



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

32<sup>e</sup> réunion (Oslo, Norvège)

9-11 septembre 2022

Compte rendu des séances de travail

## Table des matières

I.	LA LOI APPLICABLE AUX DROITS RÉELS : RÈGLES SPÉCIALES POUR LES OBJETS CULTURELS .....	4
A.	Champ d'application <i>ratione materiae</i> du régime spécial .....	5
B.	L'extension du régime spécial aux biens non classifiés .....	6
C.	La règle de conflit spéciale .....	8
D.	Poursuite des travaux .....	9
II.	LA CODIFICATION DE LA PARTIE GÉNÉRALE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN .....	10
A.	Les lignes directrices concernant une règle sur les lois de police .....	10
1.	Les lois de police de la <i>lex causae</i> .....	10
2.	Le conflit de lois de police .....	11
3.	La relation entre les lois de police et le droit de l'Union européenne .....	12
4.	Adoption du texte final .....	13
B.	Les lignes directrices concernant une règle sur la reconnaissance des situations étrangères .....	17
1.	Présentation des évolutions récentes .....	17
2.	Les modèles possibles .....	18
3.	Le contenu du régime de la reconnaissance .....	19
III.	ACTUALITÉS DU DROIT DE L'UNION .....	23
A.	La proposition de la directive relative aux poursuites stratégiques altérant le débat public ( <i>SLAPP</i> ) .....	23
1.	La proposition et ses objectifs .....	23
2.	Les règles de conflit de la proposition .....	25
3.	Le contexte de droit international privé .....	26
B.	La proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises pour violation des droits humains et atteintes à l'environnement .....	28
1.	Présentation de la proposition de directive .....	29
2.	Aspects de droit international privé .....	31
3.	Adoption d'une nouvelle recommandation .....	33
C.	La reconnaissance fonctionnelle de la filiation dans les couples de même sexe .....	38
D.	Actualités des travaux de la Commission .....	40
1.	Réalisations récentes .....	40
2.	Chantiers en cours .....	43
IV.	ACTUALITÉS DES DROITS DE L'HOMME .....	45

A. La France ne viole pas la Convention du fait de la reconnaissance d'un jugement allemand d'adoption et de ses effets .....	45
B. La Pologne et la Norvège ne violent pas la Convention du fait de la non-reconnaissance de jugements américains tenant lieu d'actes de l'état civil en matière de gestation pour autrui.....	47
1. S.H. c. Pologne, décision du 16 novembre 2021, n <sup>os</sup> 56846/15 et 56849/15.....	47
2. A.M. c. Norvège, arrêt 24 mars 2022, n° 30254/18.....	50
ANNEXE I – <i>DROITS RÉELS</i> .....	54
ANNEXE II – <i>LOIS DE POLICE</i> .....	79
ANNEXE III – <i>RECONNAISSANCE DES SITUATIONS</i> .....	85
ANNEXE IV – <i>PROPOSITION ANTI-SLAPP</i> .....	113
ANNEXE V – <i>ACTUALITÉS DE LA CEDH</i> .....	123

Lors de la 32<sup>e</sup> réunion, tenue en présentiel pour la première fois depuis le début de la pandémie, à Oslo, le Groupe européen de droit international privé a poursuivi ses travaux portant sur la proposition d'instruments relatifs aux droits réels, focalisant sur les objets culturels (I). Concernant la codification de la partie générale du droit international privé européen, il a adopté des lignes directrices relatives aux lois de police (II, A). Il a également entamé l'examen d'une codification européenne en matière de reconnaissance de situations ou rapports juridiques établis à l'étranger (II, B).

Parmi les points d'actualité du droit de l'Union (III), le Groupe a entendu une analyse de la proposition de directive anti-poursuites stratégiques altérant le débat public *SLAPP* (A), ainsi qu'une analyse de la reconnaissance fonctionnelle de la filiation au profit des couples de citoyens européens de même sexe, à la lumière de l'arrêt *Pancharevo*<sup>1</sup> de la Cour de justice (C). Après avoir entendu un commentaire critique de la proposition de directive sur la responsabilité des entreprises pour violation des droits humains et atteintes à l'environnement (RSE), il a adopté une recommandation pour l'insertion d'un dispositif de droit international privé visant à assurer l'effectivité de la réglementation européenne (B). Il a également entendu un résumé des activités et projets en cours de la Commission européenne (D).

Le Groupe a également entendu une analyse d'actualité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé (IV).

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

Le Groupe remercie la Professeure Guiditta Cordero-Moss d'avoir accueilli le Groupe à Oslo, sous l'égide de l'université d'Oslo, ainsi que le cabinet Bahr.

## **I. LA LOI APPLICABLE AUX DROITS RÉELS : RÈGLES SPÉCIALES POUR LES OBJETS CULTURELS**

Lors des réunions de 2019, 2020 et 2021, le Groupe avait établi un ensemble de dispositions sur la loi applicable aux droits réels, sans toutefois le finaliser. Lors de la dernière réunion, le sous-groupe avait été mandaté pour étudier spécifiquement la problématique des biens culturels et des biens volés. T. Szabados présente la proposition du sous-groupe, limitée aux objets culturels (Annexe I). Entre trois options possibles, celui-ci a préféré celle d'une règle spéciale dérogatoire concernant ces biens, plutôt qu'une exclusion de cette matière du domaine de la proposition ou, inversement, une application des règles générales. Plus précisément, quant au domaine, la proposition cible les cas de vols et de déplacements illicites ; elle retient une définition des biens visés inspirée de la directive 2014/60, mais avec une portée universelle, et une référence aux biens des communautés autochtones et tribales reprise de la déclaration des Nations unies de 2007 sur les droits des peuples autochtones. Quant au contenu, la règle spéciale de l'article 17 s'inspire à la fois de la Convention Unidroit de 1995 et de législations nationales récentes. Elle est complétée par deux dispositions qui,

---

<sup>1</sup> CJUE, 14 décembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*.

respectivement, assurent l'application de la loi désignée indépendamment de son appartenance au droit public (art. 18) et permettent l'application d'une loi de police étrangère de protection d'un État avec lequel la situation présente un lien étroit (art. 19).

L'examen du Groupe a porté essentiellement sur le champ d'application *ratione materiae* du régime dérogatoire (A), en particulier l'extension du régime aux objets culturels non classifiés (B), ainsi que sur l'objectif de la règle de conflit spéciale (C).

#### **A. Champ d'application *ratione materiae* du régime spécial**

L'objectif du sous-groupe était de trouver un régime qui équilibrerait les intérêts du propriétaire initial du bien culturel et du possesseur actuel de bonne foi, à la lumière de la Convention UNIDROIT de 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés<sup>2</sup>, et de législations récentes des États membres.

L'article 16 de la proposition, définissant le champ d'application *ratione materiae*, est ainsi formulé :

##### **Article 16. Definition**

*1. For the purpose of this Regulation, 'cultural object' means a corporeal object that is classified or defined by a state, at the time of its removal from the territory of that state, as being among the national treasures possessing artistic, historic or archaeological value under national legislation or administrative procedures.*

*[2. The term 'cultural object' also includes a sacred or communally important corporeal object that belongs to and was used by a generally recognised religious, indigenous, tribal or other cultural community as part of the community's religious, traditional or ritual use at the time of its removal.]*

Des doutes sont exprimés quant à la délimitation de ce champ d'application. Le débat a montré une hésitation sur l'inclusion de certains biens, notamment des œuvres d'art ou des pierres précieuses et des bijoux, ne remplissant ni les critères de l'article 16 (1), par défaut de classification, ni ceux de l'article 16 (2). Pour certains même, l'hésitation est permise sur l'utilité de la catégorie de « biens culturels », ou encore sur le motif d'une exclusion discriminatoire des vols affectant d'autres biens, pour lesquels l'application de la loi de situation actuelle paraît inappropriée, par exemple en cas d'opposition d'une prescription courte. Pour d'autres, le contentieux portant sur les œuvres d'art affecte moins le droit de propriété qu'une action en restitution relevant du régime de la responsabilité civile.

En l'état, le Groupe décide de limiter la proposition actuelle aux biens culturels tels que définis dans l'article 16 de la proposition. Le sous-groupe devrait cependant examiner la possibilité d'une autre disposition concernant spécifiquement les objets volés ou illicitement déplacés qui ne peuvent pas être qualifiés d'objets culturels au sens de la présente proposition.

---

<sup>2</sup> <https://www.unidroit.org/french/conventions/1995culturalproperty/1995culturalproperty-f.pdf>

S'agissant des biens classifiés visés par l'article 16 (1), la question est posée de l'utilisation de l'expression « *the national treasures possessing artistic, historic or archaeological value* ». Certains suggèrent de supprimer ces qualificatifs, au profit de la notion de « culture », plus large, telle qu'elle figure dans la convention de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles<sup>3</sup>, ou encore par une expression mettant l'accent sur le critère de classification plutôt que sur les caractéristiques intrinsèques du bien. Toutefois, il est souligné que l'expression proposée permet d'aligner la proposition sur le droit européen, tels l'article 36 du TFUE et l'article 2 (1) de la directive 2014/60/UE du 15 mai 2014 relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre<sup>4</sup>, ainsi que l'article XX (f) du GATT<sup>5</sup>. Le Groupe décide de maintenir l'expression, mais d'explicitier la nature non exhaustive de l'énumération des caractéristiques à l'aide de l'expression « *including* ».

Une deuxième série d'hésitations a trait à l'événement rendant la situation illicite. Le débat distingue entre le transfert de propriété illicite, par vol ou par déplacement illicite, et les questions de droit des biens mettant en cause la validité de l'acte de transfert de propriété. Certains souhaitent inclure dans le champ d'application de la proposition les biens acquis de vil prix ou sous contrainte. Pour d'autres, ces questions relèvent du droit matériel des biens, de sorte que la réponse appartient à la règle substantielle applicable et non à la règle de conflit désignant la loi applicable.

La discussion porte aussi sur l'identification de l'événement justifiant l'intervention d'un instrument de droit international privé. D'une part, certains voient dans le transfert illicite de propriété l'événement justifiant l'intervention de la règle spéciale. D'autres considèrent que l'intervention d'un instrument de droit international privé n'a lieu qu'une fois une frontière franchie. Pour les premiers, il faudrait étendre le champ d'application matériel à tout transfert de propriété suspect d'un bien culturel, quand bien même le propriétaire final serait de bonne foi. Pour les seconds, le franchissement de la frontière est, en lui-même, l'événement illicite s'il s'agit d'un objet culturel classé. Il ne serait donc pas nécessaire de modifier la proposition sur ce point.

Le Groupe estime plus judicieux de maintenir la formulation actuelle de la proposition afin de rester proche du droit positif, notamment la Convention UNIDROIT et la directive 2014/60/UE. De plus, la validité de l'acte de transfert de propriété est régie par la loi applicable. Elle ne peut donc pas être une condition de la règle de conflit désignant cette loi.

## **B. L'extension du régime spécial aux biens non classifiés**

S'agissant des biens culturels non classifiés, le Groupe convient qu'une délimitation de cette catégorie comporte plusieurs difficultés.

---

<sup>3</sup> [https://fr.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/2913\\_16\\_passport\\_web\\_f.pdf](https://fr.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/2913_16_passport_web_f.pdf)

<sup>4</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0060>

<sup>5</sup> [https://www.wto.org/french/docs\\_f/legal\\_f/gatt47.pdf](https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47.pdf)

D'abord, l'extension de la définition de l'article 16 crée un régime d'exception trop large ainsi qu'un régime spécial *de facto* au profit des biens religieux. Si l'objectif initial du sous-groupe était de protéger les objets de peuples autochtones, certains membres soulignent que l'article 16 (2) dans sa rédaction en débat semble aller bien au-delà et protège tous objets religieux, par exemple des biens de l'église catholique d'Espagne qui ne pourrait pas être qualifiée de peuple autochtone.

Cette définition, bien que large, est acceptable pour certains membres, si elle permet la protection des droits des groupes indigènes, même si elle s'étend à des objets ne nécessitant pas de régime particulier. D'autres suggèrent de délimiter davantage afin que la règle ne vise que les situations méritant un traitement spécial, rappelant que la proposition concerne les actions privées et non les actions publiques.

Le Groupe décide de limiter davantage le champ de l'exception au moyen de plusieurs critères :

- 1) La communauté visée doit être reconnue par un acteur tiers, en se référant au Comité de l'ONU sur les peuples indigènes et le système onusien.

La référence du texte à « *a generally recognized community* » paraît trop vague. La reconnaissance ne peut évidemment pas émaner de la communauté dont l'objet provient, mais d'une entité tierce. Un débat a lieu sur ces entités dont la reconnaissance serait requise. Il s'agit notamment de ne pas négliger les communautés qui ne seraient pas reconnues par l'État dont elles ressortent et par lequel elles peuvent être opprimées. Les institutions de l'ONU sont évoquées. Une autre question subsiste concernant l'inclusion de ces institutions dans le texte ou dans une note de bas de page. Le sous-groupe est appelé à proposer une réponse à ces questions à la prochaine réunion.

- 2) La suppression de la mention « *religious* »

Un débat a lieu sur l'opportunité du terme « *religious* », d'autant plus que la liste en question est une liste non exhaustive de caractéristiques du bien visé et que l'élément pertinent n'est pas l'aspect religieux, mais plutôt la dimension culturelle attachée au bien.

Certains suggèrent d'inclure le terme dans l'article 16 (1) et de le supprimer du second paragraphe. Toutefois, l'objectif du premier paragraphe est de protéger les biens classifiés, abstraction faite du motif de classification. Il est encore proposé de supprimer le terme « *religious* » de l'article, afin d'éviter toute confusion. Pourtant, ce caractère religieux pourrait être un indice utile pour l'identification de biens non classés méritant la protection spéciale envisagée, surtout dans les hypothèses de minorités opprimées. Autre chose serait de maintenir le terme dans sa seconde occurrence au sein du paragraphe 2.

Par ailleurs, en cas de suppression du terme dans le paragraphe 2, il pourrait être envisagé de l'inclure dans le paragraphe 1<sup>er</sup>, en spécifiant que la liste des exemplatives.

- 3) Le remplacement du terme « *use* » par « *heritage* » et de la condition de l'utilisation au moment de la dépossession

Dans le texte en discussion, l'application du second paragraphe exige que le bien « *was used [...] at the time of removal* ». Or, des biens peuvent avoir une valeur culturelle certaine malgré l'absence de classification ou d'utilisation, en raison de leur ancienneté. Dès lors, il est décidé de supprimer le terme « *used* » et d'ajouter le terme « *heritage* » à la fin du paragraphe.

Au terme du débat, l'article 16 (2) se lit ainsi :

« *The term 'cultural object' also includes a sacred or communally important corporeal object that is part of a generally recognized indigenous or tribal community's religious, traditional or ritual heritage at the time of its removal* ».

Toutefois, plusieurs questions restent en suspens, à l'attention du sous-groupe :

- 1) L'article 16 (1) ouvre la porte à une surclassification des biens par les États d'origine ou les États de possession pour des objectifs économiques ou protectionnistes. Il conviendrait d'examiner la possibilité d'y apporter un correctif.
- 2) L'expression « *generally recognized* » nécessite une note explicative en bas de page, renvoyant aux instruments internationaux.
- 3) La pertinence de la condition temporelle, « *at the time of its removal* » pourrait être réévaluée, en envisageant le cas d'une classification après le déplacement.
- 4) Quant à l'emplacement de l'article 16, dont l'objet est de définir la notion de bien culturel pour les besoins de la règle spéciale de conflit, les termes de cette définition pourraient être insérés dans la liste générale de l'article 2, quoique l'article 16 sert également à définir le domaine de la règle spéciale de conflit. Si cet emplacement est maintenu, les termes « *for the purpose of this Regulation* » devraient être remplacés par « *for the purposes of this Chapter* ».
- 5) Le cas échéant, le chapitre sur les biens culturels devrait être remonté avant les dispositions générales de l'actuel chapitre III.

### **C. La règle de conflit spéciale**

Il semblerait difficile d'imposer à la victime du vol, la loi du pays où se trouve fortuitement le bien. De ce fait, la règle générale de l'article 4 ne semble pas appropriée.

Selon l'article 17 de la proposition du sous-groupe :

**Article 17. The law applicable to claims for the recovery of stolen or illegally removed cultural objects**

1. *A claim for the recovery of a stolen or illegally removed cultural object is governed, at the choice of the claimant, by the law of:*

*(a) the state in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that state;*



*(b) the state in which the object was located at the time of the acquisition of possession by the defendant subsequent to the theft or illegal removal; or*

*(c) the state in which the object was located at the time of the filing of the action.*

*2. If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide any reimbursement for a defendant who acquired the possession of the object in good faith for the purchase price, if any, and for reasonable expenses incurred in the preservation of the object, the defendant shall be entitled to the reimbursement provided either by the law of the state in which the object was located at the time of the acquisition of possession or by the law of the state in which the object was located at the time of its removal.*

*3. For the purpose of this article, the place of acquisition of possession is the place in a state where the cultural object was delivered based on a legal relationship underlying the acquisition.*

Le débat explicite l'objectif poursuivi par la règle spéciale de conflit. Si la directive 2014/60/UE<sup>6</sup> vise plutôt la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre et donc la protection du bien lui-même, l'objectif du Groupe porterait, quant à lui, plutôt sur la protection de la partie faible à la transaction qui a porté sur le bien culturel. Il faudrait donc que le critère de rattachement favorise la partie faible.

Ce présupposé soulève plusieurs points. Si la loi de situation actuelle doit être écartée, qu'en est-il de la loi de l'État sur le territoire duquel se trouvait l'objet avant son déplacement illicite ou son vol ? Ainsi, l'application de la loi du pays d'origine de l'objet qui est l'option retenue par l'article 17 (1) (a) n'est pas neutre. La difficulté de se référer à la loi de l'État d'origine surgit lorsque, dans le cas de communautés autochtones, l'État en question ne reconnaît pas ces communautés. Une application rigide de la loi d'un État qui ne désire pas protéger ces communautés et leur héritage irait à l'encontre de l'objectif de protection de la partie faible.

En tant que partie faible, il faut également envisager le tiers de bonne foi, devenu propriétaire actuel du bien qui aurait pu, par exemple s'en servir à titre de caution auprès d'une banque. Faut-il alors protéger le propriétaire initial au risque de déstabiliser les transactions conclues dans le pays de situation actuelle, ou le tiers propriétaire de bonne foi ?

#### **D. Poursuite des travaux**

Le Groupe estime que le texte en son ensemble n'est pas en état d'être adopté. Il décide de continuer l'examen portant sur les biens culturels avant de traiter des autres types de biens volés.

Au terme du débat, la nouvelle version provisoire de l'article 16 se présente comme suit :

---

<sup>6</sup> Directive 2014/60/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 (refonte)

1. For the purpose of this Chapter, 'cultural object' means a corporeal object that is classified or defined by a state, at the time of its removal from the territory of that state, as being among the national treasures possessing a cultural value, including [religious], artistic, historic or archaeological, under national legislation or administrative procedures.

2. The term 'cultural object' also includes a sacred or communally important corporeal object that is part of a generally recognized indigenous, tribal or other cultural community's religious, traditional or ritual heritage at the time of its removal.

## II. LA CODIFICATION DE LA PARTIE GÉNÉRALE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ EUROPÉEN

F. Jault-Seseke fait état de l'avancement du travail du sous-groupe. En suite de la décision prise les deux dernières années de diviser en plusieurs étapes le travail sur la codification de la partie générale du droit international privé, le sous-groupe a abordé deux thèmes, à savoir le statut des lois de police (A) et la méthode de reconnaissance des situations étrangères (B).

### A. Les lignes directrices concernant une règle sur les lois de police

P. Kinsch présente la nouvelle version préparée par le sous-groupe sur les lois de police, qui intègre les modifications issues de la discussion de la réunion précédente, notamment en ce qui concerne le conflit de lois de police (Annexe II).

Le texte comporte trois parties. La première présente les définitions, les finalités et le principe de mise en œuvre des lois de police. La deuxième a trait aux lois de police de l'État du for. La troisième couvre les lois de police d'États autres que celui du for.

Les deux premières parties ayant déjà fait l'objet d'un large débat lors de la réunion précédente, la discussion porte sur la troisième partie concernant les lois de police étrangères. La nouvelle version contient deux différences importantes par rapport à la version précédente, les autres modifications étant de pure forme. La première est au point III.3, à propos des lois de police de la *lex causae*. La seconde est au point III.5, portant sur les conflits entre lois de police.

#### 1. Les lois de police de la *lex causae*

Le point III.3 relatif à l'application d'une disposition de la *lex causae* qui est également une loi de police, se lit comme suit :

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 dans le cadre du jeu normal de la règle de conflit de lois du for.

La proposition a pour utilité de clarifier le statut d'une loi de police de la *lex causae*, eu égard à l'approche d'une certaine jurisprudence allemande, qui écartait – voire écarte – l'application d'une disposition de la *lex causae* du seul fait qu'il s'agissait d'une loi de police

appartenant au droit public. De plus, la formulation indique que l'application d'une telle loi n'est pas une simple faculté.

Le Groupe s'interroge d'abord sur la pertinence de favoriser une formulation positive du point, plutôt que la formulation négative proposée. Un consensus est trouvé en ce sens, avec des hésitations sur les modalités de la formulation positive. Certains proposent de préciser que la loi de police de la *lex causae* sera appliquée à toute situation entrant dans son domaine d'application, d'autres considèrent que cette précision serait redondante et rendrait la formulation complexe. Le Groupe s'accorde sur cette objection, privilégiant un instrument pratique, plus simple et clair.

La formulation retenue se lit alors comme suit :

*Sous réserve de l'ordre public du for, les dispositions de la lex causae s'appliquent même si elles sont des lois de police.*

Une note explicative est ajoutée afin de souligner les enjeux soulevés lors du débat et surtout l'écart de l'ancienne position de la jurisprudence allemande en question.

La question de l'emplacement de cette disposition est également soulevée. Le Groupe considère toutefois que l'ordre des dispositions sur l'application des lois étrangères est indifférent, estimant plus judicieux de donner des titres à chacun des paragraphes, à fins de clarification. Ainsi, la sous-partie de l'article III, dédiée à l'application des lois de police étrangères, est divisée en quatre paragraphes intitulés respectivement : loi de police et compétence judiciaire, loi de police de la *lex causae*, loi de police étrangère ne faisant pas partie de la *lex causae* et conflit de lois de police.

## **2. Le conflit de lois de police**

Suivant le mandat reçu à l'issue de la réunion de l'année dernière, le sous-groupe propose un point distinct sur le conflit de lois de police qui se lit comme suit :

### **III. Lois de police émanant d'États autres que l'État du for**

*[...] Application des lois de police étrangères.*

*5. En cas de risque de conflit, dans une situation particulière, entre une loi de police du for et une loi de police étrangère, le tribunal saisi s'efforcera, par une interprétation ou application appropriée des lois de police, d'éviter le conflit. En cas de persistance du conflit, le tribunal donnera la préférence à la loi de police du for.*

*Lorsque des lois de police étrangères sont en cause, le tribunal appliquera la loi de police qui correspond le mieux aux nécessités de la (coopération internationale de droit privé), compte tenu des objectifs poursuivis par ces lois et de leurs liens avec la situation dont le tribunal est saisi.*

La proposition du sous-groupe relative au conflit entre loi du for et loi étrangère (al. 1) reprend l'approche traditionnelle de la priorité de la première, non sans appeler d'abord le juge à chercher à concilier la mise en œuvre des lois en conflit par un processus

d'interprétation ou de prise en compte des intérêts en cause, à la lumière de la jurisprudence *Bank Melli Iran* de la Cour de justice<sup>7</sup>. Une autre approche, plus nuancée, est celle avancée par la Cour suprême des États-Unis, procédant à une mise en balance des intérêts en cause, évoquée dans la note 15.

