, sans que la personne puisse nécessairement y invoquer le bénéfice de la loi d'origine (arrêt *Erzberger* du 18 juillet 2017, C-566/15, concernant la représentation des travailleurs). En droit comparé, à propos des personnes physiques, la faculté d'un tel choix s'observe par exemple entre la loi de la nationalité et la loi de la résidence. Pour les personnes morales, le libre choix de loi peut résulter du choix du lieu d'établissement, mais ceci n'exclut pas tout contrôle d'un abus de droit, toutefois apprécié au cas par cas (arrêt *Centros*). L'arrêt *Polbud* admet encore l'application de lois impératives de l'Etat membre de sortie, et la personne morale doit se soumettre après transfert de siège à la loi désignée par la règle de conflit de lois de l'Etat membre d'accueil

¹²⁴ Cette exigence-ci est inhérente au contrôle de nécessité comme condition de proportionnalité (*supra*, I, n° 3). Elle s'impose principalement à propos de la reconnaissance mutuelle des normes. Comp. en ce sens, dans le contexte de la CEDH, l'appréciation par la Cour des droits de l'homme de la reconnaissance d'une *kafala* comme institution suffisante, comparée à l'adoption, en termes de protection des intérêts de l'enfant (arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012, n° 43631/09, § 48 et s.).

¹²⁵ L'arrêt *Coman* prend soin d'évoquer la circonstance d'une « vie familiale consolidée » dans un autre Etat membre. Comp. en ce sens dans un contexte migratoire, l'arrêt *SM* du 26 mars 2019, C-129/18, à propos d'une demande de regroupement basée sur un statut de *kafala* : au sens de l'art. 7 de la Charte qui reçoit la même portée que l'art. 8 CEDH (§ 65), il convient de tenir compte de « l'existence d'une vie commune que l'enfant mène avec ses tuteurs » (§ 69). Comp. aussi l'arrêt *Wagner*, commandant de tenir compte des « liens familiaux existant *de facto* » entre l'adoptant et l'adopté en l'espèce (§ 125).

¹²⁶ Un tel élément de proximité, relevé par plusieurs arrêts de la Cour de justice (note 18), ne paraît pas incompatible avec l'arrêt *Zhu & Chen* (C-200/02, 19 octobre 2004). Dans ce cas en effet, l'enfant avait acquis la nationalité irlandaise, certes du seul fait de sa naissance. S'il avait acquis par exemple un nom selon le droit irlandais, l'Etat d'accueil aurait dû reconnaître ce nom selon les présentes orientations. Il est à noter que celles-ci n'exigent pas une condition d'effectivité de la nationalité.

¹²⁷ Voy. notamment l'arrêt *Mennesson*, *supra* note 9.

Art. 1.46. Sans préjudice d' autres motifs de non-reconnaissance énoncés dans la partie spéciale du présent règlement, une situation n' est pas reconnue :

- 1) si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'État membre requis ;
- 2) en l'absence totale de lien entre l'État en conformité de la loi duquel la situation a été créée et l'État de la résidence ou de la nationalité des personnes concernées.

2. Au sens de ces lignes directrices, une disposition générale de reconnaissance d'un statut relative à l'incidence du droit primaire de l'Union sur la reconnaissance pourrait se présenter comme suit :

1. L'application d'une disposition du droit désigné par la règle de conflit de lois du for est sans préjudice de l'application du droit désigné par la règle de conflit d'un Etat étranger, en conformité duquel un statut a été constitué, lorsqu'elle aurait pour effet de refuser de reconnaître ce statut en violation d'une liberté ou d'un droit fondamental du droit de l'Union.

2. Au sens du paragraphe 1^{er}, un statut vise les éléments constitutifs de l'identité d'une personne physique, la validité d'un lien de filiation, d'adoption ou d'une institution analogue, et la validité d'une relation de couple.

3. La reconnaissance peut être refusée, notamment :

- en cas d'incompatibilité avec une valeur fondamentale constitutive de l'ordre public du for, dans le respect du principe de proportionnalité ; ou
- lorsque le statut a été constitué en conformité avec le droit d'un Etat dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la règle de conflit de lois du for [, notamment par l'exercice d'une liberté de circulation aux seules fins de contourner l'application de ce droit]. Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée du seul fait d'un choix de la loi la plus favorable.

4. Lors de l'appréciation des motifs de refus, il est tenu compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment :

- [le degré d'équivalence de l'institution étrangère en cause avec l'institution correspondante du droit applicable en vertu de la règle de conflit de lois du for ;]
- l'absence de lien significatif de la situation avec l'Etat dans lequel le statut a été constitué, en particulier lorsque la personne concernée n'a pas la nationalité de cet Etat ni sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat à ce moment ;
- l'absence d'exercice effectif des droits découlant du statut en cause.

5. En cas de refus de reconnaissance, il y a lieu d'examiner, au vu de l'ensemble de la situation de la personne en cause, la possibilité d'appliquer une disposition de la loi désignée par la règle de conflit de lois du for ayant un effet équivalent à la disposition qui a permis la constitution du statut à l'étranger, de manière à permettre un exercice effectif de la liberté ou du droit fondamental en cause.

3. Une extension à l'hypothèse d'un statut résultant d'une décision rendue par une juridiction étrangère¹²⁸ pourrait être formulée en ajoutant un paragraphe 1bis, par exemple comme suit :

¹²⁸ La création du statut en cause peut résulter d'un acte public, tel un acte de l'état civil (par ex. affaire *Grunkin & Paul*), mais pas nécessairement. L'affaire *Garcia Avello* concernait une décision administrative, et rien n'exclut que puisse être invoqué un statut acquis du seul fait de la localisation d'un élément de rattachement à l'étranger : dans l'affaire *Bogendorff von Wolfersdorff*, le requérant allemand avait acquis la nationalité britannique au cours d'une période de résidence professionnelle au Royaume-Uni et fait enregistrer une

1bis. Un statut résultant d'une décision rendue par une juridiction étrangère est reconnu lorsqu'un refus de reconnaissance constituerait une violation d'une liberté ou d'un droit fondamental du droit de l'Union.

4. La formule d'une clause d'exception, dans le cas où celle-ci serait retenue dans la partie générale d'un code européen, permettrait aussi d'intégrer une technique de reconnaissance d'un statut constitué à l'étranger, lorsque, parmi les éléments d'appréciation des liens les plus étroits avec un Etat autre que celui dont la loi est applicable selon la règle de conflit du for, il est tenu compte de la circonstance que le statut a été constitué régulièrement selon les règles de droit international privé d'un État avec lequel cette relation présentait des liens au moment de sa constitution, notamment avec un Etat dont une partie avait la nationalité ou sur le territoire duquel elle résidait habituellement à ce moment.

déclaration de changement de nom auprès de la *Supreme Court*. Par ailleurs, le statut invoqué peut résulter d'une décision judiciaire, telle une adoption (affaire *Sayn-Wittgenstein* ; par analogie, affaire *Wagner*).

ANNEXE V

GEDIP – Document de travail pour la réunion virtuelle 2021

C. KOHLER, 17 septembre 2021

Actualités du droit de l'Union européenne intéressant le DIP

Cette année, « l'actualité » du droit de l'Union européenne (UE) tourne autour de la demande du Royaume-Uni (RU) d'adhérer à la Convention de Lugano de 2007 (CL). Vous savez certainement que la Commission, dans une communication du 4 mai 2021 au Parlement Européen (PE) et au Conseil (COM(2021) 222), a estimé que l'UE ne devrait pas donner son accord à l'adhésion du RU parce que la CL est « une mesure d'accompagnement du marché intérieur, liée au contexte UE-AELE/EEE ». Le RU étant un pays tiers « sans lien particulier avec le marché intérieur », la coopération judiciaire avec cet État devrait s'organiser « dans le cadre des conventions multilatérales de La Haye ». La Commission terminait en précisant que par sa communication elle informe le PE et le Conseil « de son évaluation et leur donne la possibilité d'exprimer leur point de vue avant d'informer le dépositaire de Lugano en conséquence ». Peu après, par une note verbale du 22 juin 2021 communiquée au dépositaire, la Commission a fait savoir que l'UE « n'est pas en mesure de consentir à inviter le RU à adhérer à la CL ». Or, à ce moment, ni le PE ni le Conseil n'avaient pris position (ou « exprimé leur point de vue ») sur la demande du RU et son évaluation par la Commission. Cet état des faits appelle des observations à deux niveaux, dont le premier concerne la motivation pour l'évaluation négative de la demande britannique et le second, la compétence de la Commission pour notifier le refus de l'UE et la procédure suivie à cet égard.

I. L'évaluation négative de la demande britannique par la Commission

L'argument décisif utilisé par la Commission pour évaluer la demande britannique est le prétendu lien de la CL avec les relations économiques entre l'UE et les États de l'EEE/AELE, qui constituerait la "nature" de la convention et dont l'absence empêcherait l'adhésion à celle-ci. Or, ni le libellé ni l'objectif ou l'historique de la convention ne permettent d'établir un tel lien, qui ferait finalement de la CL une convention fermée. Cela vaut d'abord pour le régime d'adhésion lui-même. Selon l'article 70 CL, outre les États qui deviennent membres de l'AELE (et les EM de l'UE agissant pour certains territoires non européens) « tout autre État » peut adhérer à la convention si les conditions énoncées à l'article 72 CL – qui visent la transmission de certaines informations et déclarations et n'incluent pas l'existence de relations économiques entre les parties contractantes – sont remplies. Ensuite, le fait que la facilitation de la coopération judiciaire transfrontière favorise les relations économiques entre les États concernés est un lieu commun et a été à l'origine du mandat donné aux États membres à l'article 220 du traité CEE et de la Convention de Bruxelles de 1968 qui en a résulté. L'extension des principes qu'elle contient aux États de l'AELE par la première Convention de Lugano

(1988) a également eu lieu, comme le dit le préambule, dans la conscience des liens qui existent entre les parties contractantes :

"et qui ont été consacrés dans le domaine économique par les accords de libre-échange entre la Communauté économique européenne et les États membres de l'Association européenne de libre-échange".

Et le même constat s'applique à la convention de Lugano 2007 dont le préambule contient un passage identique. Par ailleurs, ce préambule ne fait pas mention de l'Espace économique européen, lequel n'existait pas en 1988 et dont la Suisse ne fait toujours pas partie.

Le fait que l'existence et le développement de liens économiques entre l'UE et les États de l'AELE aient été l'un des *motifs* de la conclusion de la convention de Lugano ne signifie pas que ces liens soient une *condition préalable* à la participation à la convention. En outre, les liens économiques tissés entre l'UE et le Royaume-Uni depuis des décennies n'ont pas simplement disparu suite au Brexit. Un nouveau cadre leur a été donné avec l'accord de commerce et de coopération entre les parties, qui est appliqué depuis le 1^{er} janvier 2021 et qui, selon les propres déclarations de la Commission, « va au-delà des accords de libre-échange traditionnels et constitue une base solide pour préserver notre amitié et notre coopération de longue date ». En effet, cet accord permet la poursuite des relations économiques entre le RU et l'UE sous de nouveaux auspices et dans des conditions modifiées, et jette les bases pour des relations juridiques et politiques allant au-delà, qui sont au moins comparables à celles existant entre l'UE et les États de l'AELE.

La "nature" de la convention de Lugano ne peut donc pas être invoquée pour justifier l'évaluation négative de la Commission. La véritable raison de cette évaluation devient visible dans le sous-texte qui empreint la communication et apparaît dans les formulations sur le Royaume-Uni, qui montrent une fois de plus les blessures politiques – et probablement aussi personnelles – qui sont allées de pair avec le Brexit. En fait, l'argument des relations économiques prétendument insuffisantes entre l'UE et le Royaume-Uni n'est qu'un prétexte pour dissimuler le fait que le rejet de la demande d'adhésion n'est rien d'autre qu'une réaction politique au Brexit, un règlement de comptes après que le Royaume-Uni s'est détourné de l'UE avec des effets collatéraux parfois douloureux.

II. Le Royaume-Uni en tant que partie de l'espace judiciaire européen

L'insuffisance de la motivation avancée par la Commission ne signifie pas forcément que l'UE doive consentir à la demande britannique. Quelle devrait être sa position à cet égard ? À notre avis, ce sont l'objectif et la fonction de la CL qui fournissent la réponse à cette question. La convention vise à renforcer la protection juridique des personnes qui résident sur le territoire des parties contractantes. À cette fin, elle a étendu aux États de l'AELE les règles et principes qui s'appliquaient aux États membres de l'UE et qui étaient contenus d'abord dans la Convention de Bruxelles, puis dans le Règlement de 2001. Par le biais des "conventions parallèles", un *espace judiciaire commun* a été créé au sein duquel le contentieux civil transfrontalier est soumis à des conditions-cadre uniformes. Ce contentieux se rattache aux relations qui se sont développées entre les citoyens et les entreprises dans les États participants et qui n'impliquent pas seulement les acteurs économiques de haut niveau, mais aussi les citoyens ordinaires qui vivent ou travaillent et se déplacent dans l'espace judiciaire élargi en tant que salariés, consommateurs, étudiants, touristes, créanciers alimentaires, etc. Le RU a fait partie de l'espace judiciaire Lugano pendant trente ans. Le fait que cela n'est plus vrai depuis le Brexit

est un effet *collatéral* du retrait, qui n'était pas intentionnel mais qui ne pouvait pas être évité, le Royaume-Uni n'étant lié à la CL de 2007 qu'en tant qu'État membre de l'Union.

Or, la nécessité d'un cadre uniforme pour la protection juridique transfrontalière par rapport au RU n'a pas disparu avec le Brexit. Les liens économiques, professionnels, personnels et familiaux qui se sont développés au fil des décennies entre les ressortissants du Royaume-Uni et ceux de l'UE 27 et des États AELE concernés persistent dans d'innombrables cas et peuvent rendre nécessaire une protection judiciaire transfrontière. En effet, le besoin de sécurité juridique que la CL satisfait reste le même qu'avant le retrait. Ni la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for ni la Convention de La Haye de 2019 sur la reconnaissance des jugements n'offrent un cadre comparable à celui de la CL. Il est vrai que la communication de la Commission suggère que l'appartenance du RU à l'espace judiciaire européen devrait être considérée comme un « privilège » auquel le RU n'aurait plus droit. Or, c'est méconnaître que la CL est fondée sur la *réciprocité* et qu'elle confère des droits et des obligations identiques à toutes les parties contractantes. En rejetant la demande d'adhésion du RU à la CL, la Commission frappe les citoyens et les entreprises des États de l'UE de la même manière que les citoyens et les entreprises du RU. Elle ignore également les intérêts des États AELE et de leurs ressortissants qui se sont prononcés en faveur de l'acceptation de la demande britannique.

Pour toutes ces raisons, l'adhésion du RU en tant que partie contractante indépendante à la CL est dans l'intérêt bien compris de l'UE, des États AELE et certainement des justiciables. De surcroît, elle s'inscrirait dans la logique du *Trade and Cooperation Agreement* avec le RU au sujet duquel la Commission a invoqué la volonté de préserver « notre amitié et notre coopération de longue date ». Mais il y a plus. Le RU reste lié à l'UE et ses États membres par des valeurs et convictions communs dont notamment ceux qui fondent l'État de droit. À cet égard, on rappellera que la CL vise à étendre à des pays tiers certains règles et principes fondamentaux de la coopération judiciaire de l'UE, même si cela ne vaut pas pour des principes spécifiquement liés à l'intégration. Toutefois, des principes directeurs tels que la confiance mutuelle dans les structures juridictionnelles, l'accès à la justice, la prévisibilité de la juridiction, la protection de la partie la plus faible, sont partagés par les États Lugano de l'AELE, qui sont tous parties à la CEDH, et le même constat est vrai pour le RU. Finalement, il ne doit pas être oublié que, selon le protocole n° 2, la CJUE a une fonction essentielle pour l'interprétation de la CL, qui avec l'adhésion du Royaume-Uni s'étendrait également à cet État. Compte tenu de la propagande des partisans du Brexit pour « libérer » le droit britannique de l'influence de la CJUE, la volonté d'accepter cette influence post-Brexit pour le domaine des relations juridiques internationales en matière civile devrait rencontrer un intérêt particulier de la part de l'UE, même si la communication de la Commission n'en parle pas. L'expérience des derniers trente ans enseigne que, lors de l'interprétation de la CL, les États AELE répondent normalement à l'obligation résultant du protocole n° 2, de tenir « dûment compte » de la jurisprudence de la CJUE concernant les instruments de Bruxelles et de Lugano. Il arrive parfois que les tribunaux suisses et norvégiens ne tiennent pas suffisamment compte de la jurisprudence de la CJUE lorsqu'ils interprètent la CL, mais cela ne peut affecter le tableau général de l'interprétation homogène de la CL et des instruments de Bruxelles par les juridictions de tous les États concernés. Si les tribunaux britanniques refusaient de prendre en compte les décisions ultérieures de la CJUE, il s'agirait certes d'une violation des obligations internationales découlant de la CL, mais une telle violation ne saurait être présumée à l'avance.