La discussion fait apparaître le caractère excessif d'une préférence absolue pour la loi du for, malgré le consensus dont bénéficie cette solution. Lui est préférée la nécessité d'octroyer au juge une marge d'appréciation pour éviter les impasses ou des solutions dictées par des pressions de collectivités d'intérêts particuliers. Il est décidé de laisser au juge saisi la possibilité de privilégier sa loi de police, sans l'y contraindre, en remplaçant les termes « *donnera la préférence* » par « *pourra donner la préférence* », et en précisant dans une note explicative la position de la Cour Suprême des États-Unis, désormais à la note 16.

La disposition sur le conflit de lois de police se lit alors comme suit :

« 9. *Conflit de lois de police. — En cas de risque de conflit, dans une situation particulière, entre une loi de police du for et une loi de police étrangère, le tribunal saisi s'efforcera, par une interprétation ou application appropriée des lois de police, d'éviter le conflit. En cas de persistance du conflit, le tribunal pourra donner la préférence à la loi de police du for.*

*En cas de conflit de lois de police de plusieurs États étrangers, le tribunal appliquera la loi de police qui correspond le mieux aux nécessités de la coopération internationale de droit privé, compte tenu des objectifs poursuivis par ces lois et de leurs liens avec la situation dont le tribunal est saisi. »*

Un cas particulier est relevé relatif aux sanctions non transposées émanant d'une organisation internationale, telle une mesure adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Il est proposé de clarifier ce point à l'occasion de la note 9 évoquant une norme étrangère à prendre en considération comme présupposé factuel d'une norme « *de droit matériel à caractère variable* », telle la survenance d'une loi d'embargo étrangère susceptible de constituer un cas de force majeure en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle.

### **3. La relation entre les lois de police et le droit de l'Union européenne**

La question de la conformité de l'application d'une loi de police au droit de l'Union européenne fait l'objet d'une disposition dans la partie I du texte en discussion, issue de la réunion précédente du Groupe. Par son emplacement, cette disposition vise autant une loi de police du for qu'une loi étrangère. Sa formulation renvoie au respect des libertés de circulation instituées par le droit primaire, telles qu'interprétées par la Cour de justice selon des explications données dans la note 7.

Le débat montre la nécessité d'une clarification de cette formulation, pour divers motifs. D'abord, le contrôle de la conformité au droit européen peut s'effectuer par d'autres

---

<sup>7</sup> Arrêt du 21 décembre 2021, aff. C-124/20, *Bank Melli Iran*, ECLI: EU:C:2021:1035, évoqué dans la note 14 du texte en discussion.

juridictions que la Cour de justice de l'Union. Ensuite, le contrôle ne devrait pas porter sur le contenu même de la réglementation nationale, mais sur les conditions de sa mise en œuvre dans une situation particulière. Enfin, le droit de l'Union ne se limite pas à la liberté de circulation.

Par ailleurs, il est décidé de placer la disposition dans un paragraphe distinct.

Celle-ci se lit alors comme suit :

3. « La mise en œuvre des lois de police doit être conforme au droit de l'Union ».

#### **4. Adoption du texte final**

Le Groupe convient être arrivé au terme de l'élaboration de lignes directrices sur les lois de police, sous réserve d'adapter le paragraphe d'introduction et d'effectuer une numérotation unique de l'ensemble des paragraphes.

Le texte adopté dans sa version finale se présente comme suit :

#### **Lignes directrices : Lois de police**

*Ces lignes directrices représentent la position du GEDIP sur une reformulation partielle des orientations du droit international privé européen concernant les lois de police. Le texte proposé maintient en partie les règlements existants et les solutions jurisprudentielles les interprétant, et en partie il s'en éloigne.*

##### **I. Définition, finalités, principe de mise en œuvre**

1. Une loi de police est une disposition 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.<sup>1</sup>

La protection d'une partie à la relation concernée peut relever des intérêts publics au sens de la définition qui précède.<sup>2</sup>

Les règles issues d'actes du droit de l'Union européenne – notamment les dispositions issues de la transposition de directives européennes – peuvent également relever de ladite définition<sup>3</sup> pour les situations présentant un lien étroit avec l'Union.<sup>4</sup>

2. Le respect des lois de police correspond à un mécanisme<sup>5</sup> dont la mise en œuvre n'est pas limitée à un domaine particulier<sup>6</sup>.

3. La mise en œuvre des lois de police doit être conforme au droit de l'Union.<sup>7</sup>

##### **II. Lois de police de l'État du for**

4. Les lois de police de l'État du tribunal saisi, y compris celles issues d'actes du droit de l'Union, s'appliquent conformément aux normes d'applicabilité<sup>8</sup> qu'elles contiennent expressément ou implicitement.

### III. Lois de police émanant d'États autres que l'État du for

#### Généralités

5. L'application ou la prise en considération<sup>9</sup> de lois de police étrangères par le tribunal saisi sont possibles dans les cas énoncés aux points 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 de l'État dont émane la loi de police.

#### Application des lois de police étrangères

6. *Loi de police et compétence judiciaire.* – L'effet des lois de police devrait en principe être indépendant des règles de compétence judiciaire.<sup>10</sup> Il peut y avoir lieu de leur donner effet notamment dans l'hypothèse où les juridictions de l'État 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 État membre de l'Union.<sup>11</sup>

7. *Loi de police de la lex causae.* – Sous réserve de l'ordre public du for, les dispositions de la *lex causae* s'appliquent même si elles sont des lois de police.<sup>12</sup>

8. *Loi de police étrangère ne faisant pas partie de la lex causae.* – L'application dérogatoire, dans l'État 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 se justifie au regard des objectifs de la loi de police, notamment lorsque ces objectifs sont communs aux deux États ou mettent en œuvre des valeurs communes, ainsi que des liens de la situation avec l'État étranger.

Entre États membres de l'Union, il sera tenu compte en particulier du principe de coopération loyale énoncé à l'article 4 (3) TUE et de l'objectif de promotion de la solidarité entre les États membres visé à l'article 3 (3), alinéa 3 TUE.<sup>13</sup>

Pour décider si effet doit ainsi être donné à une loi de police étrangère, il sera tenu compte des conséquences qui découleraient de son application ou de sa non-application.<sup>14</sup>

9. *Conflit de lois de police.* – En cas de risque de conflit, dans une situation particulière, entre une loi de police du for et une loi de police étrangère, le tribunal saisi s'efforcera, par une interprétation ou application appropriée des lois de police, d'éviter le conflit.<sup>15</sup> En cas de persistance du conflit, le tribunal pourra donner la préférence à la loi de police du for.<sup>16</sup>

En cas de conflit entre lois de police de plusieurs États étrangers, le tribunal appliquera la loi de police qui correspond le mieux aux nécessités de la coopération internationale de droit privé, compte tenu des objectifs poursuivis par ces lois et de leurs liens avec la situation dont le tribunal est saisi.

#### Prise en considération des lois de police étrangères

10. Ce qui précède est sans préjudice de la prise en considération par le tribunal d'une loi de police étrangère en tant qu'élément de fait dans le cadre du droit matériel applicable.<sup>17</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

---

<sup>2</sup> Tranche une question précise d'interprétation de la notion même de « loi de police », 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'État 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*.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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'État 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).

<sup>5</sup> 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 ». – Cependant le mécanisme des lois de police ne doit pas être utilisé pour circonvier les conditions plus précises formulées, à propos de l'effet international des lois de police, par des textes spécifiques du droit dérivé européen (tels les articles 6 et 8 du règlement Rome I).

<sup>6</sup> 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, qui peut être compréhensible en général compte tenu de la rareté des lois de police dérogeant au rattachement ordinaire en matière de responsabilité délictuelle, s'est néanmoins 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 État autre que l'État dont émanent ces lois de police.

<sup>7</sup> La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union manifeste en particulier l'incidence du régime général des libertés de circulation sur la mise en œuvre des lois de police des États membres. 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. À 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 État 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 États 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 État 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'État 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'État 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; une 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).

<sup>8</sup> Les lois de police sont des règles matérielles qui ont pour particularité d'être accompagnées d'une règle spéciale qui en détermine le domaine d'application territorial, indépendamment de la loi applicable selon la règle de rattachement du for (cf. l'art. 9 (1) Rome I). Cette règle spéciale est la « norme d'applicabilité », qui peut être expresse ou, à défaut de règle expresse de délimitation de la portée spatiale de la règle matérielle, se déduire implicitement de son objectif.

<sup>9</sup> L'application d'une loi de police consiste à adopter la solution prescrite par le législateur étranger ; sa prise en considération consiste à prendre en compte la loi de police dans le cadre de l'application du droit matériel d'un autre État – le plus souvent, en pratique, du droit du for. Un cas particulier de prise en considération est celle d'une loi étrangère apparaissant comme élément du présupposé factuel d'une *norme de droit matériel à caractère variable* (exemple : la survenance d'une loi d'embargo étrangère, identifiée comme un *cas de force majeure* dans le cadre de l'exécution d'un contrat régi par une *lex contractus* qui n'est pas la loi de l'État étranger en question). – Selon la nature de la règle de droit matériel dans le cadre de laquelle se fait l'application de la norme, la prise en considération peut également concerner des normes de droit international, notamment des sanctions non transposées, ou non encore transposées, décidées par le Conseil de sécurité des Nations Unies : s'il n'est pas envisageable, faute de sanctions effectives de leur non-respect aussi longtemps qu'elles n'ont pas été transposées, d'y voir des cas de force majeure, en revanche la violation consciente de pareilles sanctions peut être considérée comme un cas de nullité du contrat pour illicéité de son objet.

<sup>10</sup> La compétence judiciaire est normalement fondée sur les liens qui existent entre les parties ou l'objet du litige et l'État du for et ne tient pas compte de l'applicabilité d'une loi de police de cet État. 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'État 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.

<sup>11</sup> Entre États 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'État membre du tribunal à la compétence duquel il est dérogé. À l'égard d'États tiers, la solution peut être la même, sans toutefois pouvoir se référer à la coopération loyale spécifique entre États membres. La proposition ne concerne pas la question – qui est une question de conflit de juridictions, réglée notamment, entre États 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'État dont les juridictions font l'objet d'une dérogation conventionnelle, et qui en l'absence de cette dérogation conventionnelle auraient pu se déclarer compétentes et auraient donc appliqué les lois de police de leur État.

<sup>12</sup> Cette solution, adoptée par la jurisprudence de plusieurs États membres (ainsi que par l'article 13 de la LDIP suisse), a été préférée à la solution adoptée notamment en jurisprudence allemande, selon laquelle l'application des lois de police de droit public est exclue devant les tribunaux du for, alors même que le droit étranger est le droit applicable (BGH, 17 décembre 1959, *BGHZ*, vol. 31, p. 367, la solution adoptée par cet arrêt étant rappelée notamment par BGH, 24 février 2015, *NJW*, 2015, p. 2328, point 53).

<sup>13</sup> *Contra*, arrêt *Nikiforidis*, point 54. – Sur l'applicabilité de l'article 4 (3) TUE aux relations mutuelles entre États 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 États 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 États 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.

<sup>14</sup> L'inspiration de notre texte est, sur ce point central du régime des lois de police étrangères, l'article 7, par. 1<sup>er</sup> 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.

<sup>15</sup> Cf. (mais il s'agit en l'occurrence d'un cas de prise en considération, non d'application d'une loi de police étrangère) CJUE 21 décembre 2021, *Bank Melli Iran*, C-124/20, qui invite la juridiction nationale de renvoi à interpréter le règlement de blocage européen n° 2271/96, « lu à la lumière de l'article 16 et de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

<sup>16</sup> La préférence donnée à la loi du for est la solution la plus souvent préconisée. Il convient néanmoins de signaler qu'il existe, mais plus particulièrement aux États-Unis d'Amérique, une solution de mise en balance des intérêts du for et de l'État étranger, qui est susceptible d'être employée à propos du conflit entre lois de police. Voir, en matière d'application extraterritoriale du droit de la concurrence, l'arrêt *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976) qui mentionne les facteurs suivants pouvant influencer la solution du conflit :

*[T]he degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and [their] locations ..., the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, [and] the foreseeability of such effect.*

La jurisprudence américaine subséquente a eu tendance à revenir à une solution faisant prévaloir la loi de police du for, sauf l'hypothèse d'un « vrai conflit » (*Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764, 798 (1993)), étant entendu que « *no conflict exists, for these purposes, "where a person subject to regulation by two states can comply with the laws of both."* *Restatement (Third) Foreign Relations Law § 403, Comment e* » (*ibid.*, p. 799 ; mais voir l'opinion dissidente du juge Scalia et de trois autres juges, pp. 811-821).

<sup>17</sup> Solution de l'arrêt *Nikiforidis*.

## **B. Les lignes directrices concernant une règle sur la reconnaissance des situations étrangères**

M. Fallon présente l'état des travaux du sous-groupe sur la reconnaissance des situations étrangères et souligne qu'il ne s'agit encore actuellement que d'identifier des orientations du Groupe avant de pouvoir établir des lignes directrices ou encore des propositions de formulation d'une règle générale (Annexe III). À cet égard, si le texte soumis contient bien des éléments de formulation, il s'agit plutôt d'une méthode d'aide à la décision, en élaborant plusieurs modèles alternatifs destinés à vérifier la possibilité d'une règle générale.

### **1. Présentation des évolutions récentes**

Lors de la réunion précédente, le sous-groupe avait reçu mandat de ne pas limiter ses travaux au droit de l'Union européenne. De plus, il devait considérer la pertinence de limiter ses travaux au statut personnel ou d'étendre la disposition au-delà, ne serait-ce qu'à la reconnaissance des personnes morales. Depuis 2021, des évolutions législatives et doctrinales dans certains États membres de l'Union européenne ont enrichi le débat, à partir de l'article 9, livre X, du Code civil néerlandais donne au juge une faculté de reconnaître « les effets juridiques attachés à un fait » en application du droit international privé d'un État étranger, en lien avec la notion de prévision légitime. L'Institut de droit international a adopté

en 2021 une résolution sur les droits de la personne humaine et le droit international privé<sup>8</sup>, dont les articles 9 (sur la capacité juridique) et 10 (sur le statut personnel) considèrent la reconnaissance d'un statut étranger en lien avec les droits fondamentaux de la personne humaine. Le projet de code de droit international privé français<sup>9</sup> contient aussi, à son article 5, alinéa 3, une disposition de portée générale visant toute « *situation constituée ou constatée dans un acte public dressé à l'étranger, conformément au droit de cet État, avec lequel cette situation présentait des liens étroits au moment de son établissement* ».

Parmi ces antécédents, le sous-groupe a identifié une liste de conditions requises pour reconnaître la situation étrangère. Tous exigent un lien de proximité de la situation avec l'État d'origine, ainsi que la conformité à l'ordre public du for, singulièrement dans les modèles néerlandais et français, alors que la résolution de l'Institut est moins explicite à cet égard. Une autre condition plus rare est celle de la « *cristallisation* » du rapport par l'établissement d'un acte public dans l'État d'origine. Enfin, dans toutes les hypothèses, le sous-groupe constate une appréciation *in concreto*, prenant en compte, de manière variable, l'intérêt de l'enfant, les attentes des parties ou l'effectivité de la situation en lien avec la protection d'un droit fondamental, tel celui du respect de la vie familiale.

## **2. Les modèles possibles**

Sur cette base, le document du sous-groupe comporte, au terme d'une présentation générale, plusieurs alternatives de rédaction d'une règle générale de reconnaissance, destinées à ce stade à identifier le domaine et la méthode à suivre parmi trois approches possibles, entre lesquelles le sous-groupe même n'exprime encore aucune préférence.

Le premier modèle ancre la méthode de la reconnaissance aux droits et libertés fondamentaux. Il est le plus proche du droit positif actuel tel qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme. Il opère comme une exception à la mise en œuvre de la règle de conflit du for, que celle-ci conduise à l'application d'une loi étrangère ou, plus souvent dans ce contexte, à celle du for même. Techniquement, le procédé est analogue à celui de l'exception d'ordre public, opérant en aval de l'application de la règle de conflit, à la différence que celle-ci ne joue qu'à l'égard d'un droit étranger.

Les deuxième et troisième modèles écartent le jeu de la règle de conflit de lois du for, au profit de celle de l'État d'origine, non sans une différence d'intensité dans la formulation. Alors que le troisième, inspiré des propositions de P. Lagarde en 2011 et 2014 et à la lumière de la résolution de l'Institut, établit une règle générale de nature positive sur la reconnaissance, la deuxième n'établit formellement qu'une exception en ce sens. De plus, il fonde cette exception sur le respect des prévisions légitimes des parties. Un tel fondement apparaît cependant comme peu décisif pour certains membres, en particulier dans des

---

<sup>8</sup> Institut de droit international, 4<sup>ème</sup> Commission, Résolution sur les *Droits de la personne humaine et droit international privé*, votée le 4 septembre 2021, disponible au [https://www.idi-ijl.org/app/uploads/2021/09/2021\\_online\\_04\\_fr.pdf](https://www.idi-ijl.org/app/uploads/2021/09/2021_online_04_fr.pdf)

<sup>9</sup> La version la plus à jour, au moment de la rédaction du présent rapport, est disponible au : [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/projet\\_code\\_droit\\_international\\_privé.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/projet_code_droit_international_privé.pdf)

contentieux opposant les parties concernées. Par ailleurs, du fait que ces deux modèles couvrent l'ensemble de la matière civile et commerciale sans restriction, ils risquent d'être peu opérationnels, en particulier en matière d'obligations contractuelles. Il est relevé qu'une règle générale peut être complétée par des règles spéciales dans certaines matières, tantôt plus précises, tantôt excluant le principe de reconnaissance.

Tous ces modèles prévoient un examen de validité au regard du droit international privé de l'État d'origine, dont l'objet varie selon le premier et les suivants : le premier modèle vise un rapport juridique dont la reconnaissance est demandée, alors que les deuxième et troisième modèles visent une « situation », notion également présente dans la plupart des analyses de la doctrine, comme dans le projet français.

Plusieurs membres estiment que le premier modèle semble le plus stable, étant le reflet du droit positif de l'Union européenne et de la jurisprudence de Strasbourg. Toute proposition de s'en distancier nécessiterait une étude approfondie des autres obligations internationales de l'Union européenne et de ses membres. Cela étant, le modèle 1, qui codifie à droit constant, risque de présenter peu de plus-value en termes de contribution à une évolution de la problématique, à la différence des autres modèles, moins conservateurs et constitutifs d'une avancée. Par leur contenu cependant, ceux-ci risquent de court-circuiter la technique actuelle des conflits de lois : la discipline distinguerait désormais un volet permettant de créer des situations juridiques dans l'État du for en vertu de la règle de conflit de ce droit, et un autre régissant la reconnaissance de situations créées à l'étranger en vertu du droit étranger. Cela étant, les membres conviennent que le choix du modèle est un choix de politique législative, la méthode de la reconnaissance pouvant avoir pour effet de modifier indirectement le droit matériel des États soumis à l'obligation de reconnaissance, surtout dans le cadre de l'Union européenne.

À ce stade, le Groupe cherche à identifier une préférence de principe pour l'un ou l'autre des modèles. La tendance est en faveur d'une disposition formulée comme une exception au jeu de la règle de conflit du for plutôt que comme un principe de reconnaissance, ce qui tend à exclure le modèle 3.

Il est décidé que le sous-groupe poursuivra sur la base des modèles 1 et 2.

### **3. Le contenu du régime de la reconnaissance**

Selon les orientations proposées par le sous-groupe, quel que soit le modèle retenu, les conditions mêmes requises pour la reconnaissance pourraient être similaires. La plus-value des travaux du Groupe résiderait dans une tentative de systématisation de ces conditions.

Selon le rapporteur, il conviendrait également de s'entendre sur l'objet même de la reconnaissance (a) avant d'examiner les conditions de la reconnaissance (b). Si la majorité des travaux évoquent une « situation juridique » à reconnaître, le processus de reconnaissance n'échappe pas à toute vérification de validité d'un rapport juridique sous-jacent, tel un mariage ou un lien de filiation.

#### **a. L'objet de la reconnaissance**

L'identification de l'objet de la reconnaissance a une incidence sur la rédaction selon que l'obligation de reconnaissance porte sur une situation, ou plutôt sur un rapport juridique à l'instar de la méthode savignienne. À ce stade, les différents modèles proposés placent les termes entre crochets. Pour autant, la réponse à cette question ne devrait avoir guère d'incidence sur le contenu même des conditions de la reconnaissance. Elle concernerait plutôt leur mise en œuvre.

Une deuxième question concerne le rôle que doit jouer la notion de la « cristallisation » de la situation ou du rapport juridique. S'agit-il d'un élément d'identification de l'objet de la reconnaissance ou d'une condition de la reconnaissance même ? Le sous-groupe précise qu'en droit positif européen, il s'agit d'une condition pour la reconnaissance, mais qu'en cas d'adoption d'un modèle différent, la question devrait être débattue. Le débat sur ce point permet de soulever des interrogations auxquelles le sous-groupe devrait répondre. Ainsi, quel seuil devrait être retenu pour considérer cette cristallisation satisfaite, et celle-ci serait-elle toujours requise ? Une hésitation subsiste sur la nécessité d'une décision judiciaire, une authentification par notaire ou équivalent, ou si une réalité factuelle, telle la possession d'état, suffit.

Une troisième question a trait au domaine d'une disposition générale sur la reconnaissance, susceptible de varier en fonction de l'objectif poursuivi. S'agit-il de toute situation ou rapport juridique en matière civile ou commerciale, ou plutôt, dans cette matière, des seules situations (ou rapports juridiques) où est en cause le respect d'un droit fondamental ? A priori, les membres privilégieraient une disposition de portée générale insérée dans la partie générale d'un code, sans préjudice de règles spéciales mieux adaptées à des matières spéciales. Le cas échéant, le respect des droits et libertés fondamentaux pourrait être inclus dans la liste des conditions de reconnaissance ou motifs de non-reconnaissance d'une situation ou d'un rapport juridique.

Exclure la considération de la protection des droits fondamentaux de l'objet de la reconnaissance obligerait alors à considérer les fondements du régime de la reconnaissance. Si la règle de reconnaissance n'était pas destinée à protéger les droits et libertés fondamentaux, à la différence de la jurisprudence des Cours européennes, encore faudrait-il identifier un autre fondement. Le document de travail du sous-groupe évoque le respect des prévisions légitimes des parties, tantôt comme objectif dans le modèle 2, tantôt comme élément d'appréciation des conditions de reconnaissance.