III. La compétence de la Commission pour notifier le refus de la demande britannique et la procédure suivie

La procédure suivie par la Commission suscite enfin des interrogations qui concernent la compétence de celle-ci pour notifier au dépositaire de la CL que l'UE « n'est pas en mesure » de donner son accord à l'adhésion du RU à la convention. Rappelons que le consentement de l'Union à l'adhésion d'un État tiers à une convention multilatérale qui relève de la compétence exclusive de l'Union constitue, selon la jurisprudence de la CJUE, un « accord » au sens de l'article 218 TFUE pour lequel l'Union est seule compétente (avis 1/13 du 14 octobre 2014). Lors de la préparation et la conclusion d'un tel accord, le Conseil statue sur une recommandation ou, en ce qui concerne la conclusion, sur une proposition de la Commission ; tout au long de la procédure, le Conseil décide en principe à la majorité qualifiée (article 218, paragraphe 8, du TFUE). Le Parlement européen doit approuver la conclusion de l'accord si, entre autres, il concerne un domaine auquel s'applique la procédure législative ordinaire (art. 218, paragraphe 6, du TFUE) ; c'est le cas, selon l'art. 81, paragraphe 2, du TFUE, pour les mesures relatives à la coopération judiciaire en matière civile.

Pour que l'Union puisse donner son consentement de l'UE à la demande britannique une recommandation et une proposition de la Commission auraient donc été nécessaires. Or, quelle est la procédure à suivre si la Commission estime que l'Union ne devrait *pas* donner son consentement ? Suffit-il dans un tel cas que la Commission reste inactive, c'est-à-dire qu'elle s'abstienne simplement à faire une proposition ? À notre avis, la réponse à cette question dépend des conséquences de l'inactivité de la Commission. Si ces conséquences consistent en une prise de position formelle de l'Union qui est communiquée à l'extérieur, ce n'est pas la seule Commission mais les instances auxquelles revient la compétence *ratione materiae* qui doivent décider de la prise de position. Le consentement à l'adhésion d'un État tiers à la CL étant une mesure relevant de la coopération judiciaire en matière civile, toute prise de position à cet égard, que ce soit le consentement à la demande d'adhésion ou le refus du consentement, est de la compétence du PE et du Conseil agissant dans le cadre de la procédure législative ordinaire. Certes, une proposition de la Commission est de rigueur à cet égard, mais il est exclu que la Commission, si elle ne veut pas présenter une proposition, communique elle-même une prise de position négative au nom de l'Union.

En l'occurrence, la Commission n'a pas introduit de proposition mais a simplement informé le Parlement européen et le Conseil de son évaluation et leur a donné « la possibilité d'exprimer leur point de vue ». Or, sans attendre la réaction des deux institutions, elle a ensuite informé le dépositaire que l'UE « n'est pas en mesure de consentir à inviter le Royaume-Uni à adhérer à la Convention ». Par ce comportement contradictoire, la Commission a outrepassé ses compétences et a manqué à son devoir de coopération loyale avec les organes législatifs. Bien entendu, sur le plan international, le défaut de compétence n'empêche pas que la note verbale de la Commission sorte ses effets. Cela signifie que l'UE est supposée ne pas donner son accord pour que le RU soit invité à adhérer à la CL. Or, le rejet conséquent de la demande d'adhésion par l'UE est-il définitif ? La formulation tordue de la note verbale permet d'en douter. L'article 72, par. 3, CL ne s'oppose pas à ce qu'une partie contractante revienne sur son refus initial (le contraire n'étant probablement pas vrai) dans un délai acceptable. De toute manière, si le Parlement et le Conseil devaient arriver à la conclusion que l'UE devrait consentir à inviter le RU à adhérer à la CL, une déclaration circonstanciée de l'UE notifiée au dépositaire serait probablement acceptée par les autres parties contractantes. Dès lors, tout dépend de la question de savoir si les instances compétentes de l'Union puissent dans un proche avenir prendre position sur la demande du RU sur la base d'une proposition adéquate de la Commission.

ANNEXE VI

GEDIP – Document de travail pour la réunion virtuelle 2021

P. KINSCH, 07/09/2021

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (2020-2021)

Aucune avancée majeure de la jurisprudence n'a eu lieu au cours de la période couverte par le présent rapport. On présentera un arrêt ayant trait (selon la Cour) au problème du droit d'accès à un tribunal pour faire juger un litige dépourvu de liens avec l'Etat du for, l'arrêt *Ali Riza c. Suisse* (I) puis une affaire ayant trait à la non-reconnaissance en Islande d'une filiation résultant d'une gestation pour autrui en Californie, l'affaire *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande* (II), et enfin un certain nombre d'affaires d'enlèvement international d'enfants (III).

I. – Refus d'accès aux tribunaux dans une affaire dépourvue de liens avec l'Etat du for (selon l'analyse de la Cour européenne)

L'affaire *Ali Riza c. Suisse* (arrêt du 13 juillet 2021, n° 74989/11) concerne un contentieux d'ordre pécuniaire entre un joueur de football ayant la double nationalité turque et britannique et son club de football turc (le club Trabzonspor Kulübü Derneği), porté par le requérant devant le Tribunal Arbitral du sport avec siège à Lausanne mais dont celui-ci a estimé ne pas pouvoir connaître ; le Tribunal fédéral suisse a par la suite rejeté le recours en annulation contre la sentence.

En l'occurrence, le contentieux entre le requérant et son club de football turc avait été porté par le club d'abord devant le Comité de résolution des litiges, interne à la Fédération de football turque, puis (par le requérant) en appel devant le Comité d'arbitrage de la même Fédération. La compétence de ces organes de la Fédération de football turque était prévue par la loi turque, ce qui en faisait un arbitrage forcé soumis à ce titre aux garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; le requérant, qui n'avait pas obtenu gain de cause devant le Comité d'arbitrage, a introduit une requête devant la Cour européenne contre la Turquie qui aboutit à un arrêt constituant une violation de la Convention (arrêt du 28 janvier 2020, *Ali Riza et autres c. Turquie*, nos 30226/10 et quatre autres). La Cour jugea en effet que l'organe d'arbitrage n'était pas réellement indépendant des organes de la Fédération de football assurant la représentation des clubs de football.

Entre-temps, le requérant avait toutefois saisi le Tribunal Arbitral du Sport d'un recours contre la sentence du Comité d'arbitrage turc.

Comme on le sait, le Tribunal Arbitral du Sport (« TAS ») n'est pas une autorité étatique, par exemple de droit suisse, mais une institution d'arbitrage privée placée sous l'égide de la Fondation pour l'arbitrage international en matière de sport, créée par « les plus hautes autorités représentant le monde du sport » (selon l'historique du TAS sur son site internet : www.tas-cas.org). Les sentences rendues par des arbitres siégeant en Suisse sont toutefois sujettes au recours en annulation devant le Tribunal fédéral suisse, conformément à la loi suisse de droit international privé. En 2018, l'affaire

Mutu et Pechstein c. Suisse (présentée à la réunion de Katowice) avait déjà donné l'occasion à la Cour européenne d'affirmer son contrôle, non pas directement sur les procédures devant le TAS, mais sur les résultats du contrôle étatique assuré par la Suisse, Etat contractant à la Convention européenne des droits de l'homme (suivant une logique proche de l'arrêt *Pellegrini c. Italie* de 2000, en matière de reconnaissance par l'Italie de jugements ecclésiastiques).

Le TAS s'estima incompétent pour connaître du recours du requérant, au motif que la base contractuelle de compétence invoquée – le règlement sur le comité d'arbitrage de la Fédération de Football Turque – prévoyait que toute opposition aux décisions du Comité d'arbitrage pour des litiges découlant notamment de contrats de sportifs, *pour autant qu'ils présentent un élément international*, pouvait être soumise au TAS. Or, jugea le TAS, le litige ne présentait aucun élément international ; s'il était vrai que le requérant avait, outre la nationalité turque, également la nationalité britannique, l'objet du litige était interne à la Turquie, puisqu'il n'impliquait aucun transfert vers un club hors de Turquie et qu'aucun club étranger n'était impliqué dans le litige lui-même. S'agissant de la double nationalité du requérant, le TAS estima que la nationalité effective du requérant était turque en ce qui concerne le litige en question.