Le recours à la notion de prévision légitime comme fondement rencontre, au sein du Groupe, des objections. D'abord, si elle paraît acceptable dans les relations entre adultes, elle l'est moins lorsque l'intéressé est un enfant : celui-ci est-il capable de prévisions légitimes ? Ensuite, fonder le régime de la reconnaissance sur les prévisions ou attentes légitimes des parties paraît inconcevable lorsque les parties s'opposent. D'ailleurs, la confiance légitime dans la validité de la situation ou rapport juridique consolidé par un acte public est une notion trouvant sa source dans le droit administratif national, et elle est importée en droit européen pour garantir une cohérence dans les décisions de l'administration. Or, dans les deux cas, la notion est conçue pour les rapports verticaux et non horizontaux entre particuliers. Certains membres du Groupe considèrent que cette notion ne serait donc pas adaptée pour des

rapports horizontaux. Tout au plus pourrait-elle jouer comme un élément d'appréciation de la consolidation d'une situation parmi les conditions de la reconnaissance.

Autre chose encore serait de fonder le régime de la reconnaissance sur la théorie des droits acquis. Toutefois, le Groupe estime que cette théorie n'est qu'un outil d'appréciation pour établir l'existence d'une situation ou d'un rapport juridique consolidé.

Sans arriver à un consensus, le Groupe admet la pertinence de la notion de prévision légitime tout en invitant le sous-groupe à affiner la portée qu'il conviendrait de lui assigner.

#### b. Les conditions de la reconnaissance

Au cours de ses travaux, le sous-groupe a identifié plusieurs conditions invariablement requises dans les régimes étudiés, à savoir :

- 1) Une condition de proximité.
- 2) Une condition de consolidation, ou de cristallisation : il faut que la situation exprime l'exercice effectif de droits issus d'un rapport juridique, voire qu'elle soit concrétisée par un acte public.
- 3) Une marge d'appréciation laissée au juge afin de permettre à ce dernier d'équilibrer les intérêts en cause.
- 4) Un contrôle de conformité à l'ordre public et d'absence de fraude à la loi : le caractère artificiel d'une situation ou d'un rapport juridique peut être un motif de refus de reconnaissance, de même qu'il peut exclure une prévision légitime.
- 5) La validité de constitution de la situation juridique ou du rapport juridique, conformément à la loi applicable ou appliquée au sein de l'ordre juridique de l'État d'origine.

La note d'orientation du sous-groupe reflète ces constatations parmi les conditions de non-reconnaissance, au point IV.B. Plus précisément, elle structure ces conditions en deux phases. D'abord, elle établit une liste de deux motifs de refus, l'ordre public et la fraude. Ensuite, elle établit une liste commune d'indices d'appréciation de ces motifs, où figurent, en particulier, les conditions de proximité et de consolidation. Quant à la condition de validité au regard du droit de l'État d'origine, elle est placée dans le paragraphe 1 de la règle, comme élément de définition de l'objet de la reconnaissance.

Les membres du Groupe s'interrogent d'abord sur la conformité de certaines de ces conditions avec le droit positif, spécifiquement le droit de l'Union européenne. En droit des sociétés et, de manière plus nuancée en matière de gestation pour autrui, la méthode de la reconnaissance permet l'accueil de situations ou de rapports juridiques valablement constitués à l'étranger même en présence d'une fraude à la loi au sens du droit international privé.

En droit des sociétés, la liberté de circulation et le principe de confiance mutuelle font obstacle, en pratique, à ce que la fraude puisse sanctionner une manœuvre des parties malgré l'admission de principe de cette sanction. L'objectif même du projet européen étant de

donner aux résidents européens la faculté de choisir librement la loi la plus favorable, en mettant en concurrence les législations des États membres, sanctionner l'exercice de cette faculté serait paradoxal. Ensuite, en matière de gestation pour autrui, une lecture attentive de la jurisprudence européenne montre que si la requête des parents peut être rejetée, il en va autrement de celle des enfants innocents.

De plus, une des conditions de qualification de la fraude à la loi est l'existence d'un lien fictif, ou l'absence totale de lien, entre la situation ou le rapport juridique et la loi appliquée. Or, une des conditions de la reconnaissance de cette même situation ou de ce même rapport juridique serait, dans la proposition en examen, l'existence d'un lien de proximité. Il serait donc paradoxal de qualifier la fraude à la loi à partir du moment où cette condition est remplie. Le sous-groupe devrait donc chercher à préciser les éléments constitutifs de la fraude à la loi et les conditions dans lesquelles la fraude ferait obstacle à la reconnaissance.

Le rapporteur précise toutefois que dans la structure du dispositif proposé par le document en discussion, le juge est amené à raisonner en deux temps : d'abord, il constate que l'existence d'une fraude est un obstacle en soi à la reconnaissance ; ensuite, dans son appréciation de la fraude, il examine si les conditions énoncées dans la liste des indices sont remplies, en particulier celle de proximité. En effet, l'existence d'une fraude devrait normalement être exclue lorsqu'une des parties avait la nationalité du pays où la situation a été constituée, ou résidait habituellement dans ce pays.

Plusieurs membres s'interrogent encore sur la nécessité d'une condition de proximité. Pour d'aucuns, elle serait surtout pertinente dans le modèle 3 et non dans les modèles ciblant une exception. Par ailleurs, elle pourrait ne pas intervenir dans certaines matières, par exemple le mariage ou le droit des sociétés. D'autres encore se demandent si la place de ce critère est dans l'identification de l'objet de la reconnaissance plutôt que dans les conditions, tout en admettant que, comme condition, elle intervienne avec flexibilité. Enfin, des clarifications pourraient être apportées : s'agit-il d'un lien « étroit » ou plutôt « suffisant » comme le propose le document ; et cet élément de proximité se vérifie-t-il seulement avec l'État d'origine ou encore avec l'État d'accueil comme élément d'appréciation du motif d'ordre public ?

À l'issue des débats, le sous-groupe reçoit pour orientations de déterminer :

- 1) si la règle sur la reconnaissance doit être formulée sous forme d'exception et non de règle générale ;
- 2) si la reconnaissance est conditionnée par le respect des droits fondamentaux et de l'ordre public international. Quant à la référence aux droits fondamentaux, il y aurait lieu d'examiner si elle peut être remplacée par une disposition générale qui, dans un article 1<sup>er</sup> d'un code européen, rappellerait la primauté des principes du droit primaire et de la Charte, ou si elle peut être précisée selon qu'est retenu le modèle 1 (élément de l'objet) ou dans le modèle 2 (élément d'appréciation) ;

- 3) le rôle des prévisions légitimes des parties comme fondement de la règle de la reconnaissance (élément de l'objet dans le modèle 2) ou comme élément d'appréciation des conditions communes aux modèles ;
- 4) la pertinence d'une condition de proximité dans la définition de l'objet de la reconnaissance, sauf à considérer plutôt que l'absence de lien est un motif de refus de reconnaissance ;
- 5) l'opportunité de faire référence à la fraude à la loi pour limiter la reconnaissance, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme ;
- 6) le domaine matériel de la règle de reconnaissance (en identifiant les besoins d'éventuelles dispositions de la partie spéciale d'un code).

### III. ACTUALITÉS DU DROIT DE L'UNION

Outre les travaux en cours des institutions (D), sont examinés la proposition de directive « anti-poursuites stratégiques altérant le débat public » (A), la proposition de directive européenne en matière de la responsabilité (et du devoir de vigilance) des entreprises pour violation des droits humains et atteintes à l'environnement (B) et la problématique de la reconnaissance fonctionnelle du lien de filiation de parents du même sexe à la lumière de l'arrêt *Pancharevo* (C).

#### A. La proposition de la directive relative aux poursuites stratégiques altérant le débat public (SLAPP)

C. Kohler présente l'état de la proposition de directive relative aux poursuites stratégiques altérant le débat public<sup>10</sup>, dites SLAPP (*Strategic Lawsuits Against Public Participation*) (Annexe IV), en analysant successivement ses objectifs (1), ses règles de conflit (2) et son insertion dans le contexte général du droit international privé (3).

##### 1. La proposition et ses objectifs

La Commission a présenté, le 27 avril 2022, une proposition de directive sur la protection des personnes qui participent au débat public contre les procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives. Il s'agit du phénomène de l'utilisation ciblée de contentieux civils contre des personnes qui visent à protéger les intérêts publics en exposant ou critiquant des faits ou des comportements d'individus ou d'entreprises. Le demandeur dans ces procédures, souvent abusives ou dénuées de fondement sérieux, espère intimider les personnes qui « œuvrent en faveur de la protection de l'intérêt public ». Ces demandeurs détournent la procédure judiciaire. Ils ne cherchent pas la victoire devant les juridictions saisies, mais l'épuisement des ressources des défendeurs.

---

<sup>10</sup> Doc. COM(2022)177, doc. COD 2022/0117 ; disponible sur : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0177>

Ce phénomène relativement nouveau commence à avoir une prise dans la scène juridique européenne. En suite de l'assignation d'une victime connue de *SLAPP*, la Commission cherche à combattre ce type de procédure, en application de l'article 81 (2) TFUE. La directive établit « *des garanties contre les procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives [...] ayant une incidence transfrontière engagées contre des personnes physiques et morales, en particulier des journalistes et des défenseurs des droits de l'homme, en raison de leur participation au débat public* ».

Pour atteindre cet objectif, la directive introduit deux garanties contre les *SLAPP* : la possibilité de rejet rapide des procédures judiciaires manifestement infondées et des sanctions pour les recours abusifs. Le rejet rapide des procédures judiciaires manifestement infondées est prévu aux articles 9 et suivants de la proposition.

*Article 9*

**Rejet rapide**

1. Les États membres habilite les juridictions à adopter une décision rapide de rejet, total ou partiel, des procédures judiciaires altérant le débat public comme étant manifestement infondées.

2. Les États membres peuvent fixer des délais pour l'exercice du droit de déposer une demande de rejet rapide. Les délais prévus sont proportionnés et ne rendent pas cet exercice impossible ou excessivement difficile.

[...]

*Article 11*

**Procédure accélérée**

Les États membres veillent à ce que les demandes de rejet rapide soient traitées dans le cadre d'une procédure accélérée, en tenant compte des circonstances de l'espèce et du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

Par ailleurs, la directive définit les procédures judiciaires abusives altérant le débat public à son article 3 (3) qui dispose qu'il s'agit de :

« **Procédures judiciaires abusives altérant le débat public** » : des procédures judiciaires visant le débat public, qui sont totalement ou partiellement infondées et ont pour principal objectif d'empêcher, de restreindre ou de pénaliser le débat public. Les indications d'une telle finalité peuvent être :

(a) le caractère disproportionné, excessif ou déraisonnable de la demande en justice ou d'une partie de celle-ci ;

(b) l'existence de procédures multiples engagées par le requérant ou des parties associées concernant des questions similaires ;



(c) de l'intimidation, du harcèlement ou des menaces de la part du requérant ou de ses représentants.

## **2. Les règles de conflit de la proposition**

La proposition contient deux règles relatives à la loi applicable (chapitre V). Le but est de protéger les personnes visées par les *SLAPP* contre des décisions rendues dans un pays tiers, par l'établissement de garanties *ex post*.

L'article 17 oblige les États membres à fournir à leurs juridictions un moyen juridique pour refuser la reconnaissance ou l'exécution de décisions de pays tiers. L'article se lit comme suit :

### *Article 17*

#### **Motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution d'une décision rendue dans un pays tiers**

Les États membres veillent à ce que la reconnaissance et l'exécution d'une décision rendue dans un pays tiers dans le cadre d'une procédure judiciaire engagée en raison de la participation au débat public d'une personne physique ou morale domiciliée dans un État membre soient refusées comme étant manifestement contraires à l'ordre public dans le cas où cette procédure aurait été considérée comme manifestement infondée ou abusive si elle avait été portée devant les juridictions de l'État membre dans lequel la reconnaissance ou l'exécution est sollicitée et où ces juridictions auraient appliqué leur propre droit.

Cette règle a un précédent en droit des États-Unis d'Amérique. Afin de protéger les défenseurs américains des décisions étrangères ignorant la liberté d'expression et de la presse, le Congrès américain avait adopté le *SPEECH Act*, du 10 août 2010<sup>11</sup>. Sa disposition centrale (U.S.C. § 4102) prévoit qu'une juridiction interne refusera la reconnaissance à toute décision étrangère pour diffamation, sauf si la procédure devant la juridiction d'origine assurait autant de protection à la liberté d'expression et de la presse que le prévoit le premier amendement de la Constitution des États-Unis, autant que la Constitution et le droit de l'État dans lequel se trouve la juridiction d'accueil (§ 4102 (a)(1)(A)).

La directive organise aussi un refus de reconnaissance, mais à l'aide du mécanisme traditionnel de l'exception d'ordre public international, et en ajoutant une forme de révision au fond portant sur la loi appliquée par la juridiction d'origine.

L'autre garantie pour les victimes de ces procédures abusives est prévue à l'article 18 de la proposition :

### *Article 18*

#### **Compétence pour les actions contre les décisions rendues dans un pays tiers**

---

<sup>11</sup> Disponible : <https://www.congress.gov/111/plaws/publ223/PLAW-111publ223.pdf>

Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une procédure judiciaire abusive visant la participation au débat public a été engagée devant une juridiction d'un pays tiers contre une personne physique ou morale domiciliée dans un État membre, cette personne puisse demander, devant les juridictions du lieu où elle est domiciliée, réparation de tous dommages et frais liés à la procédure devant la juridiction du pays tiers, quel que soit le domicile du requérant dans la procédure engagée dans le pays tiers.

Cet article met donc en place un *forum actoris* au profit des victimes de ces procédures abusives. Il est limité à la problématique de la compétence internationale des tribunaux. Le fondement juridique de l'action se trouve plutôt à l'article 15 de la proposition :

*Article 15*

**Réparation des dommages**

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'une personne physique ou morale ayant subi un préjudice du fait d'une procédure judiciaire abusive altérant le débat public soit en mesure de demander et d'obtenir réparation intégrale de ce préjudice.

Pratiquement, la combinaison des articles 15 et 18 induit un *forum legis*, le tribunal saisi étant appelé à assurer la protection organisée par le droit du for.

La compétence fondée sur l'article 18 ne dépend pas du domicile du défendeur. Ainsi, cette compétence spéciale prévaudrait sur le régime général du règlement Bruxelles *Ibis* même si le défendeur est domicilié dans un État membre. La victime d'une procédure judiciaire abusive altérant le débat public pourra alors bénéficier de ce *forum actoris*, plus généralement exclu. En la matière, la Commission suggère ainsi de reprendre ce chef de compétence pour protéger une partie digne de protection, à l'instar de la protection du consommateur prévue par le règlement Bruxelles *Ibis*.

L'article 19 régit la relation de la directive avec la Convention de Lugano de 2007. En vertu de cet article :

*Article 19*

**Relation avec la convention de Lugano de 2007**

La présente directive n'a pas d'incidence sur l'application de la convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, signée à Lugano le 30 octobre 2007.

Ainsi, la Convention de Lugano primerait sur la directive et sur les dispositions internes la transposant dans les droits des États membres.

**3. Le contexte de droit international privé**

À l'exception des deux dispositions précitées, la proposition de directive ne reflète aucun aspect de droit international privé. Or, ce contexte juridique forme une partie importante de

l'arrière-plan de la proposition et a été pris en compte par le Parlement européen dans la résolution de novembre 2021.

La résolution précisait que dans les affaires transfrontières, les défendeurs domiciliés sur le territoire d'un État membre se verraient attirés en vertu des articles 4 et 7 (2) du règlement Bruxelles *Ibis*, dont l'interprétation privilégie la méthode « mosaïque ». Ces articles offrent un choix de fors compétents au demandeur. Les victimes d'« atteintes aux droits de la personnalité par contenu mis en ligne sur un site Internet »<sup>12</sup> ont la possibilité de saisir un for supplémentaire, à savoir les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel la victime a son centre d'intérêts. La Cour de justice a confirmé cette faculté pour les victimes de la diffusion de propos dénigrants sur Internet, en décembre 2021<sup>13</sup>.

À cet égard, une étude préparée pour le Parlement européen relève un environnement non seulement favorable à la prolifération des procédures abusives, mais semblant l'encourager :

*« A claimant who wishes to act in a manner that is most vexatious to the respondent may choose from a number of techniques. The so-called 'mosaic approach' whereby the claim is split over several jurisdictions has the potential to enable a claimant to exhaust a prospective respondent through multiple contemporaneous disputes concerning essentially the same subject matter. »*

Les *SLAPP* invoquent souvent un acte de diffamation ou de violation de la vie privée. La loi applicable à ces demandes doit être déterminée par les règles de conflit de lois nationales des États membres, faute d'applicabilité du règlement Rome II ou d'uniformisation européenne. Des règles de conflit non uniformisées augmentent le risque de *forum shopping* et de *libel tourism*. Les *SLAPP* peuvent aussi invoquer des actes de concurrence déloyale. Les règles de conflit alors applicables sont celles des articles 6 et 4 du règlement Rome II. Cette uniformisation atténue le risque de *forum shopping* puisque tout État membre appliquera la même loi substantielle. Toutefois, vu que l'objectif de ces procédures est moins une décision favorable au demandeur que l'épuisement des ressources du défendeur, l'effet dissuasif de l'uniformisation de la règle de conflit est sérieusement affaibli. Peut-être faut-il songer à la modification du règlement Rome II, dans la ligne de ce proposait le Groupe dans le projet de règles européennes adopté lors de sa réunion de Luxembourg en 1998 ?

Face à ces difficultés, il serait intéressant de voir si la Commission suivra les recommandations du Parlement européen. La proposition de directive ignore ces problématiques. L'efficacité de la lutte contre les *SLAPP* à l'aide de la modification des règles sur la compétence internationale des tribunaux est limitée, pour les raisons précitées. Le risque de ces procédures n'est pas causé par les règles existantes, mais par le détournement de la procédure judiciaire elle-même, certes exacerbé par la méthode « mosaïque » de la Cour de justice. Or, il est peu probable que la Cour s'en détache dans un futur proche. Il faudra une intervention du législateur de l'Union. Cela est aussi vrai pour le règlement Rome II, dont la modification du champ d'application par l'inclusion des atteintes aux droits de la personnalité

---

<sup>12</sup> CJUE, 25 octobre 2011, C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising GmbH*

<sup>13</sup> CJUE, 21 décembre 2021, C-251/20, *Gtflix Tv*.

et de la vie privée permettrait d'atténuer le risque de ces procédures. L'hypothèse de la modification du règlement Rome II est peut-être devenue plus probable depuis le Brexit.

De cette analyse, il ressort que les procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives pour altérer le débat public présentent des enjeux qui dépassent le champ du droit international privé. Les dispositions de la directive proposée, tels la procédure accélérée ou les termes « manifestement infondés » ou de « procédure abusive », pourront profondément influencer la procédure civile devant les juridictions des États membres. Toutefois, ces termes restent trop flous et méritent clarification. Au demeurant, dans ces affaires qui mettent en tension la liberté d'expression, d'une part, et les droits de la personnalité, d'autre part, appelant une forme de balance des intérêts, le droit international privé n'a que peu à dire, si ce n'est de protéger les victimes des décisions de pays tiers et de limiter les risques de *forum shopping* induits par les règles de conflit actuelles en matière de diffamation. À cet égard, les règlements Bruxelles Ibis et Rome II mériteraient un réexamen par le législateur.

## **B. La proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises pour violation des droits humains et atteintes à l'environnement**

Lors de sa réunion de 2021, le Groupe avait communiqué à la Commission ses recommandations sur les aspects de droit international privé d'un futur instrument de l'Union européenne sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises (RSE)<sup>14</sup>. Les travaux du Groupe se fondaient notamment sur la proposition du Parlement européen du 10 mars 2021. Or, la recommandation comportait quatre points concernant :

- 1) le champ d'application de l'instrument ;
- 2) une règle de compétence internationale et une règle sur la connexité et une autre sur le *forum necessitatis* ;
- 3) l'application impérative des dispositions de l'instrument ;
- 4) la loi applicable aux obligations non contractuelles découlant d'un dommage causé par la violation des obligations de vigilance avec une règle principale et une règle spécifique sur l'exonération.

La recommandation était suivie d'un commentaire. Dans une annexe, le Groupe avait avancé plusieurs suggestions sur des aspects de droit matériel.

À la lumière de la publication de la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité<sup>15</sup>, le 23 février 2022, H. van Loon présente le futur

---

<sup>14</sup> <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2021/02/Recommandation-GEDIP-Recommendation-EGPIL-final-1.pdf>

<sup>15</sup> Doc. COM(2022)71, doc. COD 2022/0051 ; [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0002.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF) ; [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0002.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_2&format=PDF).

instrument, qui répond à plusieurs préoccupations du Groupe en ce qui concerne le droit matériel. En revanche, la proposition ne répond pas aux préoccupations essentielles portant sur le droit international privé.

### **1. Présentation de la proposition de directive**

La Commission a publié sa proposition de directive, et non pas de règlement, sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, comportant un long exposé des motifs de trente pages, suivi par 71 considérants.

Il est notable que la proposition se greffe sur un grand nombre de textes adoptés au niveau mondial, par l'ONU, le BIT, l'OCDE, ainsi que sur l'Accord de Paris de 2015 de portée contraignante. Elle se focalise sur les obligations de vigilance en matière des droits humains et de l'environnement, en excluant pour l'instant les incidences négatives sur le climat (voir cons. 70 et art. 29, point d). La proposition ne s'étend pas aux obligations de vigilance en matière de bonne gouvernance et de corruption.

#### a. L'objet de la proposition de directive

L'article premier définit l'objet de la directive comme suit :

1. La présente directive établit des règles concernant :

(a) les obligations des entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme et aux incidences négatives sur l'environnement, en ce qui concerne leurs propres activités, les activités de leurs filiales et les opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie ; et

(b) la responsabilité en cas de manquement aux obligations susmentionnées.

Le caractère « bien établi » des relations commerciales est réévalué périodiquement, et au moins tous les 12 mois.

La directive s'appliquerait aux « *companies* » dans le texte anglais, reflétant la suggestion du Groupe d'éviter le terme « *enterprises* ». Toutefois, en français le mot « entreprise » a été maintenu et non remplacé par « société ».

L'objet est double (art. 1). D'abord (a), il s'agit de déterminer les obligations des entreprises quant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits humains et aux incidences négatives sur l'environnement. Du contexte (voir not. Explication détaillée, p. 27), il s'ensuit que les adjectifs 'réel' et 'potentiel' renvoient à la fois aux incidences négatives sur les droits humains et aux incidences négatives sur l'environnement.

Ensuite (b), l'objet touche à la responsabilité des entreprises en manquement de leurs obligations.

#### b. Les sociétés visées par la proposition de directive

La directive s'applique tant aux sociétés de l'Union européenne qu'aux sociétés de pays tiers, mais, dans les deux cas, seulement aux entreprises les plus importantes (art. 2).

Quant aux sociétés européennes, elles sont couvertes si elles ont employé plus de 500 salariés en moyenne et réalisé un chiffre d'affaires de plus de 150 000 000 EUR au niveau mondial au cours du dernier exercice pour lequel des états financiers annuels ont été établis. Il en va de même si l'entreprise n'a pas atteint ces seuils mais a employé plus de 250 salariés en moyenne et a réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 40 000 000 EUR au niveau mondial, à condition toutefois qu'au moins 50 % de ce chiffre d'affaires ait été réalisé dans les secteurs du textile, de l'agriculture ou de l'exploitation des ressources minérales.