Devant le Tribunal fédéral suisse, saisi d'un recours contre la sentence d'incompétence, le requérant fit grief au TAS de l'avoir débouté sans avoir tenu une audience publique, et d'avoir pris une décision arbitraire sur sa propre compétence. Le Tribunal fédéral rejeta ce recours, ce qui déclencha la requête du requérant contre la Suisse.

La Cour européenne des droits de l'homme finit par rejeter les moyens du requérant tant en ce qui concerne le défaut d'audience publique (§ 119 : « L'objet du litige devant le Tribunal fédéral portait uniquement sur la compétence et la recevabilité du recours devant le TAS. Or, la Cour partage l'avis du Gouvernement selon lequel la question de la compétence du TAS constituait une question juridique hautement technique, au sens de la jurisprudence précitée, qui pouvait être valablement résolue sans le recours à une audience ») qu'en ce qui concerne le prétendu non-respect du principe d'égalité des armes (§§ 121 et s.), et aussi le grief tiré de la violation de l'article 6 de la Convention fondé sur le droit d'accès à un tribunal. C'est cet aspect qui peut intéresser plus particulièrement les membres du Gedip.

Ce grief du requérant était fondé sur le fait que « son droit d'accès à un tribunal a été violé, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, du fait qu'il n'ait pu porter son litige devant un tribunal impartial et indépendant ni en Turquie, ni en Suisse. En effet, il estime que les instances nationales turques ne remplissaient pas ces deux critères et il rappelle que le litige n'a pas été tranché sur le fond ni par le TAS ni par le Tribunal fédéral » (§ 67). La Cour examine ce grief en répondant successivement aux questions qui suivent : « (i) Quel est l'objet du litige à trancher par la Cour ? (ii) Le requérant pouvait-il se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse ? (iii) Le requérant a-t-il subi une limitation du droit d'accès ? (iv) La limitation du droit était-elle justifiée ? » (§ 78).

Quant à la question (i), elle estime que la procédure devant le TAS, suivie de celle devant le Tribunal fédéral, était une procédure détachable de la procédure que le requérant a menée devant les instances de la Fédération de Football Turque. Vient ensuite l'examen de la question (ii), « L'existence d'un droit d'accès vis-à-vis de la Suisse » :

« 81. La Cour exprime certains doutes concernant la question de savoir si le requérant peut se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse, dans la mesure où le litige qui fait l'objet de la présente requête ne présentait qu'un lien extrêmement tenu avec l'État

défendeur. Elle précise à cet égard que la procédure menée devant les instances de la FFT [Fédération de Football Turque] n'avait a priori pas de lien avec les juridictions suisses et ne revêtait pas d'élément international. Au contraire, elle concernait un litige entre le requérant, joueur de football turc (possédant certes également la nationalité britannique), d'une part, et un club de football turc et la FFT, d'autre part. Par ailleurs, le droit en vigueur à l'époque des faits prévoyait que les sentences du Comité d'arbitrage étaient définitives et exécutoires. Dès lors, il n'existait pas de droit de recours au TAS et, partant, la procédure devant celui-ci ne pouvait pas être considérée comme faisant partie de la procédure d'arbitrage forcé devant les instances de la FFT.

82. Par ailleurs, comme constaté par la Cour dans l'affaire *Ali Riza*, précitée, le requérant avait droit à un tribunal indépendant et impartial en Turquie. Le fait qu'il ne pouvait pas l'exercer effectivement, ce qui a mené au constat de violation par la Cour, ne veut pas dire qu'un recours au TAS devait nécessairement être ouvert. Cela étant, on ne saurait prétendre que la Suisse, à la suite des failles dans la procédure en Turquie, était obligée de garantir une procédure devant un tribunal indépendant et impartial en Suisse. En d'autres termes, les manquements de la Turquie constatés par la Cour n'engageaient pas automatiquement la responsabilité de la Suisse.

83. Toutefois, la Cour estime pouvoir laisser en suspens la question de savoir si le requérant pouvait se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse, étant donné que l'allégation de violation de ce grief s'avère infondée pour les raisons qui suivent ».

Ayant laissé cette question, en définitive, en suspens¹²⁹, la Cour juge qu'« [à] supposer que le requérant ait pu se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse, la Cour estime que le requérant a en effet subi une limitation de son droit d'accès dans la mesure où le TAS s'est déclaré incompétent pour connaître du litige l'opposant au Club et à la FFT, incompétence confirmée par le Tribunal fédéral » (§ 84). Cependant, cette restriction s'avère justifiée ; là encore, la Cour souligne que le litige à la base de la requête ne présentait qu'« un lien extrêmement tenu avec l'État défendeur, que les sentences du Comité d'arbitrage turc étaient définitives et exécutoires, que la procédure devant le TAS ne faisait pas partie d'une procédure d'arbitrage forcé et que le requérant avait droit à un tribunal indépendant et impartial en Turquie » [droit qui a toutefois été violé, ainsi que la Cour l'a constaté dans son arrêt *Ali Riza c. Turquie*].

La Cour estime que tant la décision d'incompétence du TAS que la décision sur recours du Tribunal fédéral sont défendables, ce que la Cour vérifie dans les limites d'une espèce de contrôle minimum dont le résultat est que « les décisions du TAS et du Tribunal fédéral ne sont ni arbitraires ni manifestement déraisonnables » (§ 96).

La conclusion est la suivante :

« 97. Compte tenu de ce qui précède, et étant donné le lien extrêmement tenu entre le litige du requérant et la Suisse, ainsi que la spécificité de la procédure devant le TAS et le Tribunal fédéral (voir dans ce sens, *Bakker c. Suisse* (déc.), no 7198/07, § 40, 3 septembre 2019), la limitation au droit d'accès à un tribunal n'était pas disproportionnée au but poursuivi, à savoir

¹²⁹ Sans doute en raison d'une division profonde d'opinion entre les juges ; voir la référence aux opinions individuelles ci-dessous.

la bonne administration de la justice et l'effectivité des décisions judiciaires internes. Dès lors, ce droit n'était pas atteint dans sa substance même.

98. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant au droit d'accès à un tribunal ».

Observations :

1. La motivation de l'arrêt ne paraît pas exempte d'aspects problématiques. L'arrêt ne semble pas vraiment tenir compte du fait que le TAS n'est pas une institution suisse et qu'en tant qu'institution arbitrale privée, il n'est pas lié par la Convention, aussi peu que l'étaient les institutions juridictionnelles ecclésiastiques qui étaient en cause dans l'affaire *Pellegrini* de 2000. La compétence du TAS est définie par des normes privées, et personne n'a soutenu devant la Cour que la Suisse aurait dû mettre à la disposition du requérant ses propres tribunaux étatiques en cas d'incompétence du TAS. D'où le caractère (à mon avis) assez théorique de la discussion de « l'existence d'un droit d'accès vis-à-vis de la Suisse ».

Abstraction faite de ces doutes sur la pertinence de l'existence d'un droit d'accès vis-à-vis de la Suisse, on constatera que l'esquisse d'une réponse au fond donnée aux §§ 81 à 83 de l'arrêt (cités ci-dessus) à cette question ressemble à la réponse que la Cour donna, dans l'affaire *Naït-Liman c. Suisse [GC]* de 2018 (arrêt du 15 mars 2018, n° 51357/07, présenté à la réunion d'Anvers) à la question de l'admissibilité des limites mises par les Etats à la saisine de leurs tribunaux dans des circonstances caractérisées par l'absence de liens suffisants entre le for et le litige. Bien entendu, la présente affaire est une affaire civile ordinaire et non, comme l'affaire *Naït-Liman*, une affaire dirigée contre un Etat étranger et fondée sur des faits de torture, mais le raisonnement est similaire et aboutit à affirmer que cette restriction est légitime.

2. On notera la présence d'une opinion concordante des trois juges qui critiquent précisément l'approche par la Cour de la question de savoir si le requérant « pouvait se prévaloir d'un droit d'accès à un tribunal vis-à-vis de la Suisse », et qui fait valoir que ce droit d'accès existait effectivement, mais uniquement en tant que la Suisse était tenue de respecter la Convention **puisqu'elle est responsable du recours devant le tribunal fédéral** en tant que juridiction de supervision du TAS. Cette critique paraît justifiée.

Un juge (P. Lemmens) a contribué une opinion partiellement dissidente et partiellement concordante, qui ne fait pas distinction entre l'ordre juridique suisse lui-même et le TAS et qui, se concentrant sur la question de savoir si le requérant relevait de la « juridiction » de la Suisse (mais la « juridiction » n'a rien à voir avec la compétence des tribunaux), aboutit à des conclusions qui me paraissent peu pertinentes.