Des critères comparables, basés sur le chiffre d'affaires dans l'Union, détermineront si une société d'un pays tiers tombe sous le coup de la directive. Le chiffre d'affaires constitue donc le point de rattachement avec l'Union — une application de l'*effects doctrine*. La directive ne s'applique pas aux petites et moyennes entreprises. Mais elle peut les toucher indirectement, et elle prévoit un certain nombre de dispositions à cet effet.

Pour identifier ces entreprises, l'article 3 offre une liste de définitions. Notamment, le texte précise ce qui constitue, en son sens, une « *company* », le concept d'« incidence négative sur l'environnement » et sur les droits de l'homme, renvoyant notamment à une liste de textes internationaux contraignants et non contraignants en annexe, la « relation commerciale bien établie » et la chaîne de valeur.

#### c. Le devoir de vigilance

L'article 4 définit le devoir de vigilance. Dans son point 4 (c), il souligne qu'il faut « *prévenir et atténuer les incidences négatives potentielles, mettre un terme aux incidences négatives réelles et en atténuer l'ampleur conformément aux articles 7 et 8* ». L'article 7 régit les obligations des États membres devant prendre des mesures de prévention et l'article 8 traite de l'obligation de supprimer les incidences négatives réelles.

Les articles 16 et 17 traitent également du contrôle par les États membres des obligations découlant de la directive. L'article 16 oblige ceux-ci à faire en sorte que toute société d'un pays tiers tombant sous le coup de la directive désigne un mandataire dans l'un des États membres où elle exerce ses activités.

L'article 17 porte sur les autorités de contrôle. En vertu de cet article, chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités de contrôle chargées de surveiller le respect des obligations prévues dans les dispositions nationales adoptées en application de la directive. En ce qui concerne les sociétés européennes, l'autorité de contrôle compétente est celle de l'État membre où l'entreprise a son siège statutaire. En ce qui concerne les sociétés des pays tiers, l'autorité de contrôle est celle de l'État membre où l'entreprise a une succursale. À défaut, l'autorité de contrôle compétente est celle de l'État membre où l'entreprise a réalisé la plus grande partie de son chiffre d'affaires net dans l'Union pendant une période définie dans cet article.

L'article 22 définit la notion de responsabilité civile qui se rapporte surtout aux articles 7 et 8. L'article définit aussi la nature impérative de cette responsabilité, plus précisément la nature impérative que devront avoir les dispositions nationales de transposition de cet article, ainsi que leur relation avec des règles nationales et de l'Union plus strictes sur le devoir de vigilance.

## **2. Aspects de droit international privé**

La recommandation adressée par le Groupe en 2021 proposait la règle suivante :

### 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.

La proposition de directive définit son champ d'application, mais sur base d'un autre critère :

- les entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre, et
- les entreprises constituées en conformité avec la législation d'un pays tiers.

Dans les deux cas, le champ d'application de la proposition est complété par un seuil supplémentaire : nombre de salariés et chiffre d'affaires, respectivement chiffre d'affaires seulement. Le choix du siège statutaire correspond au système de contrôle de droit public.

L'État membre du siège statutaire est également l'État membre où se trouve l'autorité de contrôle. Si le siège statutaire se trouve dans un pays tiers, l'autorité de contrôle est celle de l'État membre où l'entreprise possède une succursale. À défaut, l'autorité de contrôle est celle de l'État membre où l'entreprise a réalisé la plus grande partie de son chiffre d'affaires dans l'Union.

L'approche du Groupe visait plutôt un lien avec la compétence judiciaire, retenant donc le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement, ce qui permettait déjà d'inclure dans le domaine d'application certaines sociétés dont le siège statutaire se trouve dans un pays tiers, mais qui ont leur administration centrale ou leur principal établissement dans l'Union (indépendamment de leur activité économique sur le marché intérieur).

Mais précisément, ni la proposition de directive ni la proposition du Parlement européen ne prévoient de règle sur la compétence judiciaire. Il faut en déduire que le règlement Bruxelles *Ibis* trouvera à s'appliquer. Or, ce ne sera possible qu'à l'égard de défendeurs domiciliés dans l'Union et alors que l'article 8 (1) du règlement sur la connexité ne s'applique également qu'aux codéfendeurs domiciliés dans l'Union. Il sera donc problématique d'engager, en vertu de règles européennes, un procès contre une filiale ou une autre entreprise de la chaîne de valeur localisée hors de l'Union en même temps que contre la société mère établie dans l'Union. Ainsi, les victimes de dommages causés par une société d'un pays tiers visée par la directive seront dans une position défavorable. De plus, cela fausse le *level playing field* des entreprises. La recommandation du Groupe de 2021 concernant la connexité conserve donc toute sa pertinence.

En ce qui concerne la compétence judiciaire concernant les sociétés de pays tiers actives sur le marché intérieur, le Groupe proposait d'instaurer un *forum necessitatis*. Cependant, des réserves à ce sujet peuvent être émises. Dans un premier temps, les victimes sont renvoyées vers des tribunaux de pays tiers. Mais la question de savoir si elles peuvent obtenir satisfaction ou non dans ce pays tiers n'est pas une question simple et risque d'introduire des éléments subjectifs dans l'évaluation. Il faudrait donc un critère plus précis. À cette fin, une première option serait de s'aligner sur les dispositions de Bruxelles *Ibis* en matière d'assurances, consommateurs et travailleurs, qui prévoient que lorsque le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais y possède une succursale, une agence ou tout autre établissement, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État membre. Ensuite, pour compléter cette règle, il faudrait s'aligner sur les critères de la proposition de directive pour la désignation de l'autorité de contrôle de droit public.

Dans sa recommandation, le Groupe soulignait que les dispositions du futur instrument devraient avoir l'effet de lois de police, et ceci non seulement par rapport aux règles de conflit de lois sur la responsabilité civile, comme le prévoyait la proposition du Parlement européen, mais pour toutes les règles de conflit — en matière de sociétés, obligations contractuelles ou non contractuelles.

La proposition de la Commission ignore l'approche du Groupe tout en suivant plutôt celle du Parlement européen :

Les États membres veillent à ce que la responsabilité prévue dans les dispositions de droit national transposant le présent article soit de nature impérative dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un État membre.

La formulation n'est pas très heureuse : il s'agit de la nature impérative des dispositions sur la responsabilité civile transposée. Mais l'exception faite pour les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un État membre s'explique probablement par le paragraphe précédent :

Les règles en matière de responsabilité civile prévues par la présente directive sont sans préjudice des règles de l'Union ou des règles nationales en matière de responsabilité civile ayant trait aux incidences négatives sur les droits de l'homme ou aux incidences négatives sur l'environnement qui prévoient une responsabilité dans des situations non couvertes par la présente directive ou une responsabilité plus stricte que cette dernière.

La question de la localisation du préjudice reste aussi en suspens. Le dommage est-il localisé au lieu de survenance du dommage ou dans l'État sur le territoire duquel la décision a été prise ?

Quant à la loi applicable, la proposition ne contient aucune règle spéciale de conflit, dans l'attente qu'il appartienne au règlement Rome II de concentrer l'ensemble des règles de conflit de lois plutôt qu'une dispersion dans des actes particuliers.



De son côté, le Groupe avait prévu comme règle principale dans sa recommandation la disposition suivante :

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.

Et une règle accessoire :

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

En conclusion selon le rapporteur, la recommandation du Groupe de 2021 reste d'actualité, mais le Groupe pourrait y ajouter une règle prévoyant la priorité des règles de droit national ou de droit de l'Union plus strictes de responsabilité civile en matière des droits humains et de l'environnement. Il faudrait alors supposer que ces règles nationales plus strictes seraient des lois de police, ce qui est probable.

Cela signifierait pratiquement, en tenant compte de la proposition de la recommandation sur la loi applicable, que la victime d'une violation des droits humains, ou d'un dommage environnemental au Nigéria par une société établie en Espagne, aura le choix entre le droit espagnol et le droit nigérian. Si elle choisit le droit espagnol, les règles de responsabilité civile de la directive transposées par l'Espagne s'appliqueront sous réserve de toute règle nationale de droit espagnol plus stricte. En revanche, si elle choisit le droit nigérian, ce droit s'appliquera sous réserve des dispositions de responsabilité civile de la directive transposée par l'Espagne. La même solution serait retenue s'il s'agit d'une société américaine avec une branche en Espagne.

### **3. Adoption d'une nouvelle recommandation**

Face aux lacunes de la proposition de directive, le débat porte sur l'opportunité d'une recommandation en vue d'améliorer le texte au regard du droit international privé, c'est-à-dire visant à assurer l'effectivité des règles établies dans l'acte européen dans les situations transfrontières, tout en tenant compte de l'agenda des travaux des institutions.

Une telle recommandation aurait pour portée de mettre l'accent sur la nécessité de règles de compétence judiciaire internationale visant les défendeurs de pays tiers qui, en même temps, sont des entreprises actives dans l'Union et visées, à ce titre, par le dispositif de la directive. En l'absence de telles dispositions, le système de la directive serait défectueux. Cela étant, celles-ci pourraient être insérées dans la directive, ou dans le règlement Bruxelles Ibis.

Par ailleurs, la recommandation devrait rappeler la nécessité de dispositions sur le conflit de lois. À cet égard, la règle d'impérativité insérée dans l'article 22 s'avère insuffisante, et il y aurait lieu de compléter la règle de conflit du règlement Rome II désignant la loi de survenance du dommage d'une faculté, pour la victime, de choisir la loi de survenance de l'événement causal.

Le texte de la recommandation se lit comme suit :

**Recommandation du Groupe européen de droit international privé (GEDIP) concernant la proposition de directive du 23 février 2022 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, donnant suite à sa Recommandation à la Commission en date du 8 octobre 2021**

Le GEDIP, à l'occasion de sa réunion à Oslo, les 9-11 septembre 2022,

(1) Rappelant sa recommandation communiquée à la Commission le 8 octobre 2021, visant à assurer l'application effective du futur instrument sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises [voir ci-joint] ;

(2) Ayant pris connaissance de la proposition de directive de la Commission sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité publiée le 23 février 2022 ;

(3) Accueillant favorablement la proposition d'établir des règles matérielles de responsabilité civile

- s'appliquant tant aux entreprises constituées en conformité avec la loi d'un État membre (article 2 (1)) qu'à celles constituées en conformité avec la loi d'un pays tiers, mais étant actives sur le marché intérieur (article 2 (2)),
- s'étendant tant aux activités propres de l'entreprise, qu'aux activités de ses filiales et aux opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie (article 1 (1)),
- s'étendant tant aux incidences négatives réelles et potentielles sur les droits de l'homme qu'aux incidences négatives sur l'environnement (article 1 (1)),
- dont la nature impérative soit assurée tant dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation des dommages occasionnés est celle d'un État membre – sous réserve de règles nationales plus strictes – que « dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet n'est pas celle d'un État membre » (article 22 (4) et (5)) ;

(4) Regrettant cependant que l'effet utile de ces règles impératives risque de n'être pas assuré à défaut de dispositions permettant leur application effective notamment dans les situations transfrontières impliquant les pays tiers, lorsque l'entreprise d'un pays tiers est active dans l'Union (A) ou en cas d'implication d'une entité d'un pays tiers comme codéfendeur (B), constatant par ailleurs que la victime d'un dommage environnemental aura une faculté de choix de la loi applicable à la responsabilité, mais non la victime d'une atteinte aux droits de la personne humaine (C), et estimant insuffisante la protection de la victime visée par la nature impérative des règles sur la responsabilité (D), plus précisément :

**(A) Sur l'absence de juridiction compétente à l'égard d'entreprises visées à l'article 2 (2)**

(5) Constatant en effet qu'alors que ces règles visent toute entreprise à laquelle la proposition entend s'appliquer en vertu de l'article 2 (2) lorsque l'entreprise a été constituée en conformité avec la législation d'un pays tiers et a réalisé un chiffre d'affaires dans l'Union, elles ne sont accompagnées d'aucune règle de compétence judiciaire garantissant la possibilité de saisir une juridiction d'un État membre à l'égard d'une telle entreprise en matière civile, contrairement à ce que propose la recommandation du GEDIP ;

(6) Qu'en effet le règlement 1215/2012 Bruxelles *Ibis* n'assure pas la possibilité d'assigner dans l'Union une telle entreprise alors même qu'elle est active dans l'Union au sens de l'article 2 (2) de la proposition ;

(7) Que dans ce cas la possibilité de saisir une juridiction d'un État membre dépendra des règles non harmonisées de droit international privé de chaque État membre ;

(8) Constatant par ailleurs que la désignation, par l'article 17 de la proposition, de l'autorité nationale de contrôle compétente à l'égard d'une entreprise visée à l'article 2 (2), à savoir celle de l'État membre où l'entreprise possède une succursale ou à défaut, de l'État membre où l'entreprise a réalisé la plus grande partie de son chiffre d'affaires net dans l'Union, n'a pas pour objet d'attribuer compétence à une autorité juridictionnelle en matière civile, mais à une autorité administrative seulement pour l'exercice d'un pouvoir de surveillance ;

**(B) Sur l'absence de juridiction compétente à l'égard des codéfendeurs domiciliés hors de l'Union**

(9) Constatant qu'alors que la responsabilité de l'entreprise en vertu de la proposition s'étend aux activités de ses filiales et aux opérations de la chaîne de valeur réalisées par des entités avec lesquelles l'entreprise entretient une relation commerciale bien établie, le règlement Bruxelles *Ibis* (article 8 (1)) ne permet pas la saisine d'une juridiction d'un État membre en cas d'assignation d'un codéfendeur non domicilié dans l'Union ;

(10) Rappelant à cet égard que la recommandation du GEDIP proposait d'étendre la règle de l'article 8 (1) aux codéfendeurs domiciliés dans un pays tiers et que sans une telle règle la possibilité de saisir une juridiction d'un État membre dépendra également des règles non harmonisées de droit international privé de chaque État membre ;

**(C) Sur la faculté de choix de la loi applicable à une obligation non contractuelle en cas de dommages environnementaux, mais non en cas de violation de droits de la personne humaine**

(11) Rappelant que la recommandation du GEDIP proposait aussi de permettre à la victime d'invoquer, en cas de violation de droits de la personne humaine, non seulement l'application de la loi de l'État de survenance du dommage, mais également celle de l'État de survenance du fait ayant entraîné la responsabilité, comme il est prévu pour les dommages environnementaux par le règlement 864/2007 Rome II et sans que l'entreprise puisse opposer une règle de sécurité ou de comportement moins stricte de cet État au sens de l'article 17 du règlement ;

**(D) Sur l'insuffisance de la règle sur l'impérativité**

(12) Estimant insuffisante la disposition de l'article 22 (5), car : d'abord, les mots « dans les cas où la loi applicable aux actions en réparation à cet effet et n'est pas celle d'un État membre » sont inutiles, puisque *toutes* les dispositions de droit national transposant la directive devraient être de nature impérative et, deuxièmement, devraient s'appliquer indépendamment de la loi applicable aux sociétés, aux obligations contractuelles et aux obligations non contractuelles :

**RECOMMANDE** d'insérer dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, sans préjudice d'une révision du règlement 1215/2012

Bruxelles *Ibis* – et le cas échéant de la Convention de Lugano de 2007 – ainsi que du règlement 864/2007 Rome II :

- une disposition assurant la possibilité de saisir une juridiction d'un État membre à l'égard d'une entreprise ayant réalisé dans l'Union un chiffre d'affaires au sens de l'article 2 (2) de la proposition de directive, sans préjudice d'une révision du règlement Bruxelles *Ibis* qui donnerait à cet instrument une applicabilité générale s'étendant aux défendeurs domiciliés dans un État tiers ;
- une disposition assurant la possibilité d'assigner un codéfendeur non domicilié dans un État membre de l'Union au même titre qu'un codéfendeur domicilié dans un État membre ;
- une disposition permettant au demandeur en réparation de dommages résultant d'une violation de droits de la personne humaine de fonder ses prétentions non seulement sur la loi applicable en vertu de l'article 4 du règlement Rome II, mais également sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit ;

**RECOMMANDE** également de supprimer le dernier paragraphe de l'article 22 de la proposition et de le remplacer par une disposition générale selon laquelle les États membres veillent à assurer la nature impérative des dispositions nationales de transposition de la directive.

\*

**Recommendation of the European Group of Private International Law (GEDIP) concerning the Proposal for a directive of 23 February 2022 on Corporate Sustainability Due Diligence, following up on its Recommendation to the Commission of 8 October 2021**

GEDIP, on the occasion of its meeting in Oslo, 9-11 September 2022,

(1) Recalling its Recommendation communicated to the Commission on 8 October 2021, aimed at ensuring the effective application of the future instrument on corporate due diligence and liability [*see attached*];

(2) Having taken note of the Commission's Proposal for a directive on corporate due diligence published on 23 February 2022;

(3) Welcoming the Proposal to establish substantive rules of civil liability

- applying both to companies which are formed in accordance with the legislation of a Member State (Article 2(1)) and to those formed in accordance with the legislation of a third country but operating in the internal market (Article 2(2)),
- extending to both the company's own operations, the operations of its subsidiaries and the value chain operations carried out by entities with which the company has an established business relationship (Article 1 1)),
- extending to both actual and potential adverse human rights impacts and adverse environmental impacts (Article 1(1)),
- the mandatory nature of which is ensured both in cases where the law applicable to actions for damages is that of a Member State – subject to stricter national rules – and "in cases where the law applicable to [actions for a remedy] is not that of a Member State" (Article 22(4) and (5));

(4) Regretting, however, that the practical effect of these mandatory rules may not be ensured in the absence of provisions allowing their effective application, particularly in cross-border situations involving third countries, when a third-country company is active in the Union (A), or in the event of the involvement of a third-country entity as joint defendant (B), noting furthermore that the victim of environmental damage will have the option of choosing the law applicable to liability, but the victim of a violation of human rights will not (C), and considering the protection of the victim by the mandatory nature of the rules on liability to be insufficient (D), more specifically:

**(A) On the absence of jurisdiction over companies referred to in Article 2(2)**

(5) Noting that, while these rules relate to any company to which the proposal applies under Article 2(2), where the company has been incorporated in accordance with the law of a third country and has a turnover in the Union, the rules are not accompanied by any rule of judicial jurisdiction guaranteeing the possibility of bringing an action before a court of a Member State with regard to such a company in civil matters, contrary to what is proposed in the GEDIP Recommendation;

(6) That regulation 1215/2012 (Brussels I a) does not ensure the possibility of suing such a company in the Union even though it is active in the Union within the meaning of Article 2(2) of the Proposal;

(7) That in this case the possibility of bringing a case before a court of a Member State will depend on the non-harmonised rules of private international law of each Member State;

(8) Noting, moreover, that the designation, in Article 17 of the Proposal, of the national Supervisory Authority competent in respect of a company referred to in Article 2(2), namely that of the Member State in which the company has a branch or, failing that, of the Member State where the company has achieved most of its net turnover in the Union, is not intended to confer jurisdiction in civil matters on a judicial authority but only on an administrative authority for the exercise of a supervisory power;

**(B) On the absence of jurisdiction over co-defendants domiciled outside the Union**

(9) Noting that, while the company's liability under the Proposal extends to the activities of its subsidiaries and to value chain co-operations carried out by entities with which the company has a well-established business relationship, the Brussels I a Regulation (Article 8(1)) does not allow a court of a Member State to take jurisdiction just because proceedings are brought against a co-defendant not domiciled in the Union;

(10) Recalling in this respect that the GEDIP Recommendation proposed extending the rule of Article 8(1) to co-defendants domiciled in a third country and that without such a rule the possibility of bringing proceedings before a court in a Member State will, again, depend on the non-harmonised rules of private international law of each Member State.

**(C) On the choice of law applicable to a non-contractual obligation in the case of environmental damage but not in the event of a violation of human rights**

(11) Recalling that the GEDIP Recommendation also proposed to allow the victim to invoke, in the event of a violation of human rights, not only the law of the State in which the damage occurred but also that of the State in which the event giving rise to liability occurred, as

provided for in the event of environmental damage by Regulation 864/2007 (Rome II), and without the company being able to invoke a less strict rule of safety or conduct of that State within the meaning of Article 17 of the Regulation;

**(D) On the insufficiency of the mandatory law rule**

(12) Considering the provisions of Article 22(5) of the Proposal are insufficient because: first, the words "in cases where the law applicable to actions for damages to this effect is not that of a Member State" are redundant, since *all* the provisions of national law transposing the Directive should be of a mandatory nature and, secondly, all these provisions of national law transposing the Directive should apply irrespective of the law applicable to companies, contractual obligations or non-contractual obligations:

**RECOMMENDS** the insertion in the Proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence, without prejudice to a revision of Regulation 1215/2012 (Brussels I a) and – as the case may be of the 2007 Lugano Convention – as well as of Regulation 864/2007 (Rome II):

- a provision ensuring the possibility of bringing an action before a court of a Member State against a company having achieved a turnover in the Union within the meaning of Article 2(2) of the proposed Directive;
- a provision ensuring the possibility of summoning a co-defendant not domiciled in a Member State of the Union in the same way as a co-defendant domiciled in a Member State;
- a provision allowing a claimant for damages resulting from a violation of human rights to base his claims not only on the law applicable under Article 4 of the Rome II regulation but also on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.

**RECOMMENDS** also the deletion of the last paragraph of Article 22 of the proposal and its replacement by a general provision according to which Member States shall ensure the mandatory nature of the national provisions transposing the directive. Having taken note of the Commission's Proposal for a directive on corporate due diligence published on 23 February 2022.

**C. La reconnaissance fonctionnelle de la filiation dans les couples de même sexe**

J. Meeusen présente une analyse de l'arrêt *Pancharevo*, du 14 décembre 2021, de la Cour de justice de l'Union européenne relatif à la reconnaissance et aux effets du lien de filiation entre un enfant et deux parents de même sexe. A la différence des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question, cet arrêt fait face à cette problématique dans le contexte de la tension entre la libre circulation entre États membres, d'une part, et l'identité et l'ordre public des États membres, d'autre part.

L'affaire concernait une ressortissante bulgare et une ressortissante britannique, mariées à Gibraltar et vivant en Espagne. Elles ont une fille dont l'acte de naissance espagnol reconnaît les deux femmes comme mères de l'enfant. Afin d'obtenir des pièces d'identité pour sa fille, permettant le voyage en famille au sein de l'Union européenne, la ressortissante bulgare demande un certificat de naissance bulgare. La ville de Sofia conditionne l'octroi de ce certificat à la communication de la preuve d'identité de la mère biologique de l'enfant. Le couple refuse, ce qui conduit l'autorité administrative bulgare à refuser leur demande de

production d'une pièce d'identité. Saisie d'un recours contre ce refus, la juridiction bulgare pose une question préjudicielle à la Cour de justice en lien avec l'interprétation de l'article 21 TFUE.

L'arrêt de la Cour est assez bref et suit une approche fonctionnelle. Les citoyens de l'Union peuvent exercer leur liberté de circulation sans pour autant obliger la Bulgarie à reconnaître le mariage en question ou à changer son droit interne. La Cour considère que l'enfant est un citoyen de l'Union. Par conséquent, l'article 4 (3) de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres oblige l'État dont cet enfant est ressortissant « *d'une part, de lui délivrer une carte d'identité ou un passeport, sans requérir l'établissement préalable d'un acte de naissance par ses autorités nationales, ainsi que, d'autre part, de reconnaître, à l'instar de tout autre État membre, le document émanant de l'État membre d'accueil permettant audit enfant d'exercer, avec chacun de [ses deux parents], son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres* ».

Selon ce raisonnement, les droits des citoyens de l'Union incluent celui de mener une vie familiale normale dans leur État d'accueil ainsi que dans l'État membre dont ils sont ressortissants. Puisque ce couple avait valablement établi un lien de parenté avec l'enfant dans leur État d'accueil, l'État membre dont l'un d'eux est ressortissant devait reconnaître cette filiation afin de permettre à l'enfant et à ses deux parents de circuler et de séjourner librement sur le territoire de tous les États membres. L'État membre d'origine garde sa compétence exclusive en matière d'état civil, mais il doit se conformer au droit de l'Union. Cet équilibre, selon la Cour, ne met pas en cause l'identité nationale de l'État, ou son ordre public – entendu toutefois au sens des critères définis de manière autonome par la Cour –, mais concerne l'exercice d'un droit établi par le droit de l'Union.

La Cour ajoute que, dans l'hypothèse où l'enfant n'a pas la nationalité bulgare, domaine toujours réservé des États membres, sa mère demeure bulgare. Ainsi, l'enfant et la conjointe britannique sont des membres de la famille d'un citoyen européen, de sorte que le bénéfice de la directive 2004/38 doit leur être étendu, au titre du regroupement familial.

Pour le rapporteur, la Cour cherche à garantir la liberté de mouvement et les droits fondamentaux des citoyens européens de manière à respecter leurs intérêts personnels et familiaux, tout en respectant l'identité et l'ordre public des États membres. Cette affaire est une bonne illustration du conflit entre prétentions de citoyens européens mobiles et des valeurs et législations des États membres. Le droit de la famille et ses dimensions de droit international privé ne peuvent donc plus être considérés comme séparés du droit de l'Union européenne.

La Cour de justice a suivi une approche fonctionnelle. La question préjudicielle des juridictions bulgares était basée sur l'article 21 TFUE et sur la directive 2004/38. Par conséquent, au paragraphe 57 de l'arrêt, la Cour se réfère à « *l'exercice des droits que cet enfant tire du droit*

de l'Union », utilisant une formulation similaire à celle utilisée dans l'affaire *Coman*<sup>16</sup>. Toutefois, la viabilité de cette approche reste douteuse puisque les *droits dérivés du droit de l'Union* s'étendent au-delà de la simple liberté de circulation. La question se pose donc de savoir si ces droits se limitent à l'exercice strict de la libre circulation. L'apport d'une lecture combinée de ces deux arrêts s'étend-il à d'autres domaines, telle la matière successorale ?

Un autre point à soulever concerne la nationalité bulgare de l'enfant. La Cour précise que la Bulgarie est seule compétente pour déterminer ses ressortissants. Toutefois, elle examine aussi l'hypothèse dans laquelle la Bulgarie ne donne pas à cet enfant sa nationalité. Dans ce cas, l'enfant – qui conserve par ailleurs sa nationalité espagnole – et la conjointe britannique continuent tout de même de bénéficier des droits conférés par la directive. La Cour confirme l'approche suivie dans l'arrêt *Coman* à l'occasion de l'interprétation partiellement autonome de la notion de « conjoint ». Elle adopte la même méthode pour la notion de « descendant direct ». Dans son interprétation, la Cour ne fonde pas sa définition sur une relation biologique entre les parents et l'enfant. À partir du moment où un certificat de naissance issu d'une autorité compétente d'un État membre est délivré, les autres États membres ne peuvent pas refuser de reconnaître ce lien.

Enfin, la portée de l'arrêt *Pancharevo* dans le contexte du droit de l'Union européenne ne peut pas être séparée de la méthode de la reconnaissance, dont l'importance n'est pas négligeable aujourd'hui. Comme dans l'arrêt *Coman*, la Cour interprète le droit de l'Union, mais dans une optique conflictuelle. Les effets de cette jurisprudence dans un contexte plus large demeurent ambigus. La Cour commence son raisonnement en confirmant les droits des États membres, mais cherche à garantir la liberté de mouvement des citoyens de l'Union. Or, avec l'hétérogénéité des droits nationaux, cette approche implique nécessairement une ouverture à la diversité de solutions potentielles. La Cour ne peut pas établir de solutions substantielles en droit de la famille, mais il est indéniable que, avec son approche dans les arrêts *Coman* et *Pancharevo*, elle prend la voie de l'ouverture des modèles familiaux dans le contexte de la libre circulation des citoyens de l'Union européenne.

#### **D. Actualités des travaux de la Commission**

A. Stein présente l'actualité de la Commission de l'Union européenne depuis 2021, en distinguant les réalisations récentes (1) et les chantiers législatifs à venir (2).

##### **1. Réalisations récentes**

Des instruments tout comme des propositions d'instrument ont pu être adoptés cette année.

- a. Adhésion de l'Union européenne à la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale

---

<sup>16</sup> CJUE, 5 juin 2018, C-673/16, *Coman*, para. 45 et 46.



L'Union a adhéré à la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale (décision 2022/1206 du Conseil du 12 juillet 2022). Si l'on pouvait s'attendre à plus de questionnements quant à cette adhésion, la procédure a été remarquablement fluide, sans discussion véritable sur l'exercice de la faculté de réserves. De fait, une clause de déconnexion assure la préservation de l'application du règlement Bruxelles Ibis à propos des contrats de bail à des fins commerciales. De plus, en matière de contrats de consommation et de travail, la Commission a estimé que la protection assurée par la Convention est équivalente à celle du règlement. La Commission n'a pas, non plus, considéré pertinent de formuler une réserve analogue à celle pratiquée à propos de la Convention de 2005 sur les accords d'élection de for pour le secteur de l'assurance.

Le seul point ayant donné lieu à des discussions ne concerne pas le contenu de la Convention mais le processus d'autorisation d'adhésion des pays tiers. Celui-ci prévoit une faculté d'opposition dans un délai de 12 mois. À l'expérience – notamment à propos de la Convention de 1996 sur la protection des incapables mineurs –, lorsqu'un pays tiers voulait adhérer à la Convention, la Commission était avertie et procédait à une analyse permettant de savoir s'il existait des raisons de s'opposer à cette adhésion, mais cela n'a jamais été le cas. Cependant, en l'absence d'une procédure plus formelle, le Parlement n'a jamais eu à donner son consentement. Dans le cas exceptionnel où la Commission entendrait s'opposer à une adhésion, il faudrait que celle-ci propose une décision formelle à cet effet. En effet, plusieurs États membres et le Parlement se sont prononcés en faveur d'une procédure formelle assez lourde selon laquelle un acte législatif doit être adopté en tout état de cause, y compris pour ne pas objecter à une adhésion. La Commission s'est engagée à toujours consulter le Parlement – les adhésions sont toujours discutées au sein du Conseil –, bien que la concrétisation de cet engagement reste à venir.

L'Ukraine a adhéré à la Convention le même jour que l'Union. Il reste un an pour considérer la question d'une opposition potentielle à l'adhésion de l'Ukraine (qui semble être exclue pour un pays candidat). La Convention entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2023. D'autres États ont signé la Convention, à savoir le Costa Rica, les États-Unis, Israël, la Russie et l'Uruguay.

b. Approbation de la Convention sur la vente judiciaire de navires par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNCITRAL)

Un autre succès de la Commission consiste en l'approbation du projet de Convention sur vente judiciaire d'un navire par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (UNCITRAL). Cet instrument est particulier, car il ne porte pas sur les sujets de droit international privé habituellement traités, mais sur la reconnaissance des effets de droit matériel de la vente de navires. Les situations considérées sont alors celles où le créancier d'un propriétaire de navire fait saisir-arrêter celui-ci et veut faire exécuter sa créance grâce à la vente du navire. La Convention entend assurer que les acquéreurs du navire aient la certitude juridique qu'ils obtiennent le navire sans aucun droit en suspens. Du fait que la Convention comporte une règle de compétence judiciaire, elle relève d'une compétence externe exclusive partielle de l'Union.

Au sein de l'Union, l'accueil est mitigé. Certains États membres sont très intéressés, d'autres ne le sont pas du tout. Il n'est pas improbable que l'Union devienne membre pour permettre à ceux qui le souhaitent d'adhérer.

c. Propositions de directive adoptées

La Commission a adopté cette année la proposition de directive *SLAPP* (i) ainsi que la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises et la durabilité (ii). Pour le surplus, bien que le Groupe ne travaille pas sur ce sujet, il faut également noter que la Commission a adopté une proposition de règlement relatif à la numérisation de la coopération judiciaire et de l'accès à la justice dans les affaires transfrontières civiles, commerciales et pénales, et modifiant certains actes dans le domaine de la coopération judiciaire (doc. COM, 2021, 759). Les discussions progressent rapidement.

i. *Proposition sur la protection des personnes qui participent au débat public contre les procédures judiciaires manifestement infondées ou abusives (« poursuites stratégiques altérant le débat public »)*

Ce phénomène législatif est présent en dehors de l'Union européenne depuis un certain temps (aux États-Unis et dans le monde de la *common law*). Les États-Unis ont déjà légiféré à ce sujet au niveau des États, de même que le Canada et l'Australie. Certains systèmes juridiques s'exposent plus que d'autres aux abus en vue de l'épuisement des ressources de l'adversaire. Ainsi récemment, Daphne Caruana Galizia avait fait l'objet de 40 procédures lorsqu'elle a été assassinée. Dernièrement, le Royaume-Uni est devenu une plaque tournante. Des auteurs ont été poursuivis par certains oligarques lorsqu'ils ont publié un livre sur le cercle proche de Poutine. À présent que le Royaume-Uni n'est plus un État membre de l'Union, il y a un risque que l'Irlande prenne sa place, mais le gouvernement irlandais étudie déjà la question au niveau national.

La Commission pense donc que le problème n'est pas seulement local : la Grèce est touchée, la Croatie, la France. Pour sa part, l'Allemagne semble dire qu'elle n'a pas encore été confrontée à cette problématique. Pour la Commission, le problème affecte pourtant l'Union et doit être abordé d'une manière ou d'une autre.

Le texte a été adopté en avril, avec l'intention de la présidence tchèque de passer d'une approche partielle à une approche générale avant la fin de l'année. Il s'agit plutôt d'harmonisation pour s'assurer que dans tous les États membres il y ait des mesures de sauvegarde pour traiter les litiges abusifs. Cela soulève des sujets intéressants, certains mentionnés dans la présentation de C. Kohler. Trois éléments sont cruciaux :

- 1) veiller à ce que certaines affaires soient rejetées rapidement dans les cas manifestement infondés ;
- 2) assurer certains recours et garanties procédurales, tel le remboursement des frais ;
- 3) viser les procédures abusives, en particulier les jugements provenant de pays tiers. Il s'agit d'une règle de droit judiciaire concernant les demandes d'indemnisation devant des juridictions de pays tiers. La disposition n'est pas si spectaculaire, car un cas considéré comme abusif parce qu'il interfère indûment avec le droit à la liberté

d'expression est presque un cas classique de refus de reconnaissance pour contrariété à l'ordre public matériel international de l'État requis. Lors de la négociation de la Convention Jugements, l'Union était la principale partie à demander l'exclusion des questions de diffamation et de vie privée parce que cela conduirait à des problèmes systématiques d'ordre public international entre les droits à la vie privée et les règles sur la liberté d'expression.

Dans la proposition, il est simplement souligné qu'en cas de contrariété à l'ordre public international, la reconnaissance est refusée. Si cela peut paraître évident, il s'avère que certains États membres ont des accords bilatéraux, notamment avec la Russie et des États de l'ex-URSS, qui ne permettent aucun refus fondé sur l'ordre public international. Ces États hésitent à dénoncer l'accord bilatéral de crainte de répercussions sur leurs propres citoyens.

La question concernant le *forum actoris* a été traitée en détail dans la présentation de C. Kohler.

Concernant certains pays tiers, les procédures accélérées et les amendes paraissent acceptables mais la disparité de régimes procéduraux peut soulever difficulté. Dans le contexte de la *common law*, il s'agit de rejeter l'affaire avant la phase de « *discovery* » et les coûts qu'elle engendre. Dans les systèmes de droit civil, ce n'est pas le cas.

S'agissant de la notion de recours « manifestement non fondé », l'absence de définition peut s'avérer problématique. Pourtant, la notion n'est pas inconnue, même s'il est difficile de l'appréhender spécifiquement. Elle existe dans d'autres instruments de l'Union européenne. C'est une notion connue qui devrait pouvoir fonctionner. Il appartiendra à la Cour de justice d'en définir les limites.

*ii. Proposition sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité*

Tout en renvoyant à l'analyse de H. van Loon, le rapporteur relève, à propos des règles impératives, que la disposition retenue dans la proposition de directive n'est pas celle proposée par le Groupe. D'un point de vue politique, très tard dans le processus, la direction du marché intérieur a été impliquée et beaucoup de points ont été réécrits et reconsidérés. C'est le cas des règles impératives.

Deux remarques peuvent être formulées. D'abord, il est malheureux que cela soit inclus dans la règle sur la responsabilité civile, qui est litigieuse. Le sort qui lui sera réservé reste incertain. Une disposition séparée sur les règles impératives, comme une règle autonome, semble préférable.

La deuxième remarque porte sur le fait que la proposition ne s'accorde pas avec les règles de Bruxelles *Ibis* et de Rome II. Cependant, cela a l'avantage de ne pas disperser les règles de compétence et de conflit de lois. C'est également le cas de la directive *SLAPP*.

## **2. Chantiers en cours**

Les deux propositions les plus pertinentes concernent la reconnaissance en matière de parentalité (i) et la protection des adultes vulnérables (ii). D'autres chantiers peuvent également être mentionnés (iii).

#### a. Proposition relative à la reconnaissance de la parentalité entre États membres

L'adoption du texte sur la reconnaissance de la parentalité devrait avoir lieu en fin d'année<sup>17</sup>. La proposition aurait pour base juridique l'article 81 TFUE et non l'article 21. Le contexte politique de cette proposition est simpliste, en faveur d'une reconnaissance absolue. La présidente de la Commission a fait une annonce dans son discours sur l'état de l'Union : dans le contexte de zones favorables aux LBTQI+ dans l'Union, il est important qu'un parent reconnu dans un État membre le soit dans tous les États membres. La Commission est très occupée par la préparation de cette proposition. Le contexte politique difficile est un défi en soi et la Commission tend à un argumentaire ciblant la protection des enfants plutôt que l'égalité de traitement des couples.

L'approche comporte des difficultés techniques certaines. Si le discours politique ne porte que sur la reconnaissance, techniquement, l'instrument final sera un instrument de droit international privé à part entière. La Commission sort ici de sa zone de confort, car dans ses instruments, le point de référence reste une décision judiciaire. Cependant, dans la pratique, les décisions judiciaires sur la parentalité sont rares. Il est plus fréquent de se présenter dans l'État membre d'accueil avec un acte de naissance étranger. Il y a également lieu de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de justice sur la libre circulation. Il est approprié de traiter des questions non encore abordées par la Cour de justice, mais il s'agit d'une cible mouvante. La jurisprudence évolue, et ce qui n'est pas considéré comme une mesure de libre circulation aujourd'hui peut l'être demain. Cela peut être illustré par l'analyse de l'affaire *Pancharevo*. Quels sont les droits dérivés du droit de l'Union ? Certains droits peuvent être couverts dans le cadre de la libre circulation, mais il s'agit ici de pouvoir mener une vie familiale normale, c'est une notion très vague que la Cour a appliquée à certaines situations qui semblent plutôt triviales, comme la réduction du prix des transports publics, non d'autres en matière de succession ou d'entretien. Il faut remettre cela en question, car si des parents du même sexe veulent déménager, le fait que les droits de succession ou les obligations alimentaires puissent être affectés pourrait limiter cette volonté de circuler.

Autre encore est la question du champ d'application d'un régime de reconnaissance de l'Union, alors que de nombreuses GPA sont établies dans des pays tiers, par exemple en Californie.

#### b. Proposition relative à la protection des adultes vulnérables

La proposition sur les adultes vulnérables devrait être présentée au printemps prochain. Sur le fond, l'initiative n'est pas sujette à controverse, elle est même nécessaire et est demandée par plusieurs États membres. De plus, avec le vieillissement de la population et la vulnérabilité qui y est corrélée, c'est une question qui prend de l'ampleur. Cependant, il y a lieu de prendre en compte l'existence de la Convention de La Haye<sup>18</sup>, et l'approche politique choisie est de promouvoir celle-ci, tout en établissant des mesures complémentaires dans l'Union. La Commission aura à examiner comment s'appuyer sur la Convention et identifier les domaines où une coopération plus étroite est possible sans porter atteinte à l'instrument.

---

<sup>17</sup> *NDLR* : voy. depuis lors la proposition de règlement du 7 décembre 2022 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance des décisions et l'acceptation des actes authentiques en matière de parentalité et à la création d'un certificat européen de parentalité, COM(2022)695 final.

<sup>18</sup> Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes

Une discussion intéressante sur la compétence externe de l'Union est également à venir. En raison de l'inaction actuelle de l'Union sur le plan interne, celle-ci n'a pas acquis une compétence externe, et les États membres ne sont nullement tenus de ratifier la Convention. Avant d'agir sur la scène internationale, il faudrait donc que l'Union le fasse en interne. Il est probable que la Commission devra travailler simultanément au niveau international et au niveau interne.

#### c. Autres points

Les règlements Rome II et Bruxelles *Ibis* vont être examinés. Pour Bruxelles *Ibis*, il est peu probable que la révision portera sur l'arbitrage et sur la reconnaissance de décisions d'États tiers. Pour Rome II, une étude a été commandée et celle-ci est finalisée et publique. Un rapport sera probablement publié l'année prochaine, et la conclusion de ce rapport soulignera s'il est nécessaire de modifier cet instrument. Pour Bruxelles *Ibis*, ce n'est pas aussi avancé. Il faudra probablement attendre encore un an. Une modification de Rome II pourrait notamment inclure une extension de l'article 7. Cependant, il faut rappeler qu'apporter des modifications à Rome II est politiquement sensible. Une réforme de Bruxelles *Ibis* seulement est probable, mais le chantier est vaste. Se pose notamment la question de la nécessité de règles de droit international privé appropriées pour les actions collectives, comme le prescrit la directive<sup>19</sup>.

Le travail sur le projet de Convention de La Haye sur la compétence internationale des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, dit « projet Compétence », avance. La problématique est sérieuse mais, pour progresser, il a été convenu de se concentrer sur les procédures parallèles (litispendance). La Commission a eu des discussions très difficiles au sein d'un groupe d'experts, mais elles ont été considérées comme suffisamment fructueuses pour être transformées en groupe de travail. La Commission travaille sur ce point avec les États membres afin de progresser.

#### IV. ACTUALITÉS DES DROITS DE L'HOMME

P. Kinch présente l'actualité en matière de droits de l'homme. Il centre sa présentation sur le thème de la reconnaissance, mais renvoie à son document de travail pour compléter l'actualité (Annexe V).

Au cours de la période sous examen, la Cour a été saisie, respectivement, d'une requête faisant valoir qu'en reconnaissant une situation constituée à l'étranger, la France aurait violé la Convention (article 8) (A) et, à l'inverse, de deux requêtes qui critiquaient la non-reconnaissance en Pologne et en Norvège de jugements américains tenant lieu d'actes de l'état civil en matière de gestation pour autrui (B).

##### **A. La France ne viole pas la Convention du fait de la reconnaissance d'un jugement allemand d'adoption et de ses effets**

---

<sup>19</sup> Directive (UE) 2020/1828 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE.

C'est ce qui a été jugé dans l'affaire **Coillard-Fischer c. France**, décision du 17 mars 2022, n° 13067/20. La requête était dirigée contre la décision des juridictions françaises de reconnaître, dans le cadre d'un litige successoral, les effets d'un jugement allemand d'homologation judiciaire de l'adoption de la requérante qui l'avait fait sortir de la famille du défunt, son père biologique français. La requérante revendiquait en France la qualité d'héritière réservataire.

La requérante, dont la Cour constate qu'elle est « aujourd'hui âgée de 53 ans et ne saurait invoquer à ce stade le concept d'intérêt supérieur de l'enfant », avait fait pendant son enfance l'objet d'une procédure d'adoption en Allemagne. Elle le regrette aujourd'hui pour une raison précise, résumée comme suit par la Cour :

« la problématique soumise ne concerne pas réellement la question du maintien de liens familiaux de caractère social ou culturel de la requérante avec son père biologique, puisqu'elle a bénéficié jusqu'au décès de ce dernier survenu le 17 janvier 2014 de relations régulières, mais essentiellement **la question de la reconnaissance de liens familiaux de caractère matériel, la succession constituant un élément de la vie familiale** (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 52, série A no 31) » (§ 9).

Le jugement allemand d'homologation de l'adoption de la requérante, rompant conformément au droit allemand le lien de filiation entre la requérante et son père biologique, avait été reconnu par la Cour d'appel de Versailles et par la Cour de cassation française, qui en conclurent que le recours à une décision judiciaire suppléant à l'absence de consentement à l'adoption du père biologique, comme le permettait le droit allemand, n'était pas contraire à l'ordre public international français.

La Cour valide cette décision au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle rappelle que la Cour d'appel de Versailles a pris « soin de relever que le père biologique avait eu la possibilité de léguer à la requérante, au moyen d'un testament, un appartement et une maison et que, la valeur de ces deux biens n'excédant pas la quotité disponible, rien ne s'opposait à ce que ces biens soient attribués à la requérante en sa qualité de légataire à titre particulier. Sur ces deux derniers points, la Cour relève que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que ce régime transitoire était conforme à la Constitution dans la mesure où il ne portait pas atteinte à la garantie du droit de succession ».

Le père biologique de la requérante avait, en ne s'opposant pas à son adoption, tacitement consenti à la rupture du lien de filiation. Comme il était âgé à l'époque d'une trentaine d'années, il n'y avait pas de raison de penser qu'il était à l'époque dans une situation de particulière vulnérabilité.

Dans ces conditions, constate la Cour, « la solution retenue par les juridictions nationales, après avoir fait application des règles françaises de droit international privé, n'a pas abouti à priver la requérante de tout droit dans la succession de son père biologique » (§ 15).

La requérante ne peut dans ces circonstances pas se plaindre d'une violation de son droit à la vie familiale.

La décision — à laquelle il ne faut peut-être pas donner un poids excessif — suscite deux observations. D'abord, et ceci est conforme à l'arrêt classique *Marckx c. Belgique* cité par la Cour, le droit d'hériter de ses parents est l'un des aspects du droit au respect de la vie familiale ; la Cour, s'inspirant de la jurisprudence allemande, le traite comme tel et y confronte les effets de la décision allemande reconnue en France. Les conséquences successorales d'une reconnaissance plénière d'un état civil acquis à l'étranger ne doivent pas être oubliées — y compris en tant que limite potentielle à la reconnaissance, dans les États bioconservateurs, des nouvelles formes d'état civil qui existent dans les États bioprogressistes. C'est par le droit des successions que s'exprime le mieux la substance civiliste du droit des relations familiales.