En définitive, tout en représentant l'arrêt de la Cour. la motivation citée ci-dessus sur « L'existence d'un droit d'accès vis-à-vis de la Suisse » n'a le soutien que de trois juges sur sept.

II. – Non-reconnaissance en Islande d'une gestation pour autrui californienne

L'arrêt *Valdís Fjölnisdóttir et autres c. Islande*, arrêt du 18 mai 2021, n° 71552/17, est une application, à un Etat nordique, de la jurisprudence *Mennesson c. France*. Si on a égard aux affaires actuellement

pendantes devant la Cour et communiquées aux gouvernements défendeurs¹³⁰, on se rend compte que des affaires de GPA à l'étranger sont actuellement pendantes contre le Danemark, la Norvège et la Pologne ; ces affaires donneront certainement lieu à l'une ou l'autre décision de la Cour qui méritera d'être rapportée devant le Gedip.

L'arrêt concerne une situation où *aucun* des parents d'intention n'a de lien génétique avec l'enfant (contrairement aux affaires françaises, *Mennesson* et autres). Cependant – et contrairement à l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie* [GC] de 2017, présentée à la réunion de Hambourg, dans laquelle la Grande Chambre de la Cour avait même accepté un traitement dur de ce type de situation par les autorités italiennes, lesquelles avaient séparé l'enfant de ses parents d'intention – en l'espèce les autorités islandaises avaient eu une attitude accommodante à l'égard des requérants : au refus de reconnaître les effets juridiques de la filiation constatée à l'étranger n'avait pas pour autant correspondu la séparation de l'enfant de ses parents d'intention, mais au contraire une décision de le leur confier en tant qu'enfant accueilli par eux. Cette attitude accommodante a été acceptée par la Cour.

Étaient en cause deux mères d'intention, mariées entre elles à l'époque de la gestation pour autrui mais divorcées depuis lors, ainsi que l'enfant représenté par une administratrice nommée en justice. L'enfant était né d'une gestation pour autrui en Californie laquelle a donné lieu à l'établissement d'un acte d'état civil public selon lequel les deux premières requérantes étaient ses mères ; biologiquement cependant, l'enfant était né de dons de gamètes tant masculins que féminins (il n'existe donc aucun lien biologique entre l'enfant et l'une quelconque de ses mères d'intention).

Le registre central de l'état civil islandais a refusé la transcription de l'acte de naissance californien, ce qui entraînait que l'enfant était considéré en Islande comme un mineur non accompagné. Sur ce, les autorités municipales de la résidence des mères d'intention adoptèrent une attitude pragmatique, dans l'intérêt de l'enfant : elles lui firent nommer un administrateur judiciaire pour le représenter mais le placèrent pour le surplus en famille d'accueil auprès des deux mères d'intention. La nationalité islandaise fut conférée à l'enfant par une loi spéciale.

Les mères d'intention et l'enfant représenté par son administratrice introduisirent devant le tribunal de Reykjavik un recours contre la décision de refus de la reconnaissance de l'acte de naissance californien.

Entre-temps, les mères d'intention divorcèrent et se remarièrent, chacune de son côté, avec des personnes tierces. Les autorités d'Islande restèrent pragmatiques ; elles décidèrent qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de le confier à une nouvelle famille d'accueil constituée par M^{me} Fjölnisdóttir, première mère d'intention et par la personne avec laquelle elle s'était remariée (pour le détail, voir le § 12 de l'arrêt : avant son placement définitif dans cette famille d'accueil, les autorités avaient temporairement placé l'enfant auprès de la première mère d'intention puis auprès de la deuxième mère d'intention), tout en décidant que les droits égaux d'accès étaient conférés à la deuxième mère d'intention.

Sur le plan juridique, le recours des requérantes devant le tribunal de Reykjavik échoua [ce qui n'eut aucun effet sur le placement de l'enfant en famille d'accueil auprès de l'une ou de l'autre mère d'intention]. Le tribunal, confirmé dans cette décision par la Cour suprême, décida que la gestation

¹³⁰ Disponibles sur le site HUDOC de la Cour européenne des droits de l'homme, onglet « Affaires communiquées », mot-clé « Mennesson » (une référence à cette affaire est caractéristique de ces affaires).

pour autrui étant interdite par la loi islandaise, la reconnaissance d'une gestation pour autrui opérée en Californie avait été refusée à juste titre par l'autorité centrale de l'état civil, qui était en droit de « *refuse to recognise family ties which had been established in a manner contrary to the fundamental principles of Icelandic family law. In this regard, the Supreme Court held that neither the first nor the second applicant could be considered to have been the third applicant's mother at the time of his birth, under Icelandic law* » (§ 23).

Recours des requérants contre l'Islande devant la Cour européenne. (Le recours a donné lieu à des tierces interventions, considérées comme recevables par la Cour, de l'ONG polonaise Ordo Iuris, « Institut Ordo Iuris pour la Culture Juridique », promouvant des valeurs « traditionnelles » d'un côté et de l'ONG AIRE, Centre Advice for Individual Rights in Europe, de l'autre).

La Cour rejette les griefs fondés sur l'article 8 de la Convention (droit au respect de la vie familiale). Certes, elle retient qu'il existe en l'espèce une vie familiale effective entre l'enfant et ses deux mères d'intention, contrairement à ce qui avait été le cas dans l'affaire *Paradiso et Campanelli* [2017]. Cependant, l'ingérence dans le droit au respect de la vie familiale était justifiée : les Etats bénéficient d'une large marge d'appréciation en matière de reconnaissance de gestation pour autrui, question sur laquelle il n'existe pas de consensus au sein du Conseil de l'Europe et qui donne lieu à des questions morales et politiques délicates. L'ingérence pouvait être considérée comme proportionnée en l'espèce, étant donné que les autorités islandaises avaient pris des mesures assurant que dans les faits, la vie familiale entre les mères d'intention et l'enfant pouvait se développer au moyen du placement en famille d'accueil auprès des mères d'intention, faute de reconnaissance de la filiation telle qu'elle résultait de l'acte d'état civil californien. Même après le divorce des deux mères d'intention, les autorités islandaises avaient fait tout ce qu'elles pouvaient pour permettre à l'enfant de vivre avec ses deux mères d'intention. Les autorités islandaises auraient même été prêtes à permettre l'adoption de l'enfant par ses mères d'intention ou, après leur divorce, par l'une des deux mères d'intention, le cas échéant avec la personne avec laquelle elle s'était remariée. En plus, l'Etat islandais a octroyé sa nationalité à l'enfant, si bien que celui-ci ne rencontrait aucune difficulté dans la vie pratique :

« 74. The Court [...] notes the Government's submission that either the first or the second applicant may still apply to adopt the third applicant, as individuals or together with their new spouses. Although mindful of the practical problems that might arise due to the fact that only one of the first two applicants can be permitted to adopt the child, the Court takes this possibility into account in its holistic examination of the necessity of the interference, in particular as regards the Article 8 rights of the child, the third applicant.

75. Considering all of the above, in particular the absence of an indication of actual, practical hindrances in the enjoyment of family life, and the steps taken by the respondent State to regularise and secure the bond between the applicants, the Court concludes that the non-recognition of a formal parental link, confirmed by the judgment of the Supreme Court, struck a fair balance between the applicants' right to respect for their family life and the general interests which the State sought to protect by the ban on surrogacy. The State thus acted within the margin of appreciation which is afforded to it in such matters. There has accordingly been no violation of Article 8 of the Convention with regard to the applicants' right to respect for their family life ».

Dans son examen « holistique » de la nécessité de l'ingérence, la Cour européenne des droits de l'homme approuve ainsi l'approche résolument pragmatique des autorités islandaises. La conséquence en est que le refus de la reconnaissance des effets *juridiques* de la situation constituée en Californie est accepté et n'est pas remis en cause.

On voit qu'ainsi, du moins pour l'instant, une approche dogmatique de la question, même sous l'angle des droits de l'homme (et plus encore une approche sous l'angle du droit international privé qui est complètement étrangère à l'approche de la Cour) ne correspond pas à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Certains ne s'en satisfont pas ; le juge belge P. Lemmens dans son opinion concordante exprime l'espoir que dans l'avenir, la Cour prendra une position de principe sur l'obligation de reconnaissance d'une filiation par GPA à l'égard de deux personnes dont aucune n'est le père ou la mère biologique de l'enfant (« 6. *The scope of the child's right to the establishment of a legal parent-child relationship, an element of its right to respect for private life, must be left for further consideration in another case* »), mais il est seul à exprimer cette opinion.