Ensuite, on notera que malgré certains passages de son arrêt, la Cour ne prend pas position par rapport à la question, discutée en Allemagne, de l'obligation au regard des droits fondamentaux d'intégrer la réserve successorale dans l'ordre public international ; il serait étonnant de voir la Cour consacrer ainsi la réserve successorale, qui n'est pas connue de certains États contractants.

Et l'observation finale de la Cour mérite d'être remarquée :

« 17. Enfin, la Cour note qu'en refusant de faire droit à la demande de la requérante, les juridictions nationales ont évité de créer une situation qui aurait été paradoxale : alors qu'elle a bénéficié d'une adoption plénière pendant plusieurs dizaines d'années en Allemagne, la requérante se serait vu reconnaître, en France, pour les seuls besoins de la succession, le maintien d'un lien juridique avec son père biologique, sans que ce dernier ne puisse s'exprimer sur ce qui aurait été une remise en cause de son testament rédigé devant un notaire. »

L'arrêt permet encore d'illustrer, comme le relève un membre, que dans le contexte d'un litige entre particuliers – et non entre les parties et l'autorité publique –, la demande peut viser à obtenir un refus de reconnaissance d'une situation juridique établie à l'étranger.

#### **B. La Pologne et la Norvège ne violent pas la Convention du fait de la non-reconnaissance de jugements américains tenant lieu d'actes de l'état civil en matière de gestation pour autrui**

Les affaires *S.H. c. Pologne* et *A.M. c. Norvège* confirment le pragmatisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de gestation pour autrui à l'étranger. Une violation de la Convention n'est constatée dans aucune des deux affaires ; dans l'affaire *S.H. c. Pologne*, la requête des requérants donne même lieu à une décision d'irrecevabilité pour incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention.

##### **1. *S.H. c. Pologne*, décision du 16 novembre 2021, nos 56846/15 et 56849/15**

Les requérants, deux jumeaux nés d'une gestation pour autrui aux États-Unis, sont des citoyens américains (*jure soli*) et israéliens qui résident en Israël. Les parents des requérants (cf. le § 4 de la décision) sont messieurs S. et H., un couple résidant en Israël. Les deux sont des citoyens israéliens ; M. S. a, en plus, la nationalité polonaise. Les enfants sont nés des gamètes masculins de M. S. et de l'ovule d'une donneuse.

La procédure de gestation pour autrui donna lieu à un jugement rendu par la Superior Court of California dans la procédure entre M. S., M. H., la mère porteuse et le mari de celle-ci, aux termes duquel MM. S. et H. étaient « *the natural, joint and equal parents of the twin babies carried by K.C. who were due to be born on or about 20 October 2010* ». Le jugement déclare aussi que M. S. était le père biologique des deux jumeaux. Curieusement, le jugement précisa que « *Mr S. should be recorded as the father/parent and Mr H. as the mother/parent* ».

M. S. demanda à l'administration polonaise de confirmer la nationalité polonaise revenant à ses deux enfants en raison de leur lien de filiation (biologique) avec lui-même. Refus de l'autorité administrative polonaise, confirmé par la Cour suprême administrative de Pologne, aux motifs suivants : 1<sup>o</sup> défaut de pertinence du lien biologique entre les jumeaux et M. S., puisque conformément au Code polonais de la famille, la mère d'un enfant est la femme qui lui a donné naissance et son père est légalement présumé être le mari de la mère ainsi définie, sauf action en désaveu de paternité ; 2<sup>o</sup>, la gestation pour autrui est contraire à l'ordre public polonais, de même que, en l'espèce, le jugement de la Superior Court of California.

Un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme a été introduit par les deux enfants, sur le modèle de la partie des recours dans les affaires *Menesson* et *Labbassée* qui avaient été déclarées fondés par la Cour (on rappellera que le recours introduit par les parents eux-mêmes avait été rejeté : cf. la présentation de ces affaires à la réunion de Florence en 2014).

Ici toutefois, le recours des enfants se heurte au constat d'une incompatibilité *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention. La seule chose qui avait été demandée aux autorités polonaises était la reconnaissance de la nationalité polonaise aux enfants ; or, la nationalité en elle-même ne correspond pas à un des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Cela dit, elle peut avoir trait à la vie privée ou à la vie familiale, garantie par l'article 8 — à la condition toutefois qu'une décision négative sur la nationalité affecte réellement la vie privée ou familiale. Tel n'était en l'espèce, selon la Cour, pas le cas. Les enfants requérants n'habitent en effet pas en Pologne et il n'existe aucune preuve de ce que les parents et les enfants auraient l'intention de déménager en Pologne (§ 67). La Cour considère qu'elle a à considérer essentiellement les **obstacles pratiques à la vie familiale concrète des requérants** que la décision des autorités polonaises est susceptible d'entraîner ou de ne pas entraîner.

Ces obstacles pratiques sont en l'espèce inexistant, pour la raison essentielle que les requérants habitent en Israël, non en Pologne<sup>20</sup> :

---

<sup>20</sup> Il est néanmoins intéressant de noter l'argumentation du gouvernement polonais, notée par la Cour (§ 54), selon laquelle « *there was no reason for the applicants to fear visits to Poland. The lack of official recognition of their intended parents in Poland had no impact on their stay in the country. In that regard, the Government also argued that contrary to the applicants' submissions, they faced no obstacles with regard to their entry and stay in Poland since, as family members of an EU citizen, they enjoyed their freedom of movement by moving to and taking up genuine residence in accordance with the conditions laid down in Article 7 (1) of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004* ». La Cour s'y réfère à l'appui de son appréciation de l'absence d'inconvénients concrets du refus de la nationalité polonaise aux requérants (§ 72, avec renvoi au § 49 qui cite l'arrêt *Coman*, C-673/16, de la Cour de justice).



« 70. Furthermore, in the circumstances of this case the Court notes that the applicants can benefit, in the State where they live, from the legal parent-child relationship with their biological father where the recognition of that relationship is not put into doubt. Moreover, it cannot be said that the decisions of the Polish authorities left them in a legal vacuum both as to their citizenship and as to the recognition of the legal parent-child relationship with their biological father (see, conversely, *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, § 209, 14 December 2017).

71. In that connection, the present case must be clearly distinguished from *Menesson and Labassee*. The Court reiterates that in the above-mentioned case it expressly held that a lack of possibility of recognition of the legal relationship between a child born via surrogacy abroad and the intended father, where he was the biological father, entailed a violation of the child's right to respect for his or her private life (see *Menesson*, §§ 100-01, and *Labassee*, § 79, both cited above). In the present case, it is true that the Polish authorities refused to give effect to the foreign birth certificates establishing the legal parent-child relationship between the applicants and their biological father, Mr S. However, this link is recognised in the country where the family resides.

[...]

75. Furthermore, the Court observes that it does not appear that so far the family has had to overcome any practical obstacles on account of the Polish authorities' decisions (compare *Menesson*, §§ 87-95, and *Labassee*, §§ 66-73, both cited above, and *Valdís Fjölvisdóttir and Others v. Iceland* no 71552/17, § 75, 18 May 2021). Most importantly, since the applicants' family resides in Israel, the inability to obtain confirmation of acquisition of Polish citizenship has not prevented them from enjoying, in the country where they live, their right to respect for their family life. The applicants and their intended parents all have Israeli citizenship, and their legal relationship is recognised in Israel. It does not appear that the fact that the applicants are not recognised as Polish citizens would have any bearing on their family life, for example in the event of their intended parents' death or separation. Thus, **any potential risk to their family life should be regarded in this particular case as purely speculative and hypothetical and could only possibly materialise if they took up residence in Poland.** »

En conclusion, l'article 8 de la Convention est inapplicable.

On comprend que pour la Cour, le rôle de la Convention est de garantir des droits effectifs et concrets – non pas seulement potentiels –, mais non de servir à des fins militantes – en vue de modifier les droits nationaux –, à des fins de démonstration scientifique (c'est le rôle de la doctrine), ni – contrairement peut-être aux droits inhérents à la citoyenneté européenne (art. 20 TFUE) – à intégrer les États dans une union supranationale (cf. la phrase programmatique de la présidente de la Commission européenne dans son Discours sur l'état de l'Union du 16 septembre 2020 devant le Parlement européen : « Si vous êtes parent dans

un pays, vous êtes parent dans tous les pays »). De ce fait, la Cour de justice de l'Union pourrait porter une appréciation différente de celle de la Cour de Strasbourg, sur base de la citoyenneté européenne.

## **2. *A.M. c. Norvège, arrêt 24 mars 2022, n° 30254/18***

L'affaire *A.M. c. Norvège* concerne elle aussi la non-reconnaissance d'une filiation confirmée par un jugement américain (en l'espèce un jugement du District Court of Bexar County, Texas). Les parents d'intention de l'enfant avaient la particularité d'être les membres d'un couple hétérosexuel norvégien en crise avant la conception de l'enfant. Bien que les parents d'intention fussent séparés, ils se lancèrent dans la procédure de gestation pour autrui, utilisant les gamètes masculins de E.B. et un ovule de donneuse ; la requérante, qui était la mère d'intention, n'avait pas de lien biologique avec l'enfant.

La requérante et E. B. emmenèrent l'enfant avec eux en Norvège et — puisqu'ils ne vivaient pas ensemble — mirent en place, pratiquement dès sa naissance, un système original de garde alternée :

« 14. On 16 May 2014 the applicant and E.B., having been unable to agree on how to organise daily care and contact in respect of X, signed an agreement which stated that they had a shared responsibility for caring for and raising X, but that they disagreed on where he was to live until a shared arrangement (50/50) could be established and that they would seek advice from a third party to clarify and reach an agreement on this issue.

15. During the subsequent period, X was moved between the applicant and E.B. every day so that he was with each of them for an equal amount of time. This arrangement continued after he started kindergarten in 2015. »

Sceptique à l'égard de la conformité de ce système avec l'intérêt de l'enfant, l'administration norvégienne les informa de la non-reconnaissance de la gestation pour autrui américaine. E. B., en tant que père biologique, serait seul reconnu comme investi de la responsabilité parentale et la mère porteuse, la citoyenne américaine K.J., serait enregistrée comme la mère.

E.B. s'opposa dans la suite à la poursuite de la solution de garde alternée mise en place entre lui-même et la requérante ainsi qu'à l'adoption de l'enfant par la requérante, si bien que l'enfant vit à présent avec E.B. seul.

La requérante saisit les juridictions norvégiennes, qui rejetèrent son recours. La Cour en fait de même, en retenant que la Cour d'appel de Borgarting a méticuleusement motivé sa décision :

« 127. As to the facts, the Court first reiterates that, in contrast to what was the topic of the advisory opinion cited in the preceding paragraph<sup>21</sup>, the application in the

---

<sup>21</sup> Il s'agit de l'avis consultatif du 10 avril 2019, demandé [dans le contexte de l'affaire *Menesson*] par la Cour de cassation française (demande n° P16-2018-001) relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. La présentation de cet avis a eu lieu à la réunion de Katowice.

instant case does not relate to any rights of the child, X, under Article 8 of the Convention: the Court is called upon to examine solely the complaints raised by the applicant on her own behalf (see, similarly, *Paradiso and Campanelli*, cited above, § 135, and in contrast also *Mennesson*, cited above, §§ 96-102, and *Labassee*, cited above, §§ 75-81).

128. Moreover, the Court reiterates, as it considers it important for its assessment of the proportionality, that the question of contact rights for the applicant in respect of X is not to be examined on the merits (see paragraphs 102-105 above<sup>22</sup>). It is accordingly only the questions relating to the legal recognition of parenthood, including that the applicant could not adopt X without E.B.'s consent, that are to be considered, not the fact that no measures were at the applicant's request taken by the authorities in order to assure continued contact between her and X (see, also, paragraph 109 above).

129. As to the rules on parenthood and adoption, the Court notes that at the time when the applicant entered into the surrogacy agreement in 2012, when X was born in 2014, and when E.B. cut off the contact between the applicant and X in 2015 and the applicant first applied for parenthood to the administrative authorities and later instituted the proceedings brought before the Court in 2016 (see paragraphs 6, 11, 24, 25 and 30 above), the domestic legislation did not open for any recognition of the applicant's parenthood in respect of X in any other manner than by way of a transfer through adoption, which would, *inter alia*, require consent from the person holding the parental responsibilities in respect of him, which E.B. did not give. While the Court does not call into question that the applicant could not reasonably have foreseen that E.B., who had been a party to the surrogacy agreement with her, would cut off contact between her and X, the applicant did not argue that the domestic rules as such had been unclear or unknown to her. [...]

130. The Court thus accepts that reasons relating to the observance and enforcement of the domestic legislation in the instant case spoke in favour of the Borgarting High Court's not granting the applicant's request to be recognised as X's legal mother contrary to what followed from the domestic law. As is apparent from the later parliamentary debate on whether surrogacy should be legalised, that illegality was due to a choice on ethical grounds and was upheld for the protection of women against exploitation (see paragraph 99 above).

131. In that connection, the Court reiterates that it has acknowledged that the issue of surrogacy raises sensitive ethical questions on which no consensus exists among the Contracting States (see *Paradiso and Campanelli*, cited above, § 203) and has afforded a margin of appreciation to the domestic authorities with regard to this issue (see, for example, *Mennesson*, cited above, § 79). With that as its starting point, **the Court cannot find that the rules applied in the instant case would generally pose**

---

<sup>22</sup> Pour une raison procédurale (non-épuisement des voies de recours internes) propre à l'affaire.

**problems under Article 8 of the Convention or that the respondent State would be in breach of that provision for not having recognised the applicant’s parenthood because the surrogacy arrangement had been carried out in the United States and she had been registered as X’s parent there** (see, mutatis mutandis, for example, D v. France, cited above, § 71).

[...]

133. The fact remains that the actual situation for the applicant in the instant case was particularly harsh since E.B. had prevented her from maintaining her relationship with X and essentially put an end to the applicant’s parental project in respect of the child after first having been a party to the surrogacy agreement forming the basis for that project together with her; the Court finds it however difficult to attribute this consequence to the authorities. [...]

134. In addition, the Court takes note that the case, while it was clearly the applicant that had been put in a difficult situation, nonetheless required an examination of the interests of all the parties involved, and to some degree also a balancing of conflicting interests. That balancing exercise was, in the Court’s assessment, also meticulously carried out by the Borgarting High Court and the Court finds that the outcome must be considered to fall within the margin of appreciation afforded to domestic authorities in cases such as the present (see paragraph 131 above).

135. On the basis of the above, the Court finds that there has been no violation of Article 8 of the Convention ».

On notera en particulier trois aspects de cet arrêt :

(1) la confirmation de l’absence de violation de l’art. 8 de la Convention du fait de la non-reconnaissance de la situation constituée aux États-Unis (*supra*, § 131) : d’une manière générale la Cour n’exige pas l’application de la méthode dite, en doctrine du droit international privé, de la reconnaissance des situations ; elle se contente de solutions pratiques pour des problèmes concrets — et uniquement dans la mesure où ceux-ci sont susceptibles d’une solution ;

(2) l’acceptation des raisons légitimes d’ordre public invoquées en Norvège, qui sont les mêmes, en substance, que dans les affaires *Menesson et Labassée* : « *that illegality was due to a choice on ethical grounds and was upheld for the protection of women against exploitation* » (§ 130) ;

(3) le fait que — contrairement à l’avis consultatif de 2019, demandé par la Cour de cassation française dans l’affaire *Menesson* — l’arrêt n’exige rien en termes de reconnaissance juridique des droits de la mère d’intention, même pas la possibilité d’adopter l’enfant (§ 129). La situation difficile dans laquelle se trouvait la mère d’intention requérante, non pas du fait d’une mauvaise volonté des autorités norvégiennes, mais du fait de la mésentente affectant sa relation avec le père, était irrémédiable.

Par ailleurs, un membre rappelle que, dans des affaires de ce type, il y a lieu de tenir compte de la primauté de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant – comme le fait la Cour de justice dans l'arrêt *Pancharevo* –, dès lors que l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut conduire à une régression de la protection de droits fondamentaux par rapport à d'autres instruments.

**ANNEXE I**  
**DROITS RÉELS**

**GEDIP - sous-groupe "Rights in rem"**

**Document de travail pour la réunion d'Oslo 2022**

**Chapter IV.**

**Special rules for cultural objects**

**Article 15. General provision**

*Except as otherwise provided in this Chapter, the provisions of this Regulation apply to cultural objects which have been stolen or illegally removed.*

**Article 16. Definition**

*1. For the purpose of this Regulation, 'cultural object' means a corporeal object that is classified or defined by a state, at the time of its removal from the territory of that state, as being among the national treasures possessing artistic, historic or archaeological value under national legislation or administrative procedures.*

*[2. The term 'cultural object' also includes a sacred or communally important corporeal object that belongs to and was used by a generally recognised religious, indigenous, tribal or other cultural community as part of the community's religious, traditional or ritual use at the time of its removal.]*

**Article 17. The law applicable to claims for the recovery of stolen or illegally removed cultural objects**

*1. A claim for the recovery of a stolen or illegally removed cultural object is governed, at the choice of the claimant, by the law of:*

*(a) the state in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that state;*

*(b) the state in which the object was located at the time of the acquisition of possession by the defendant subsequent to the theft or illegal removal; or*

*(c) the state in which the object was located at the time of the filing of the action.*

*2. If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide any reimbursement for a defendant who acquired the possession of the object in good faith for the purchase price, if any, and for reasonable expenses incurred in the preservation of the object, the defendant shall be entitled to the reimbursement provided either by the law of the state in which the object was located at the time of the acquisition of possession or by the law of the state in which the object was located at the time of its removal.*

*3. For the purpose of this article, the place of acquisition of possession is the place in a state where the cultural object was delivered based on a legal relationship underlying the acquisition.*

**Article 18. Applicability of public law provisions**

*The public law character attributed to a provision of foreign law designated as applicable under this Chapter shall not prevent the application of that provision.*

#### **Article 19. Overriding mandatory provisions protecting national treasures**

*Without prejudice to Article 9, in legal relationships concerning a cultural object, the court seized may give effect to the overriding mandatory provisions adopted for the protection of the national treasures by a foreign state other than the one whose law governs under this Regulation, and with which the situation has a close connection.*

\*\*\*

#### **Amendments to the Proposal on The law applicable to rights *in rem* in tangible assets:**

- The proposed ‘Special rules for cultural objects’ are to be integrated into the Proposal on The law applicable to rights *in rem* in tangible assets as a new Chapter IV.
- The current Article 15. [Application in time] could be inserted in a separate Chapter V – Final provisions renumbered as Article 20.
- The term ‘tangible’ should be replaced by the term ‘corporeal’ everywhere in the Proposal on The law applicable to rights *in rem* in tangible assets
- Footnote 1 of the Proposal on The law applicable to rights *in rem* in tangible assets is to be replaced by the following text:

‘Stolen assets other than cultural objects are not covered by this instrument. However, as a next step of the project, GEDIP will consider the possibility of elaborating conflict-of-laws rules concerning stolen assets that do not qualify as cultural object.

\*

### **Special rules for cultural objects**

#### ***Explanatory memorandum***

##### **Introduction**

For a long time, no specific conflict-of-laws rules have been applied to stolen things or cultural objects. The *lex rei sitae* principle has been almost universally applied to proprietary claims related to stolen things and cultural objects. Cultural objects were treated in the same way as any other thing in private international law. However, some recent private international law codifications provide for special rules for stolen objects and illegally exported cultural objects (see the Annex). These specific provisions imply a deviation from the traditional *lex rei sitae* principle.

Although the divergences among the various property law regimes were intended to be resolved by an international convention, the 1995 UNIDROIT Convention on stolen or illegally exported cultural objects, its practical effect has so far remained limited due to the lack of ratification of several market countries. The 1970 UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property provides for a public law framework for the cooperation between the authorities of the states parties to prevent the illegal traffic of cultural

property leaving unaffected the private law rules of the states parties. The International Institute of International Law adopted a resolution in 1991 in which it provided for the application of the law of the country of origin to the transfer of ownership of works of art.<sup>1</sup> The conflict-of-laws rule of the resolution was, however, not endorsed in any international convention. Therefore, conflict-of-laws rules continue to play a crucial role in international art-related disputes.

Article 3(3) of the Treaty on European Union states that that the Union ‘shall ensure that Europe’s cultural heritage is safeguarded and enhanced.’ Even so, EU-level conflict-of-laws rules are missing. Directive 2014/60/EU on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State provides that ‘ownership of the cultural object after return shall be governed by the law of the requesting Member State.’<sup>2</sup> Whether this rule constitutes a conflict-of-laws rule is debated in the legal literature.<sup>3</sup> The European Parliament in its European Added Value Assessment on Cross-border restitution claims of looted works of art and cultural goods and the accompanying study prepared by Professor Matthias Weller recommended the EU to enact a harmonised choice of law rule following Article 90 of the Belgian Code of Private International Law on illegally exported cultural goods.<sup>4</sup> The proposal of the study has not been followed by any legislative step so far. Additionally, several scholarly proposals have been put forward advocating for an alternative connecting factor instead of the *lex rei sitae* principle (see the Annex).<sup>5</sup> These developments indicate the need for creating uniform rules in this field.

The proposed rules on cultural objects are intended to be integrated into the GEDIP proposal on the law applicable to rights *in rem* in tangible assets as a new Chapter IV. GEDIP will consider in the future the possibility of elaborating conflict-of-laws rules concerning stolen assets that do not qualify as cultural object.

#### **Article 15. General provision**

---

<sup>1</sup> Institute of International Law, The International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage, art 2.

<sup>2</sup> Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) No 1024/2012 (Recast) OJ L 159, 28.5.2014, p. 1–10, art 13.

<sup>3</sup> Authors suggesting a conflict-of-laws interpretation of this provision in favour of the *lex originis* principle: Erik Jayme, *Entartete Kunst und internationales Privatrecht* (Universitätsverlag Winter, Heidelberg 1994) 25; Erik Jayme, *Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies* (2005) 38 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 4, 928, 937; Andrea Biondi, *The Merchant, the Thief and the Citizen: The Circulation of Works of Art within the European Union* (1997) 34 *Common Market Law Review* 5, 1173, 1191; authors calling into question the conflict-of-laws content of the rule: Kurt Siehr, *The Protection of Cultural Property: The 1995 UNIDROIT Convention and the EEC Instruments of 1992/93 Compared* (1998) 3 *Uniform Law Review* 2–3, 671, 678; Jürgen Basedow, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation of International Relations. General Course on Private International Law. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 360. (Brill, The Hague, 2013) 458; Tamás Szabados, *In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications* (2020) *International Journal of Cultural Property* 27, 323, 334-335.

<sup>4</sup> European Parliament, *The European added value of EU legislative action on cross-border restitution claims of looted works of art and cultural goods* (European Union, 2017) 13, 66-67.

<sup>5</sup> Tamás Szabados, *In Search of the Holy Grail of the Conflict of Laws of Cultural Property: Recent Trends in European Private International Law Codifications* (2020) *International Journal of Cultural Property* 27, 323, 327-329.