Référence bibliographique : l'arrêt *Fjölnisdóttir* a donné lieu à publication, sur conflictoflaws.net, d'instructives « Conversations on transnational surrogacy and the ECtHR case *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (2021) » par Ivana Isailovic et Alice Margaria, dans une perspective féministe et, en ce qui concerne I. Isailovic, marxiste-féministe. Elles font apparaître l'arrêt comme conservateur, mais prévisible compte tenu des réalités (Margaria), voire comme expression de la pensée bourgeoise dominante (Isailovic).

III. – Affaires d'enlèvement international d'enfants

a) Les affaires traitées par la Cour pendant la période sous rapport relèvent toutes de la catégorie des recours pour violation de l'obligation positive des Etats contractants de favoriser le retour de l'enfant conformément aux textes internationaux applicables, ceci afin de garantir le droit du parent qui subit l'enlèvement de l'enfant au rétablissement de la vie familiale entre lui ou elle et son enfant. Aucun des arrêts rendus ne concerne la situation, symétrique, du parent auteur de l'enlèvement qui fait valoir que son droit à la vie familiale avec son enfant aurait été méconnu du fait de la mise en œuvre des procédures tendant à remédier à l'enlèvement.

Les textes internationaux pertinents étaient, au cours de la période en question, principalement la Convention de la Haye de 1980. Une décision (*Shagalova et Shagalov c. Norvège*, décision du 10 décembre 2000, n° 19954/20) est plus originale ; le texte applicable était la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Cette décision, purement factuelle, n'apporte cependant rien en termes de confrontation du droit international privé à la Convention.

Le *règlement Bruxelles II bis* n'a pas été appliqué dans l'une des affaires jugées en 2020-2021. Il n'est que mentionné, dans la section « Relevant International and Comparative Law », dans l'arrêt *M.V. c. Pologne* (arrêt du 1^{er} avril 2021, n° 16202/14), comme représentant le « European Union Law », et un résumé de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de détermination de la résidence habituelle des enfants mineurs est donné dans cette section ; toutefois le seul texte réellement appliqué dans cette affaire était la Convention de la Haye de 1980, si bien que ces

références à la jurisprudence de la CJUE relèvent de l'érudition pure (des membres du service de documentation de la Cour).

Les deux affaires relativement les plus intéressantes sont l'affaire **Thompson c. Russie** (b ci-dessous) et **Y.S. et O.S. c. Russie** (c ci-dessous). Après les avoir présentées, je mentionnerai les affaires moins originales (d).

b) Thompson c. Russie, arrêt du 30 mars 2021, n° 36048/17.

Couple d'un Britannique et d'une Russe vivant en Espagne avec sa fille de trois ans. La mère enlève l'enfant en Russie, le père ne réussit pas à obtenir son retour des autorités russes. Résultat : constat de la violation des obligations positives de la Russie à l'égard du père.

Intéressant : la raison du non-retour tient à un désaccord du tribunal de Saint Pétersbourg avec le principe même du retour de l'enfant tel qu'il résulte de la Convention de La Haye de 1980 lorsque l'enfant est un enfant en bas âge et qu'il a été enlevé par sa mère. Le tribunal fait référence au Principe n° 6 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1959, résolution 1387 (XIV) – texte de *soft law* qui reflète son époque (les années 1950), mais que le tribunal de Saint Pétersbourg considère visiblement comme toujours pertinent ; aux termes de ce texte :

« L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; **l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère. ...**»

Comme le relate le § 18 de l'arrêt :

« Relying on Article 38 of the Constitution of the Russian Federation, Articles 63 § 1 and 65 § 1 of the Family Code of the Russian Federation, Principle 6 of the UN 1959 Declaration of the Rights of the Child and Article 3 § 2 of the United Nations 1989 Convention on the Rights of the Child, the City Court agreed with the first applicant that discrimination against fathers was unacceptable. It noted, however, that the best interests of the child were of the utmost importance in every case, and that the District Court had reached its decision on the basis of that principle. Relying further on Articles 15 § 4, 17 § 1 and 18 of the Russian Constitution, the City Court held that the provisions of Principle 6 of the UN 1959 Declaration of the Rights of the Child were reasonable and justified and could therefore be applied to the dispute between the parties. Therefore, the exceptions to the immediate return of a child under Articles 13 (b) and 20 of the Hague Convention allowed for the conclusion that there were no grounds for granting the first applicant's claims. The return of the child without the mother was unacceptable and would run contrary to the goal of securing the child's best interests. »

La Cour européenne n'est pas d'accord avec cette approche des juridictions nationales russes, dont elle estime qu'elle n'est pas compatible avec la Convention de la Haye de 1980 : celle-ci ne permet pas de prévoir ce type d'exception *systématique* au principe de retour de l'enfant après enlèvement par la mère d'un enfant en bas âge :

« 71. The Court further considers that the domestic courts' reliance on Principle 6 of the United Nations 1959 Declaration in the assessment of the "grave risk" exception under Article 13 (b) of the Hague Convention despite the fact that the second applicant had been wrongfully

removed by her mother and in disregard of other international instruments, such as the European Convention, the Convention on the Rights of the Child and the Hague Convention, is unacceptable. This approach was tantamount to a finding by the domestic courts that the option of returning very young children who have been abducted by their mothers is not necessarily envisaged under the Hague Convention, a conclusion that is contrary to the letter and spirit of that Convention. »

L'opinion dissidente du Russe Dedov est intéressante, puisqu'il remet en cause lui aussi l'approche même sur ce point de la Convention de la Haye de 1980 :

« I [...] believe that the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction ("the Hague Convention") is not sensitive to (i) the young age of certain minors; (ii) their natural emotional attachment to their mothers; (iii) the vulnerable position of mothers residing in a foreign country; (4) the limited possibility for foreign mothers to be granted a residence order so to live together with their children after a divorce. This discriminatory practice against women continues, and the victims are left without the protection of human-rights mechanisms.

2. The women concerned could be safe only if they are integrated into the foreign society in question, if they have become independent and give birth only once they have attained a strong position in the family. However, such confident women do not need the Hague Convention. Miraculously, the Hague Convention was adopted when States started to open their borders and many women from developing countries (mostly from the former communist regimes) followed their husbands to find a better life abroad. They were not familiar with the principles of western feminism and relied completely on their husbands, believing that their major role was to become a mother and to create a united family. They were disappointed. I have never seen a former husband voluntarily propose shared custody of the children and the provision of financial support after family life is ruined. This is a typical story for many women who then become very vulnerable, and the Hague Convention plays against them.

3. Moreover, I believe that the Hague Convention and the Strasbourg Convention have never been in harmony with each other. In determining child custody after a divorce (this issue inevitably arises once the child must be returned to the country of origin) the Hague Convention sets out a much higher threshold than the European Convention on Human Rights. *[suivent des explications détaillées]*

...

5. In the same vein as the Hague Convention, in paragraph 71 of the present judgment the Court criticises the national courts' reliance on Principle 6 of the United Nations 1959 Declaration of the Rights of the Child, which provides that a child of tender years should not be separated from the mother. In the Court's view, since the mother "wrongfully removed" the child, their separation is inevitable, regardless of the child's young age. Obviously, the Hague Convention operates here in favour of the father, without taking into account the child's best interests and completely ignoring the vulnerable situation of the mother, who would be separated from her child and would lose her custodial rights immediately after the child's return. In my view, with a view to ensuring effective rather than merely theoretical

equality between the parents, the international community should amend the Hague Convention so as to provide protective measures for women after a child has been returned. In so far as possible, shared custody should be guaranteed for both parents and the mother should receive financial support. The Court's case-law regarding child custody should also be developed to take account of the vulnerable position of mothers in this situation. The national authorities in the present case were mindful of the mother's situation. However, the Hague Convention, running counter to the European Convention on Human Rights, does not allow for the protection of vulnerable persons.

6. I wonder when European civilisation lost its sense of humanity? The concept of human rights cannot be completely rational and bereft of any moral element. Antoine de Saint-Exupéry's phrase "Tu deviens responsable pour toujours de ce que tu as apprivoisé" corresponds to the responsibility of a man who attracts a woman and invites her to a different world, and who should therefore bear responsibility for the well-being of his wife and their child. Therefore, certain guarantees should be institutionalised and provided to vulnerable persons before their return. »

c) *Y.S. et O.S. c. Russie*, arrêt du 15 juin 2021, n° 17665/17

Cet arrêt a trait au droit international privé (plus précisément à la Convention de la Haye de 1980), mais surtout à des événements dramatiques du monde (du monde réel ?). Il concerne la décision des tribunaux russes d'ordonner le retour d'un enfant à Donetsk, capitale de ce que des rebelles russophones locaux appellent la « République populaire de Donetsk », entité sans reconnaissance internationale officielle (même pas de la part de la Russie) qui contrôle de fait une partie du Donbass ukrainien et qui est le centre de conflits armés au moins sporadiques.

Situation d'origine : un père ukrainien et une mère, à l'origine également ukrainienne, vivent avec leur enfant à Donetsk du temps où cette ville est paisible. Mésentente entre les parents ; la mère part en Russie en 2013 (avant les événements à Donetsk qui eurent lieu en 2014). En 2015, elle demande en Russie une autorisation de séjour pour sa fille. Elle enlève sa fille de Donetsk vers la Russie au début de 2016, puis renonce à la nationalité ukrainienne pour elle-même et sa fille et demande la nationalité russe.

Le père de son côté introduit devant les autorités ukrainiennes une demande en retour de l'enfant fondée sur la Convention de la Haye de 1980 ; dans sa requête il indique un changement de domicile de sa part vers Kramatorsk (dans la partie de l'oblast de Donetsk contrôlée par l'Ukraine). Les autorités centrales ukrainiennes transmettent la demande en retour de l'enfant aux autorités russes. Au cours du procès devant le tribunal russe, le père indique cependant aux autorités judiciaires russes que son domicile privé reste à Donetsk et que Kramatorsk est simplement son lieu de travail.

Le tribunal russe ordonne le retour de l'enfant à Donetsk, malgré l'argumentation de la mère qui a fait valoir une exception au principe du retour de l'enfant prévue par l'article 13 (b) de la Convention de la Haye : l'exception relative au « risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable ». Pour le tribunal russe, ce risque-là n'est pas donné, puisque le conflit armé sporadique autour de Donetsk n'est pas une situation qui concernerait individuellement cet enfant-là.

La Cour, saisie par la mère de l'enfant d'un recours contre la Russie¹³¹ (donc l'Etat dont émanait l'ordre de retour de l'enfant à Donetsk) n'est pas d'accord avec cette appréciation et estime qu'au sens de l'article 13 b) de la Convention de La Haye, l'enfant courait un risque grave que le tribunal russe aurait dû prendre en considération pour refuser d'ordonner son retour :

« 98. The Court notes that the reasoning of the District Court related to the assessment of the gravity of the security situation in the place of the second applicant's habitual residence in Ukraine – Donetsk – was rather scarce. So was the District Court's assessment of the impact of this general security situation on the second applicant and of whether the level of such impact was sufficient to engage the "grave risk" exception under Article 13 (b) of the Hague Convention. In reaching the conclusion as to the absence of "a very serious risk of harm to the child", the District Court did not take into account or rely on any Government reports, official documents from international organisations closely following the situation in Donetsk and/or travel advice detailing the security situation there at the material time. The Court cannot but observe at the same time that the situation in Donetsk could be easily ascertained by a wide number of sources, which unanimously attested to serious human rights violations and abuses in eastern Ukraine of which Donetsk was part, including thousands of conflict-related civilian casualties and deaths counting both adults and children, the vast majority of which had been caused by shelling, including from artillery and large-caliber mortars (see paragraphs 48-52 above). Nor did the District Court assess whether or not the circumstances pertaining in Donetsk at that time had been more than isolated incidents in an unsettled political environment to reach the threshold for "grave risk". It failed to consider the views of the second applicant expressed in the report of 21 July 2016 by the chief inspector of the local childcare authority, which mentioned, in particular, that she was afraid to return to Donetsk because she feared gunfire and exploding bombs (see paragraph 31 above), and therefore supported the argument that she would be at risk in the place where she was to be returned. Furthermore, the text of the District Court's judgment remained silent on the availability of adequate and effective measures in the State of the second applicant's habitual residence – Ukraine – to prevent or mitigate the alleged "grave risk" upon the child's return, whether the parent left behind, A.S., could provide safety measures and whether the first applicant would have timely access to justice and court proceedings following the second applicant's return.

99. Having regard to the foregoing, the Court considers that the "grave risk" allegation capable of constituting an exception to the second applicant's return in application of Article 13 (b) of the Hague Convention was not genuinely taken into account by the Russian courts and that their decisions dismissing the first applicant's objections were not sufficiently reasoned in order to enable the Court to ascertain that those questions were effectively examined and evaluated in the light of Article 8 of the Convention.

100. For these reasons, the Court concludes that the applicants suffered a disproportionate interference with their right to respect for their family life in that the decision-making process

¹³¹ Le gouvernement ukrainien, intervenant devant la Cour, estime que c'est à tort que le retour de l'enfant à Donetsk a été ordonné : il y a un conflit militaire à Donetsk, et de surcroît il n'existe pas de contrôle par les autorités ukrainiennes ni de garanties d'application sérieuse de la Convention de La Haye par les « autorités » de la « République populaire de Donetsk ».

under domestic law did not satisfy the procedural requirements inherent in Article 8 of the Convention, the District Court having failed to carry out an effective examination of the applicants' allegations under Article 13 (b) of the Hague Convention. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention. »

Trois juges (le juge russe, mais aussi le juge belge et la juge espagnole) expriment leur désaccord avec ce désaccord :

« The District Court [...] held in the first place that “occasional military actions in various settlements in Ukraine did not as such constitute an exception relating to a very serious risk of harm to the child”, and that the alleged risk “was not individual to the child, but rather a general consequence of living in a conflict zone” (ibid.). We find this a reasonable answer to the first applicant’s argument. Not every risk constitutes a legitimate reason for not ordering the return of the child. As the majority acknowledge, the exception provided for in Article 13, first paragraph (b), of the Hague Convention “concerns only the situations which go beyond what a child might reasonably bear” (see paragraph 95 of the judgment, repeating what the Court stated in *X v. Latvia*, cited above, § 116). It is therefore necessary to assess the impact of the security situation on the health and well-being of the second applicant, or in other words to examine whether she ran an “individual” risk. »

d) Les autres affaires ne sont rappelées que pour mémoire :

Makhmudova c. Russie, arrêt du 1^{er} décembre 2020, n° 61984/17. Couple composé d’une Estonienne et d’un Russe. Enlèvement de deux enfants par le père d’Estonie en Russie. Inefficacité des mesures d’exécution prises en Russie sur demande des autorités estoniennes fondées sur la Convention de La Haye. Violation des obligations positives de la Russie de protéger les droits de la requérante au regard de l’art. 8.

Oleg Vladyslavovych NERIVNYA c. Ukraine, décision du 18 février 2021, n° 36525/19 : pas d’apparence d’une violation des obligations positives découlant de l’art. 8 au profit du père russe après enlèvement des enfants vers l’Ukraine. Les autorités ukrainiennes étaient réactives.

M.V. c. Pologne, arrêt du 1^{er} avril 2021, n° 16202/14.

Père italien, mère polonaise. Enfant enlevé d’Italie par la mère ; père auteur de violences domestiques.

Inefficacité de la justice polonaise, délais excessifs dans l’examen de la procédure fondée sur la Convention de La Haye. Violation de l’art. 8 au détriment du père. Mais (élément de motivation assez classique) :

« 82. Lastly, the Court observes that, as the child lost contact with his father in his infancy and has ever since lived with his mother in Poland, the present judgment should in no way be interpreted as suggesting that the respondent State should order the child’s return to Italy. »

NOTES EXPLICATIVES

ⁱ Définition reprise de Rome I, art.9 (1), et enrichie de la condition d'un « lien étroit » reprise de l'art. 7(1) de la Convention de Rome.

ⁱⁱ Tranche une question résolue autrement en jurisprudence allemande et autrichienne (voir notamment BGH 13 décembre 2005, BGHZ 165, p. 248 : une loi allemande sur le prêt à la consommation, servant à la protection des emprunteurs à l'égard des banques, n'est pas une loi de police, puisqu'elle tend principalement à l'égalisation des intérêts entre les parties au contrat ; certes, cette loi peut avoir un effet secondaire de protection d'intérêts publics – promotion du principe de l'Etat social, fonction de régulation du marché inhérente à la réglementation des contrats de consommation ou intérêt du bon fonctionnement du marché intérieur européen. Mais cela est insuffisant : « pareille protection purement incidente, par effet réflexe, d'intérêts publics » est insuffisante selon cette jurisprudence nationale pour la qualification de loi de police). – En revanche, sur la même ligne semble-t-il que la solution ici proposée, voir l'arrêt de la CJUE du 17 octobre 2013, C-184/12, *Unamar*.