*Except as otherwise provided in this Chapter, the provisions of this Regulation apply to cultural objects which have been stolen or illegally removed.*

The Proposal has to first clarify its relationship with the GEDIP proposal on the law applicable to right *in rem* in tangible assets. The provisions of this Proposal create special rules for stolen and illegally removed cultural objects. As a point of departure, the application of the rules of the GEDIP proposal on the law applicable to rights *in rem* in tangible assets is to be extended to cultural objects, including stolen or illegally removed cultural objects. Therefore, as long as this Proposal does not provide different rules for stolen or illegally cultural objects, they are subject to the rules of the GEDIP proposal on the law applicable to rights *in rem* in tangible assets (*lex specialis derogat legi generali*). The proposed special rules are intended to be inserted into the GEDIP proposal on the law applicable to rights *in rem* in tangible assets. This solution aims at the simplification of the regulation and avoiding the fragmentation of the different private international law instruments. Thus, the conflict-of-laws rules on the law applicable to right *in rem* in corporeal assets will be found in a single place.

#### **Article 16. Definition**

*2. For the purpose of this Regulation, ‘cultural object’ means a corporeal object that is classified or defined by a state, at the time of its removal from the territory of that state, as being among the national treasures possessing artistic, historic or archaeological value under national legislation or administrative procedures.*

*[2. The term ‘cultural object’ also includes a sacred or communally important corporeal object that belongs to and was used by a generally recognised religious, indigenous, tribal or other cultural community as part of the community’s religious, traditional or ritual use at the time of its removal.]*

Legal sources aiming at the protection of cultural objects define their subject matter scope of application in different ways.<sup>6</sup> The Proposal relies largely on the approach of EU law found in Article 2(1) of Directive 2014/60/EU. The definition of the Directive is amended to the extent necessary to convert it into a universal rule. The proposed rules apply exclusively to corporeal cultural objects. In accordance with the Directive, the Proposal requires an external manifestation for the qualification as cultural object: classification or definition as such by a state. In addition, the objects must be deemed to belong to the natural treasures of a state.<sup>7</sup> To fall under the scope of the proposed rules, the object must be of artistic, historic or archaeological significance.

The rules are not limited to cultural objects belonging to the national treasures of the EU Member States, but they extend to cultural objects pertaining to the cultural heritage of third countries. This is in accordance with the approach of other EU legal sources, in particular with the EU Import Regulation that provides protection also for cultural objects originating from third countries.<sup>8</sup>

As an additional option, as laid down in paragraph 2, GEDIP can decide to extend the scope of application of the regulation to the cultural heritage of generally recognised religious, indigenous, tribal or other cultural communities. This additional rule seems necessary in particular where there is a conflict between the state and the religious, indigenous, tribal or other cultural community living in the territory of that state as a result of which the state does not recognise the community and/or not promote the protection of the community’s cultural heritage. The proposed solution would be in

---

<sup>6</sup> The different solutions are summarised in the Annex.

<sup>7</sup> The concept of national treasure is also used by Article XX(f) of the GATT 1947.

<sup>8</sup> Regulation (EU) 2019/880 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the introduction and the import of cultural goods, OJ L 151, 7.6.2019, p. 1–14.

accordance with the recent trend in international cultural heritage law that recognises the need for the protection of cultural manifestations of indigenous and tribal communities. In particular, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples states that indigenous peoples have the right to ‘maintain, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures’, including their artefacts.<sup>9</sup> The cultural distinctiveness of indigenous and tribal communities has been also recognised by the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention.<sup>10</sup> The UNIDROIT Convention provides more favourable rules on time limitation regarding claims ‘for restitution of a sacred or communally important cultural object belonging to and used by a tribal or indigenous community in a Contracting State as part of that community’s traditional or ritual use’.<sup>11</sup> The impairment to ‘the traditional or ritual use of the object by a tribal or indigenous community’ is also taken into consideration under the UNIDROIT Convention, when a court or other competent authority decides on the return of an illegally exported cultural object.<sup>12</sup>

There are certainly overlaps in the national treasures of the state and the cultural objects of religious, indigenous, tribal and other cultural communities as the national treasures of the state can cover also the cultural objects of communities within that state. However, the extension of the scope of application of the proposed rules may be justified, because there might be cases when a cultural object does not qualify as part of the national treasure of the state, but constitutes part of the cultural heritage of a religious, indigenous, tribal or other cultural community. It must be underlined that only the cultural objects of generally recognised religious, indigenous, tribal or other cultural communities can fall under the scope of application of the proposed rules (and not those of other sorts of communities) and only if they are ‘sacred or communally important’ and if they were used by that community ‘as part of the community’s religious, traditional or ritual use’ at the time of their removal.

**Article 17. The law applicable to claims for the recovery of stolen or illegally removed cultural objects**

1. *A claim for the recovery of a stolen or illegally removed cultural object is governed, at the choice of the claimant, by the law of:*

*(a) the state in which the object was located at the time of its theft or illegal removal from that state;*

*(b) the state in which the object was located at the time of the acquisition of possession by the defendant subsequent to the theft or illegal removal; or*

*(c) the state in which the object was located at the time of the filing of the action.*

2. *If the claimant is entitled to recover the object under the law applicable under paragraph 1, but that law does not provide any reimbursement for a defendant who acquired the possession of the object in good faith for the purchase price, if any, and for reasonable expenses incurred in the preservation of the object, the defendant shall be entitled to the reimbursement provided either by the law of the state in which the object was located at the time of the acquisition of possession or by the law of the state in which the object was located at the time of its removal.*

3. *For the purpose of this article, the place of acquisition of possession is the place in a state where the*

---

<sup>9</sup> United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, UN General Assembly Resolution 61/295, 13 September 2007, art 11(1).

<sup>10</sup> ILO, Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169).

<sup>11</sup> UNIDROIT Convention, art 3(8).

<sup>12</sup> UNIDROIT Convention, art 5 (3)(d).

*cultural object was delivered based on a legal relationship underlying the acquisition.*

As it is well known, the problem regarding stolen objects is that law often has to make a choice between the claimant and a good faith possessor who is not aware of the origin of the object. The rule proposed here intends to reflect the approach of the UNIDROIT Convention at the level of conflict of laws. Pursuant to the UNIDROIT Convention, the possessor of a cultural object which has been stolen has to return it.<sup>13</sup> Subject to certain conditions, the same applies to illegally exported cultural objects.<sup>14</sup> At the same time, the possessor of a stolen or illegally exported cultural object required to return it is entitled to fair and reasonable compensation provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen or illegally exported and can prove that it exercised due diligence when acquiring the object.<sup>15</sup>

The first paragraph of the proposed text reproduces essentially the solution of private international law codifications granting a limited choice of law for the claimant in proceedings related to stolen or illegally exported cultural objects.<sup>16</sup> Whether a cultural object was stolen or illegally removed is to be determined in accordance with the law of the state in which the object was located at the time of its removal. The second paragraph intends to strike a balance between the interests of the original owner and the defendant who acquired the possession of the object in good faith and recognises the right of the latter to the reimbursement of the purchase price and reasonable expenses incurred in the preservation of the cultural object on the condition that the law chosen by the original owner does not provide any reimbursement for the good faith possessor and that the law of the state in which the cultural object was acquired or the law of the state in which the object was located at the time of its removal provides for such a reimbursement for the good faith possessor upon returning the object. The law of the state of the location of the object at the time of the acquisition by the defendant applies to the ascertainment whether (s) he acted in good faith. If the defendant is entitled to reimbursement, the amount of the purchase price and reasonable expenses is to be determined by the forum seized with the claim for the recovery of the stolen or illegally exported cultural objects.

As the proposed rule regulates exclusively claims related to corporeal cultural objects, the place of acquisition can be identified with the state where the cultural object was delivered to the defendant based on a legal relationship underlying the acquisition (typically a sales contract). The rule can be equally applied if the purchaser bought the cultural object online, because the proposed rules cover exclusively corporeal cultural objects and in such a case delivery takes place physically off-line even if a transaction was entered into online.

Statutes of limitation or deadlines set for liberative prescription play an important role regarding claims related to cultural objects, because very often the claimant becomes aware of the identity of the possessor and the location of the object after the elapse of a significant period of time. Under Article 7(f) of the GEDIP proposal on the law applicable to rights *in rem* in tangible assets, the governing law extends to the issue of 'the extinction or loss of a property right'. Accordingly, the law applicable to the claim applicable under Article 17(1) also governs prescription. This rule has to be applied *mutatis mutandis* to state claims for the return of illegally removed cultural objects.

---

<sup>13</sup> UNIDROIT Convention, art 3(1).

<sup>14</sup> UNIDROIT Convention, art 5.

<sup>15</sup> UNIDROIT Convention, art 4(1) and art 6.

<sup>16</sup> See in particular Albanian PIL Act, art 40; Belgian PIL Act, art 90 and art 92; Bulgarian PIL Act, art 70; see also the Hungarian PIL Act, arts 46-47; Montenegrin PIL Act art 33; Monegasque PIL Act art 95; Romanian Civil Code, art. 2.615.

Concerning adverse possession, Article 17 enjoys priority over Article 8(2) of the GEDIP proposal on the law applicable to rights *in rem* in tangible assets. This means that, for example, the original owner may invoke his property right under the law of the State of origin on the basis of Article 17, irrespective of how he has acquired this right (e.g. by a purchase of the good, adverse possession or inheritance) and this right would prevail over the right of the new possessor under the law designated by Article 8(2). In particular, the property right of the original owner may also prevail over a property right acquired by a third party by adverse possession under the law of the new location.

#### **Article 18. Applicability of public law provisions**

*The public law character attributed to a provision of foreign law designated as applicable under this Chapter shall not prevent the application of that provision.*

In cross-border private law disputes related to works of art, provisions having public law nature that aim at the protection of cultural heritage often claim application. The proposed rule enables the application of those public law provisions of the designated law which are applicable to the case under that law. This provision modelled on the Wiesbaden Resolution of the Institute of International Law adopted in 1975 on the application of foreign public law and Article 13 of the Swiss Private International Law Act has an outstanding significance. It takes a clear stance against the principle of non-application of foreign public law and confirms that a forum cannot reject the application of foreign rules protecting cultural heritage as part of the *lex causae* merely because they qualify as public law provisions.

#### **Article 19. Overriding mandatory provisions protecting national treasures**

*Without prejudice to Article 9, in legal relationships concerning a cultural object, the court seized may give effect to the overriding mandatory provisions adopted for the protection of the national treasures by a foreign state other than the one whose law governs under this Regulation, and with which the situation has a close connection.*

Although the EU itself is not a member of the 1970 UNESCO Convention, since only states can be parties to the Convention, most of the Member States of the EU are parties to the 1970 UNESCO Convention.<sup>17</sup> It must be stressed that the 1970 UNESCO Convention establishes that the import, export or transfer of ownership of cultural property effected contrary to the provisions of the Convention by the States Parties thereto shall be illicit.<sup>18</sup> Under the 1970 UNESCO Convention, the state parties had to introduce an export certificate and prohibit any exportation of cultural property in the absence of such export certificate. The Convention also provides that the States Parties to this Convention undertake consistent with their laws, to prevent by all appropriate means transfers of ownership of cultural property likely to promote the illicit import or export of such property; and to recognise the indefeasible right of each State Party to this Convention to classify and declare certain cultural property as inalienable which should therefore ipso facto not be exported, and to facilitate recovery of such property by the State concerned in cases where it has been exported. The 1995 UNIDROIT Convention also recognises the enforcement of foreign export regulation, when it provides for the return of illegally exported cultural objects subject to the condition that it is established that the cultural object significantly impairs certain interests of the country of exportation and the object is of significant cultural importance for the requesting State. Taking the above into account, private

---

<sup>17</sup> At the moment, among the EU Member States, only Ireland and Malta are not parties to the 1970 UNESCO Convention.

<sup>18</sup> 1970 UNESCO Convention, art 3.

international law cannot disregard foreign export and other public law legislation adopted for the protection of cultural heritage.

The proposed rule does not give rise in itself to substantive public law restrictions to the international art trade, but it recognises the private law effects of the cultural heritage protection legislation of a public law nature, such as export and import restrictions or restrictions on inalienability of cultural objects. The Proposal does not follow the principle of the non-application of foreign public law that hindered several claims related to cultural property.<sup>19</sup> If the application of an export or import restriction or the effect of some other public law legislation adopted in view of the protection of cultural heritage arises in a private law dispute, those public law provisions should be applied or given effect as overriding mandatory provisions. Cultural heritage protection provisions may qualify as overriding mandatory provisions within the meaning of Article 9(1) of the Rome I Regulation as well as under Article 9(2) of the GEDIP proposal on the law applicable to rights *in rem* in tangible assets.<sup>20</sup>

The rule provides explicitly for the possibility of giving effect to foreign overriding mandatory provisions. Article 9(1) of the GEDIP proposal on the law applicable to rights *in rem* in tangible assets authorises the application of the overriding mandatory provisions of the forum. It must be noted, however, that in relation cultural objects the problem is most often the enforcement of export prohibitions or other foreign public law restrictions adopted for the protection of cultural heritage by a state other than the forum and the one whose law governs. In the context of contractual relationships, the Nikiforidis judgment of the CJEU illustrates well that the issue of giving effect to the overriding mandatory provisions of third countries can be relevant in practice.<sup>21</sup> Therefore, concerning legal relationships related to cultural objects, the possibility of the application or consideration of overriding mandatory provisions of states other than the forum and the one whose law is applicable appears in the text. Such an authorisation concerns the overriding mandatory provisions related to the protection of cultural objects, including export and import restrictions and qualification as *res extra commercium*.

---

<sup>19</sup> See in particular *King of Italy v. Marquis Cosimo de Medici Tornaquinci*, 34 Times LR 623 (Chancery Division 1918); *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and Others*, Court of Appeal, 1 April 1982, [1982] 3 WLR 570; this principle was also discussed in *Islamic Republic of Iran v The Barakat Galleries Ltd* [2007] EWCA Civ 1374.

<sup>20</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I) OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16.

<sup>21</sup> Case C-135/15 *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*, EU:C:2016:774.

## APPENDIX

### EXCERPTS FROM RECENT PIL CODIFICATIONS ON CULTURAL (AND STOLEN) OBJECTS AND SCHOLARLY PROPOSALS

(THE ANNEX IS BASED ON THE COLLECTION OF THE RELEVANT PRIVATE INTERNATIONAL LAW CODIFICATIONS BY PROFESSOR SYMEON SYMEONIDES)

#### **ALBANIA:** Law No. 10428 of 2 July 2011 on PIL

*Article 40 Protection of cultural heritage.* 1. When things included in the cultural heritage of a State are illegally exported from its territory, their recovery is governed by the law of the State in which the things were located before their exportation, but that State may opt for the application of the State in which the things are located at the time of the claim.

2. However, if the law of the State in whose cultural heritage the things belongs does not take into account the protection of the possessor in good faith, the possessor may request the protection of the law of the State in whose territory the things are located at the time of the claim.

#### **BELGIUM:** Code de droit international privé (Loi du 16 juillet 2004)

*Art. 90.* Lorsqu'un bien qu'un État inclut dans son patrimoine culturel a quitté le territoire de cet État de manière illicite au regard du droit de cet État au moment de son exportation, sa revendication par cet État est régie par le droit dudit État en vigueur à ce moment ou, au choix de celui-ci, par le droit de l'État sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication. Toutefois, si le droit de l'État qui inclut le bien dans son patrimoine culturel ignore toute protection du possesseur de bonne foi, celui-ci peut invoquer la protection que lui assure le droit de l'État sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication".

*Art. 92.* La revendication d'un bien volé est régie, au choix du propriétaire originaire, soit par le droit de l'État sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa disparition, soit par celui de l'État sur le territoire duquel le bien est situé au moment de sa revendication.

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

#### **BULGARIA:** Bulgarian PIL Code (Law No. 42 of 2005 as amended by Law No. 59 of 2007)

*Article 70.* Where a given corporeal object belonging to the cultural heritage of a specific State has been wrongfully removed from the territory of the said State, the request of the said State for return of the said object shall be governed by the law of the said State, except where the said State has opted for application of the law of the State in which the object is situated at the time of making the request for return.

#### **HUNGARY:** Act XXVIII of 2017 on PIL (in force on 2 January 2018).

*Section 46 (1)* If a thing considered to be part of the cultural assets of a state leaves the territory of

that state in a manner which is unlawful under the law of that state at the time of exit, the law of that state, or the law of the state in the territory of which the given thing is located at the time of the assertion of the ownership claim, shall govern the ownership claim made by the state, subject to the choice of the state enforcing the ownership claim.

(2) If the law of the state which considers the unlawfully taken thing a part of its cultural assets does not provide protection to the possessor of the thing who is acting in good faith, the possessor acting in good faith may request the protection of the law of the state in the territory of which the thing is located at the time of the assessment of the ownership claim.

*Section 47* (1) Subject to the choice of the original owner, the law of the state shall govern the ownership claim for the thing taken unlawfully from his possession, in the territory of which the thing was located at the time of its disappearance, or the law of the state in the territory of which the thing is located at the time of the assessment of the ownership claim.

(2) If the law of the state in the territory of which the thing was located at the time of its disappearance does not provide protection to the possessor who is acting in good faith, the possessor acting in good faith may request protection in accordance with the law of the state in the territory of which the given thing is located at the time of the assessment of the ownership claim.

**MONACO:** Loi n° 1.448 du 28 juin 2017 relative au droit international privé

*Article 94* : La revendication d'un meuble irrégulièrement acquis par un possesseur selon le droit de l'État où il était alors situé, est régie au choix du propriétaire, soit par le droit de l'État sur le territoire duquel était situé ce meuble lors de cette acquisition ou de sa disparition s'il s'agit d'un meuble perdu ou volé, soit par le droit de l'État sur le territoire duquel il se trouve lors de sa revendication.

*Article 95* : L'action qu'exerce un État, en revendication ou en retour d'un bien inclus dans son patrimoine culturel, mais exporté de manière illicite au regard de son droit applicable au moment de l'exportation, est régie au choix de cet État, par son droit en vigueur lors de cette action, ou par le droit de l'État sur le territoire duquel ce bien est alors situé.

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

**MONTENEGRO:** International Private Law Act of 23 December 2013, effective 9 July 2014.

*Article 33. Cultural property.* If an item, which is proclaimed as being cultural heritage of a state, has unlawfully left the territory of that state, the revindication by the state shall be governed by the law of that state except where the state chooses the law of the state on the territory of which the property is located at the time of the revindication claim.

If the law of the state that has proclaimed an item as being its cultural heritage does not grant any protection to the possessor in good faith, the latter may invoke the protection that is attributed to him by the law of the state on the territory of which the item is located at the time of the revindication claim.

**ROMANIA:** Civil Code (Law 287/2009 as amended by Law 71/2011 of 10 June 2011)

*Art. 2.615 Applicable law to the recovery of movable possession.* (1) The initial owner may choose the law applicable for recovery of possession of a stolen or illegally exported asset, between either the law of the state where the asset was located at the time of the theft or export, or the law of the state where the asset is located at the moment of the recovery of possession.

(2) However, when the law of the state where the asset was located at the time of theft or export contains no provisions concerning the protection of a third-party owner in good faith, such an owner may invoke the protection offered by the state where the asset is located at time of the claim.

(3) The provisions of paragraph (1) and (2) are also applicable to assets from the national cultural heritage of a state which are stolen or illegally exported.

*Art. 2.616 Applicable law to acquisitive prescription.* (1) Acquisitive prescription is governed by the law of the state where the asset was located at the beginning of the term of possession provided for this purpose.

(2) If the asset has been brought to another state where the legal term of acquisitive prescription is to be fulfilled, the owner may request that the law of this latter state be applied when all conditions required by its law are fulfilled starting from the day the asset was relocated in that state.

**SERBIA:** Serbian Ministry of Justice Draft of June 2014 of Law on PIL

*Article 121. Cultural assets.* 1. Where a thing declared to be a cultural asset of a particular state is illegally removed from its territory, the law of that state shall be applicable to its request to be returned that property, unless it chooses the law of the state in whose territory the property is situated at the time of putting forward the request for return of property.

2. Where the law of the state which has declared a particular thing to be its cultural asset do not provide protection to a person holding the cultural asset in good faith, such person may invoke the protection that is provided by the law of the state in whose territory the thing is situated at the time of putting forward the request for the return of property.

#### **INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL**

*Resolution: The International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage* (Rapporteur: Mr Antonio de Arruda Ferrer-Correia) Session of Basel – 1991

*Article 1.* 1. For the purpose of this Resolution:

a) a "work of art" is a work which is identified as belonging to the cultural heritage of a country by registration, classification or by any relevant internationally accepted method of publicity;

b) "country of origin" of a work of art means the country with which the property concerned is most closely linked from the cultural point of view.

2. This Resolution relates to sales concluded before or after the property has been exported from the territory of the country of origin in breach of the non-retrospective legislation of the latter on the export of cultural property.



3. This Resolution applies to all future cases where a work of art has been stolen or otherwise taken away illegally from its owner or holder, or illegally exported.

*Article 2.* The transfer of ownership of works of art belonging to the cultural heritage of the country of origin shall be governed by the law of that country.

*Article 3.* The provisions of the law of the country of origin governing the export of works of art shall apply.

*Article 4. 1.* If under the law of the country of origin there has been no change in title to the property, the country of origin may claim, within a reasonable time, that the property be returned to its territory, provided that it proves that the absence of such property would significantly affect its cultural heritage.

2. Where works of art belonging to the cultural heritage of a country have been exported from the country of origin in circumstances covered by in Article 1, the holder may not invoke any presumption of good faith. The country of origin should provide for equitable compensation to be effected to the holder who has proved his good faith.

3. For the purposes of paragraph 2, a holder in good faith is a person who at the time the property was acquired was unaware of, and could not reasonably be expected to be aware of, the defect in title of the person disposing of such property, or of the fact that the property had been exported in breach of the provisions of the country of origin on export. In case of gift or succession, the holder may not enjoy a status more favourable than that of the previous holder.

**EUROPEAN PARLIAMENT: STUDY THE EUROPEAN ADDED VALUE OF EU LEGISLATIVE ACTION ON CROSS-BORDER RESTITUTION CLAIMS OF LOOTED WORKS OF ART AND CULTURAL GOODS, EUROPEAN ADDED VALUE ASSESSMENT AND THE ACCOMPANYING STUDY BY PROFESSOR MATTHIAS WELLER (EUROPEAN UNION, 2017)**

The EU could consider enacting a harmonised choice of law rule, following, for example, Article 90 of the Belgian Code of Private International Law.

**Professor Symeon Symeonides:** Proposal for the previous stolen/cultural goods GEDIP sub-group

PROPOSED ARTICLE — DRAFT 1

When an object that is part of the cultural heritage of a country is removed to a Member State in violation of the law of the first country, the right of the owner to recover the object is governed by the law of that country.

However, if that law does not provide protection for a person who acquired possession of the object in good faith, the possessor is entitled to the protection provided by the law of the Member State in which the object is located at the time of the requested discovery.

**Professor Symeon Symeonides: “A Choice-of-Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property” (2005) 38 *Vand J Transnat'l L* 1177–1198**

1. Except as otherwise provided by an applicable treaty or international or interstate agreement, or statute, the rights of parties with regard to a corporeal thing of significant cultural value (hereafter “thing”) are determined as specified below.

2. A person who is considered the owner of the thing under the law of the state in which the thing was situated at the time of its removal to another state shall be entitled to the protection of the law of the former state (state of origin), except as specified below.