ⁱⁱⁱ C'est parfois discuté pour des raisons légalistes (tenant à la rédaction de Rome I, art. 9(1)) qui ne s'appliquent pas à notre texte.

^{iv} L'exigence d'un « lien étroit » avec l'Union s'explique d'une part par le texte de la première phrase du présent alinéa, qui exige, pour les lois de police d'origine nationale, un lien étroit avec l'Etat dont émane la loi de police et est, d'autre part, un reflet de la jurisprudence *Ingmar* de la Cour de justice (arrêt du 9 novembre 2000, *Ingmar*, C-381/98, point 25).

^v La généralité du mécanisme n'appelle pas une méthode d'interprétation particulière. L'affirmation contraire de la CJUE (arrêt du 18 octobre 2016, C-135/15, *Nikiforidis*, point 44) selon laquelle l'article 9 de Rome I serait d'interprétation « stricte » ne peut notamment pas s'appuyer sur le considérant 26 du règlement, qui se limite à énoncer que, par rapport à la notion de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord », la notion de lois de police devrait être interprétée « de façon plus restrictive ».

^{vi} La proposition consiste donc à abandonner la solution, caractérisant les règlements Rome I et Rome II, qui introduit des règles divergentes (s'agissant des lois de police étrangères) entre la matière contractuelle et la matière extracontractuelle. On rappelle que le silence du règlement Rome II sur le traitement des lois de police étrangères s'est avéré problématique en pratique lors des récentes discussions sur le défaut d'efficacité internationale de normes donnant le caractère de lois de police à des règles de responsabilité sociale des entreprises, en cas de saisine des juridictions d'un Etat autre que l'Etat dont émanent ces lois de police.

^{vii} La jurisprudence montre une exposition des lois de police nationales au régime général des libertés de circulation. Au sens de l'arrêt *Arblade* du 23 novembre 1999 (C-369/96), une loi de police, dont la Cour donne une définition qui fera par la suite partie de la définition des lois de police donnée par le règlement Rome I, est justifiable par une raison expresse (par ex. ordre public) ou impérieuse (par ex. protection des travailleurs) d'intérêt général pourvu de respecter le principe de proportionnalité, à savoir, notamment, que son application n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif poursuivi. A cet égard, il y a lieu de vérifier si une protection équivalente d'intérêt général est déjà assurée par une réglementation à laquelle l'opérateur économique est déjà soumis dans son Etat d'origine, tel l'employeur régi par la loi applicable au contrat de travail. Ce raisonnement (repris par exemple dans l'arrêt du 15 mars 2001, C-165/98, *Mazzoleni* ou dans l'arrêt plus controversé du 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05), est inhérent au principe de reconnaissance mutuelle des réglementations des Etats membres dans le contexte du marché intérieur (depuis l'arrêt du 28 janvier 1986, *Commission c. France*, « *Machine à travailler le bois* », aff. 188/84 ; arrêt du 16 janvier

2014, C-481/12, *Juvelta*). Cette reconnaissance n'est pas absolue mais dépend pratiquement du degré d'équivalence ou de comparabilité des contenus des réglementations en conflit. En particulier, en présence d'une directive d'harmonisation minimale établissant par des règles impératives un niveau de protection « raisonnable dans le marché unique, le juge saisi ne peut appliquer une loi de police du for au détriment de la loi contractuelle d'un autre Etat membre qu'après avoir constaté « de façon circonstanciée » que la protection voulue par le législateur national au-delà de la directive est jugée « cruciale » (arrêt du 17 octobre 2013, C-184/12, *Unamar*). Ainsi, la liberté d'établissement implique qu'en règle l'entreprise ne soit pas soumise à des exigences « plus strictes » de l'Etat membre d'accueil d'un service – tel le régime de responsabilité civile pour un acte de diffamation désigné par la règle de conflit du for – que celles « prévues par le droit matériel en vigueur dans l'Etat membre d'établissement du prestataire » d'un service de commerce électronique auquel celui-ci est soumis en vertu d'une clause marché intérieur d'une directive, sous réserve d'une dérogation fondée sur une justification légitime d'intérêt général et du respect du principe de proportionnalité (arrêt du 25 octobre 2011, C-509/09, *eDate Advertising*, à propos de la dir. 2000/31; un telle clause ne fait qu'exprimer le régime général du droit primaire, selon l'arrêt du 18 novembre 2010, C-458/08, *Commission c. Portugal*, à propos de la dir. 2006/123).

^{viii} A l'intérieur de l'Union, le domaine d'application des libertés de circulation correspond à celui du marché intérieur établi par le droit primaire. Il comprend toute réglementation d'un Etat membre, même en matière civile, constitutive d'une restriction à une telle liberté, entendue comme toute gêne de nature à dissuader l'exercice de la liberté par son titulaire. Sous un angle spatial, ce régime concerne, respectivement, une marchandise originaire ou en provenance d'un Etat membre commercialisée dans un autre Etat membre, un service offert sur le territoire d'un Etat membre par une entreprise établie dans un autre Etat membre, un travailleur ressortissant d'un Etat membre appartenant au marché de l'emploi d'un autre Etat membre, une entreprise d'un Etat membre cherchant à s'établir dans un autre Etat membre, ou encore tout citoyen de l'Union exerçant un droit de séjour dans un Etat membre autre que l'Etat membre dont il est ressortissant, ou dans cet Etat membre après avoir exercé son droit de séjour dans un autre Etat membre d'accueil.

^{ix} La compétence judiciaire est normalement fondée sur les liens qui existent entre les parties ou l'objet du litige et l'Etat du for et ne tient pas compte de l'applicabilité d'une loi de police de cet Etat. Il peut en aller autrement lorsque le législateur, national ou européen, accompagne la norme d'applicabilité d'une loi de police d'une règle spéciale de compétence, comme c'est le cas de l'article 6 de la directive 96/71 qui prévoit la compétence de l'Etat d'accueil du travailleur détaché pour faire valoir le droit aux conditions de travail et d'emploi garanties à l'article 3 de la directive.

^x Entre Etats membres, la reconnaissance des clauses attributives de juridiction et la concentration des compétences (ou, plus largement, le choix des compétences) prévues par Bruxelles *Ibis* devraient se combiner, dans des cas appropriés, avec la coopération loyale (cf. *infra*, III.4, alinéa 2) de la part du tribunal désigné par la clause à l'égard de l'Etat membre du tribunal à la compétence duquel il est dérogé. A l'égard d'Etats tiers, la solution peut être la même, sans toutefois pouvoir se référer à la coopération loyale spécifique entre Etats membres. La proposition ne concerne pas la question – qui est une question de conflit de juridictions, réglée notamment, entre Etats membres, par l'article 25 du règlement Bruxelles *Ibis* – des conditions de licéité des clauses attributives de juridiction. Cependant, sur le plan des conflits de lois où se situe la proposition, elle encourage les tribunaux désignés par une clause attributive de juridiction à donner effet aux lois de police de l'Etat dont les juridictions font l'objet d'une dérogation conventionnelle, et qui en l'absence de cette dérogation conventionnelle auraient pu se déclarer compétents et auraient donc appliqué les lois de police de leur Etat.

^{xi} *Contra*, arrêt *Nikiforidis*, point 54. – Sur l'applicabilité de l'article 4 (3) TUE aux relations mutuelles entre Etats membres dans le contexte de l'observation du droit de l'Union, voir déjà CJCE, arrêt du 5 octobre 1994, C-165/91, *Van Munster*, point 32 (concernant l'article 5 du traité CEE), et dernièrement CJUE, l'arrêt du 31 janvier 2020, C-457/18, *Slovénie c. Croatie*, point 109 ; en outre, les « principes

d'égalité, de loyauté ou de solidarité entre les Etats membres actuels et futurs » sont évoqués dans l'arrêt du 28 novembre 2006, C-413/04, *Parlement c. Conseil*, point 68. Plusieurs arrêts font référence au principe de solidarité entre Etats membres dans le contexte de politiques liées à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, cf. notamment l'arrêt du 6 septembre 2017, C-643/15 et C-647/15, *Slovaquie et Hongrie c. Conseil*, point 304 ; arrêt du 21 décembre 2011, C-411/10 et C-493/10, *N. S. et autres (système commun d'asile)*, point 93.

^{xii} L'inspiration de notre texte est, sur ce point central du régime des lois de police étrangères, l'article 7, par. 1^{er} de la Convention de Rome, dont l'approche a semblé préférable à la reprise du compromis politique de l'article 9, par. 3 du règlement Rome I.

^{xiii} Solution de l'arrêt *Nikiforidis*.