3. The owner’s rights may not be subject to the less protective law of a state other than the state of origin,

(a) unless:

(i) the other state has a materially closer connection to the case than the state of origin; and

(ii) application of that law is necessary in order to protect a party who dealt with the thing in good faith after its removal to that state; and

(b) until the owner knew or should have known of facts that would enable a diligent owner to take effective legal action to protect those rights.

**Professor Gerte Reichelt: “International Protection of Cultural Property” (1985) 3 Unif. L. Rev. no. 1, 43–153**

In addition to the maintenance of the *lex rei sitae* principle, she proposes the adoption of the following rules:

1. The law designated by the present law is, by way of exception, not applicable if, having regard to all the circumstances, it is manifest that the provision has only a very weak link with that law, and that it has a much closer connection with another law.

2. This provision is not applicable if the parties have chosen the law.

**Determining the subject matter of international and EU legal sources**

**Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention, The Hague, 14 May 1954**

Article 1 – Definition of cultural property

For the purposes of the present Convention, the term ‘cultural property’ shall cover, irrespective of origin or ownership:

(a) movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of every people, such as monuments of architecture, art or history, whether religious or secular; archaeological sites; groups of buildings which, as a whole, are of historical or artistic interest; works of art; manuscripts, books and other objects of artistic, historical or archaeological interest; as well as scientific collections and important collections of books or archives or of reproductions of the property defined above;

(b) buildings whose main and effective purpose is to preserve or exhibit the movable cultural property defined in sub-paragraph (a) such as museums, large libraries and depositories of archives, and refuges

intended to shelter, in the event of armed conflict, the movable cultural property defined in sub-paragraph (a);

(c) centers containing a large amount of cultural property as defined in sub-paragraphs (a) and (b), to be known as 'centers containing monuments'.

## **Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property 1970**

### Article 1

For the purposes of this Convention, the term 'cultural property' means property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science and which belongs to the following categories:

(a) Rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest;

(b) property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artist and to events of national importance;

(c) products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries;

(d) elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered;

(e) antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals;

(f) objects of ethnological interest;

(g) property of artistic interest, such as:

(i) pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manufactured articles decorated by hand);

(ii) original works of statuary art and sculpture in any material;

(iii) original engravings, prints and lithographs;

(iv) original artistic assemblages and montages in any material;

(h) rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections;

- (i) postage, revenue and similar stamps, singly or in collections;
- (j) archives, including sound, photographic and cinematographic archives;
- (k) articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments.

**UNIDROIT CONVENTION ON STOLEN OR ILLEGALLY EXPORTED CULTURAL OBJECTS, Rome, 24 June 1995**

Article 2

For the purposes of this Convention, cultural objects are those which, on religious or secular grounds, are of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science and belong to one of the categories listed in the Annex to this Convention.

A n n e x

- (a) Rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest;
- (b) property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artists and to events of national importance;
- (c) products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries;
- (d) elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered;
- (e) antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals;
- (f) objects of ethnological interest;
- (g) property of artistic interest, such as:
  - (i) pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manufactured articles decorated by hand);
  - (ii) original works of statuary art and sculpture in any material;
  - (iii) original engravings, prints and lithographs;
  - (iv) original artistic assemblages and montages in any material;
- (h) rare manuscripts and incunabula, old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections;
- (i) postage, revenue and similar stamps, singly or in collections;
- (j) archives, including sound, photographic and cinematographic archives;

(k) articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments.

**Council Regulation (EC) No 116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods (OJ L 39, 10.2.2009, p. 1–7)**

Article 1 Definition

Without prejudice to Member States' powers under Article 30 of the Treaty, the term 'cultural goods' shall refer, for the purposes of this Regulation, to the items listed in Annex I.

**ANNEX I**

**Categories of cultural objects covered by Article 1**

1.	Archaeological objects more than 100 years old which are the products of:	
	— excavations and finds on land or under water	9705 00 00
	— archaeological sites	9706 00 00
	— archaeological collections	
2.	Elements forming an integral part of artistic, historical or religious monuments which have been dismembered, of an age exceeding 100 years	9705 00 00 9706 00 00
3.	Pictures and paintings, other than those included in categories 4 or 5, executed entirely by hand in any medium and on any material <sup>(1)</sup>	9701
4.	Watercolours, gouaches and pastels executed entirely by hand on any material <sup>(1)</sup>	9701
5.	Mosaics in any material executed entirely by hand, other than those falling in categories 1 or 2, and drawings in any medium executed entirely by hand on any material <sup>(1)</sup>	6914 9701
6.	Original engravings, prints, serigraphs and lithographs with their respective plates and original posters <sup>(1)</sup>	Chapter 49 9702 00 00 8442 50 99

7.	Original sculptures or statuary and copies produced by the same process as the original <sup>(1)</sup> , other than those in category 1	9703 00 00
8.	Photographs, films and negatives thereof <sup>(1)</sup>	3704 3705 3706 4911 91 80
9.	Incunabula and manuscripts, including maps and musical scores, singly or in collections <sup>(1)</sup>	9702 00 00 9706 00 00 4901 10 00 4901 99 00 4904 00 00 4905 91 00 4905 99 00 4906 00 00
10.	Books more than 100 years old, singly or in collections	9705 00 00 9706 00 00
11.	Printed maps more than 200 years old	9706 00 00
12.	Archives, and any elements thereof, of any kind or any medium which are more than 50 years old	3704 3705 3706 4901 4906 9705 00 00 9706 00 00
13.	(a)Collections <sup>(2)</sup> and specimens from zoological, botanical, mineralogical or anatomical collections;	9705 00 00

	(b) Collections <sup>(2)</sup> of historical, palaeontological, ethnographic or numismatic interest	9705 00 00
14.	Means of transport more than 75 years old	9705 00 00 Chapters 86-89
15.	Any other antique items not included in categories A.1 to A.14	
	(a) between 50 and 100 years old	
	toys, games	Chapter 95
	glassware	7013
	articles of goldsmiths' or silversmiths' wares	7114
	furniture	Chapter 94
	optical, photographic or cinematographic apparatus	Chapter 90
	musical instruments	Chapter 92
	clocks and watches and parts thereof	Chapter 91
	articles of wood	Chapter 44
	pottery	Chapter 69
	tapestries	5805 00 00
	carpets	Chapter 57
	wallpaper	4814
	arms	Chapter 93
	(b) more than 100 years old	9706 00 00

The cultural objects in categories A.1 to A.15 are covered by this Regulation only if their value corresponds to, or exceeds, the financial thresholds under B.

B. Financial thresholds applicable to certain categories under A (in euro)

Value:

Whatever the value

- 1 (Archaeological objects)
- 2 (Dismembered monuments)
- 9 (Incunabula and manuscripts)
- 12 (Archives)

15 000

- 5 (Mosaics and drawings)
- 6 (Engravings)
- 8 (Photographs)
- 11 (Printed maps)

30 000

- 4 (Watercolours, gouaches and pastels)

50 000

- 7 (Statuary)
- 10 (Books)
- 13 (Collections)
- 14 (Means of transport)
- 15 (Any other object)

150 000

- 3 (Pictures)

The assessment of whether or not the conditions relating to financial value are fulfilled must be made when an application for an export licence is submitted. The financial value is that of the cultural object in the Member State referred to in Article 2(2).

For the Member States which do not have the euro as their currency, the values expressed in euro in Annex I shall be converted and expressed in national currencies at the rate of exchange on 31 December 2001 published in the *Official Journal of the European Communities*. This countervalue in national currencies shall be reviewed every two years with effect from 31 December 2001. Calculation of this countervalue shall be based on the average daily value of those currencies, expressed in euro, during the 24 months ending on the last day of August preceding the revision which takes effect on



31 December. This method of calculation shall be reviewed, on a proposal from the Commission, by the Advisory Committee on Cultural Goods, in principle two years after the first application. For each revision, the values expressed in euro and their countervalues in national currency shall be published periodically in the *Official Journal of the European Union* in the first days of the month of November preceding the date on which the revision takes effect.

**DIRECTIVE 2014/60/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 15 MAY 2014 ON THE RETURN OF CULTURAL OBJECTS UNLAWFULLY REMOVED FROM THE TERRITORY OF A MEMBER STATE AND AMENDING REGULATION (EU) No 1024/2012 (OJ L 159, 28.5.2014, P. 1–10)**

Article 2 (1)

‘cultural object’ means an object which is classified or defined by a Member State, before or after its unlawful removal from the territory of that Member State, as being among the ‘national treasures possessing artistic, historic or archaeological value’ under national legislation or administrative procedures within the meaning of Article 36 TFEU;

**REGULATION (EU) 2019/880 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF 17 APRIL 2019 ON THE INTRODUCTION AND THE IMPORT OF CULTURAL GOODS (OJ L 151, 7.6.2019, P. 1–14)**

Article 2 **Definitions**

For the purposes of this Regulation, the following definitions apply:

(1) ‘cultural goods’ means any item which is of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science as listed in the Annex;

**ANNEX**

(a)	rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest;
(b)	property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artists and to events of national importance;
(c)	products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries on land or underwater;
(d)	elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered <sup>(1)</sup> ;
(e)	antiquities more than one hundred years old, such as inscriptions, coins and engraved seals;
(f)	objects of ethnological interest;
(g)	objects of artistic interest, such as:  (i) pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manufactured articles decorated by hand);  (ii) original works of statuary art and sculpture in any material;  (iii) original engravings, prints and lithographs;  (iv) original artistic assemblages and montages in any material;
(h)	rare manuscripts and incunabula;
(i)	old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections;
(j)	postage, revenue and similar stamps, singly or in collections;
(k)	archives, including sound, photographic and cinematographic archives;
(l)	articles of furniture more than one hundred years old and old musical instruments.

**Part A. Cultural goods covered by Article 3(1)**

**Part B. Cultural goods covered by Article 4**

<b>Categories of cultural goods according to Part A</b>	<b>Combined Nomenclature (CN) Chapter, Heading or Subheading</b>	<b>Minimum age threshold</b>	<b>Minimum financial threshold (customs value)</b>	<b>Supplementary units</b>
(c)products of archaeological excavations (including regular and clandestine) or of archaeological discoveries on land or underwater;	ex 9705; ex 9706	More than 250 years old	Whatever the value	number of items (p/st)
(d)elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered <sup>(2)</sup> ;	ex 9705; ex 9706	More than 250 years old	Whatever the value	number of items (p/st)

**Part C. Cultural goods covered by Article 5**

<b>Categories of cultural goods according to Part A</b>	<b>Combined Nomenclature (CN) Chapter, Heading or Subheading</b>	<b>Minimum age threshold</b>	<b>Minimum financial threshold (customs value)</b>	<b>Supplementary units</b>
(a)rare collections and specimens of fauna, flora, minerals and anatomy, and objects of palaeontological interest;	ex 9705	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)
(b)property relating to history, including the history of science and technology and military and social history, to the life of national leaders, thinkers, scientists and artists and to events of national importance;	ex 9705	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)

(e)antiquities, such as inscriptions, coins and engraved seals;	ex 9706	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)
(f)objects of ethnological interest;	ex 9705	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)
(g)objects of artistic interest, such as:				
(i)pictures, paintings and drawings produced entirely by hand on any support and in any material (excluding industrial designs and manufactured articles decorated by hand);	ex 9701	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)
(ii)original works of statuary art and sculpture in any material;	ex 9703	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)
(iii)original engravings, prints and lithographs;	ex 9702;	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)
(iv)original artistic assemblages and montages in any material;	ex 9701	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)
(h)rare manuscripts and incunabula;	ex 9702; ex 9706	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)
(i)old books, documents and publications of special interest (historical, artistic, scientific, literary, etc.) singly or in collections.	ex 9705; ex 9706	More than 200 years old	EUR 18 000 or more per item	number of items (p/st)

[<sup>1</sup>] Liturgical icons and statues, even free-standing, are to be considered as cultural goods belonging to this category.

(<sup>2</sup>) Liturgical icons and statues, even free-standing, are to be considered as cultural goods belonging to this category.

**INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL**

*Resolution: The International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage* (Rapporteur: Mr Antonio de Arruda Ferrer-Correia) Session of Basel – 1991

*Article 1.* 1. For the purpose of this Resolution:

a) a "work of art" is a work which is identified as belonging to the cultural heritage of a country by registration, classification or by any relevant internationally accepted method of publicity;



## ANNEXE II

### LOIS DE POLICE

#### GEDIP - sous-groupe "Principes généraux"

#### Document de travail pour la réunion d'Oslo 2022

#### Version 2.4

#### 4.4.2022

#### Lignes directrices : Lois de police

*Ces lignes directrices représentent l'opinion [des membres du sous-groupe] [du 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 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.<sup>1</sup>

La protection d'une partie à la relation concernée peut relever des intérêts publics au sens de la définition qui précède.<sup>2</sup>

Les règles issues d'actes du droit de l'Union – notamment les dispositions issues de la transposition de directives européennes – peuvent également relever de ladite définition<sup>3</sup> pour les situations présentant un lien étroit avec l'Union.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Tranche une question précise d'interprétation de la notion même de « loi de police », 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'État 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*.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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'État dont émane la loi de police

2. Le respect des lois de police correspond à un mécanisme<sup>5</sup> dont la mise en œuvre n'est pas limitée à un domaine particulier<sup>6</sup>. Elle doit cependant être conforme aux libertés de circulation européennes.<sup>7</sup>

## II. Lois de police de l'État du for

---

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).

<sup>5</sup> 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 ». – Cependant le mécanisme des lois de police ne doit pas être utilisé pour circonvenir les conditions plus précises formulées, à propos de l'effet international des lois de police, par des textes spécifiques du droit dérivé européen (tels les articles 6 et 8 du règlement Rome I).

<sup>6</sup> 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, qui peut être compréhensible en général compte tenu de la rareté des lois de police dérogeant au rattachement ordinaire en matière de responsabilité délictuelle, s'est néanmoins 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 État autre que l'État dont émanent ces lois de police.

<sup>7</sup> 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. À 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 État 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 États 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 État 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'État 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'État 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).



Les lois de police de l'État du tribunal saisi, y compris celles issues d'actes du droit de l'Union, s'appliquent conformément aux normes d'applicabilité<sup>8</sup> qu'elles contiennent expressément ou implicitement.

### III. Lois de police émanant d'États autres que l'État du for

#### Généralités

1. L'application ou la prise en considération<sup>9</sup> de lois de police étrangères par le tribunal 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'État dont émane la loi de police.

#### Application des lois de police étrangères

2. L'effet des lois de police devrait en principe être indépendant des règles de compétence judiciaire.<sup>10</sup> Il peut y avoir lieu de leur donner effet notamment dans l'hypothèse où les juridictions de l'État 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 État membre de l'Union.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Les lois de police sont des règles matérielles qui ont pour particularité d'être accompagnées d'une règle spéciale qui en détermine le domaine d'application territorial, indépendamment de la loi applicable selon la règle de rattachement du for (cf. l'art. 9(1) Rome I). Cette règle spéciale est la « norme d'applicabilité », qui peut être expresse ou, à défaut de règle expresse de délimitation de la portée spatiale de la règle matérielle, se déduire implicitement de son objectif.

<sup>9</sup> L'application d'une loi de police consiste à adopter la solution prescrite par le législateur étranger ; sa prise en considération consiste à prendre en compte la loi de police dans le cadre de l'application du droit matériel d'un autre État – le plus souvent, en pratique, du droit du for. Un cas particulier de prise en considération est celle d'une loi étrangère apparaissant comme élément du présupposé factuel d'une *norme de droit matériel à caractère variable* (exemple : la survenance d'une loi d'embargo étrangère, identifiée comme un *cas de force majeure* dans le cadre de l'exécution d'un contrat régi par une *lex contractus* qui n'est pas la loi de l'État étranger en question).

<sup>10</sup> La compétence judiciaire est normalement fondée sur les liens qui existent entre les parties ou l'objet du litige et l'État du for et ne tient pas compte de l'applicabilité d'une loi de police de cet État. 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'État 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.

<sup>11</sup> Entre États 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'État membre du tribunal à la compétence duquel il est dérogé. A l'égard d'États tiers, la solution peut être la même, sans toutefois pouvoir se référer à la coopération loyale spécifique entre États membres. La proposition ne concerne pas la question – qui est une question de conflit de juridictions, réglée notamment, entre États 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'État 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 État.

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 dans le cadre du jeu normal de la règle de conflit de lois du for.

4. L'application dérogatoire, dans l'État 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 se justifie au regard des objectifs de la loi de police, notamment lorsque ces objectifs sont communs aux deux États ou mettent en œuvre des valeurs communes, ainsi que des liens de la situation avec l'État étranger.

Entre États membres de l'Union, il sera tenu compte en particulier du principe de coopération loyale énoncé à l'article 4 (3) TUE<sup>12</sup> et de l'objectif de promotion de la solidarité entre les États membres visé à l'article 3 (3), alinéa 3 TUE.

Pour décider si effet doit ainsi être donné à une loi de police étrangère, il sera tenu compte des conséquences qui découleraient de son application ou de sa non-application.<sup>13</sup>

5. En cas de risque de conflit, dans une situation particulière, entre une loi de police du for et une loi de police étrangère, le tribunal saisi s'efforcera, par une interprétation ou application appropriée des lois de police, d'éviter le conflit.<sup>14</sup> En cas de persistance du conflit, le tribunal donnera la préférence à la loi de police du for.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> *Contra*, arrêt *Nikiforidis*, point 54. – Sur l'applicabilité de l'article 4 (3) TUE aux relations mutuelles entre États 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 États 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 États 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.

<sup>13</sup> L'inspiration de notre texte est, sur ce point central du régime des lois de police étrangères, l'article 7, par. 1<sup>er</sup> 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.

<sup>14</sup> Cf. (mais il s'agit en l'occurrence d'un cas de prise en considération, non d'application d'une loi de police étrangère) CJUE 21 décembre 2021, *Bank Melli*, C-124/20, qui invite la juridiction nationale de renvoi à interpréter le règlement de blocage européen n° 2271/96, « lu à la lumière de l'article 16 et de l'article 52, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

<sup>15</sup> La solution de la préférence donnée à la loi du for est la solution la plus souvent préconisée. Il convient néanmoins de signaler qu'il existe, mais plus particulièrement aux États-Unis d'Amérique, une solution de mise en balance des intérêts du for et de l'État étranger, qui est susceptible d'être employée à propos du conflit entre lois de police. Voir, en matière d'application extraterritoriale du droit de la concurrence, l'arrêt *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976) qui mentionne les facteurs suivants pouvant influencer la solution du conflit :

*[T]he degree of conflict with foreign law or policy, the nationality or allegiance of the parties and [their] locations ..., the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, [and] the foreseeability of such effect.*

Lorsque des lois de police étrangères sont en cause, le tribunal appliquera la loi de police qui correspond le mieux aux nécessités de la coopération internationale de droit privé, compte tenu des objectifs poursuivis par ces lois et de leurs liens avec la situation dont le tribunal est saisi.

**Prise en considération des lois de police étrangères**

6. Ce qui précède est sans préjudice de la prise en considération d'une loi de police étrangère en tant qu'élément de fait dans le cadre du droit matériel applicable.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Solution de l'arrêt *Nikiforidis*.



## ANNEXE III

### RECONNAISSANCE DES SITUATIONS

#### GEDIP - sous-groupe "Principes généraux"

#### Document de travail pour la réunion d'Oslo 2022

##### **Note d'orientation concernant une règle sur la reconnaissance dans la partie générale d'un code européen relative aux conflits de lois**

*Cette note porte sur l'insertion, dans la partie générale d'un code européen relative aux conflits de lois, d'une disposition reflétant une obligation de reconnaissance d'une situation ou d'un rapport juridique établi à l'étranger, sur la base de contextes distincts tenant, respectivement, au respect de libertés ou droits fondamentaux et à une nouvelle méthode du droit général des conflits de lois.*

*Elle situe d'abord les contextes dans lesquels une telle obligation est énoncée. Ensuite, elle suggère des conditions d'encadrement de cette obligation, encore insuffisamment formalisées dans les textes actuels.*

*La formulation de modèles par le sous-groupe à ce stade vise à clarifier le sens et les implications concrètes d'une notion de reconnaissance, en explicitant son objet, les motifs de non-reconnaissance et leur mise en œuvre. Elle peut aider le Groupe à prendre position sur deux approches, soit une exception fondée sur le respect de libertés ou droits fondamentaux (Modèle 1) ou de l'attente légitime des parties (Modèle 2), soit une règle générale en matière civile (Modèle 3).*

*La rédaction de modèles pourrait appeler une clarification terminologique à propos de la notion de « situation », que la nouvelle méthode de reconnaissance substitue à celle de « rapport juridique » caractéristique de la méthode savignienne – termes mis entre crochets dans la formulation des différents modèles présentés par le sous-groupe. A priori, le terme « rapport juridique » se concilie mieux avec le modèle 1, lequel établit une exception générale de reconnaissance lorsque le droit applicable au rapport juridique en vertu de la règle de conflit du for conduit à un résultat qui empêche ou gêne l'exercice d'une liberté ou d'un droit fondamental dans une situation particulière. Dans le contexte de la nouvelle méthode, la reconnaissance a pour objet une « situation », mais celle-ci doit être « juridique », c'est-à-dire en conformité avec un droit étranger.*

*Le cas échéant, le Groupe pourrait aussi présenter les deux approches comme exprimant, tantôt l'état actuel du droit national, européen ou international, tantôt une évolution générale du droit des conflits de lois.*

#### **I. Contextes d'une obligation de reconnaissance en matière de conflits de lois**

1. En droit des libertés et droits fondamentaux, l'État a l'obligation de reconnaître un statut de la personne constitué valablement à l'étranger, lorsque la non-reconnaissance constituerait une violation d'une liberté ou droit fondamental de la personne, au sens du droit à la protection de la vie privée et familiale de la Convention européenne des droits de l'homme, du statut fondamental du citoyen européen en droit de l'Union européenne, ou plus largement des droits de la personne humaine au regard du droit international.

2. En droit général des conflits de lois, la validité d'un rapport juridique constitué à l'étranger peut également être établie aux fins de reconnaissance sans recours à la règle de conflit de lois du for, sous

des conditions fixées par le droit du for. Cette méthode s'observe dans certaines codifications nationales dans des matières particulières. Elle s'exprime aussi en doctrine comme une nouvelle approche générale du conflit de lois en matière civile, selon laquelle la validité de la constitution d'une situation juridique s'établit pratiquement en fonction de la règle de conflit de lois du pays de constitution.

3. La formulation d'une règle sur la reconnaissance peut être soit négative, soit positive. La formulation négative établit une exception à l'application de la loi préalablement désignée par la règle de conflit du for, chaque fois que le résultat de cette l'application contrevient à une valeur supérieure, telle la protection d'une liberté ou d'un droit fondamental (*infra*, Modèle 1). La formulation positive établit une obligation de reconnaissance du fait de la constitution d'une situation étrangère en matière civile, quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit du for (*infra*, Modèle 3). Une formulation intermédiaire retient une obligation positive en matière civile sans recours à la règle de conflit du for, toutefois à titre d'exception en cas d'atteinte aux prévisions légitimes des parties (*infra*, Modèle 2).

## **II. Conditions de la reconnaissance**

4. Sous l'une ou l'autre formulation, l'obligation de reconnaissance n'est pas absolue. Elle répond à des conditions similaires, concernant l'objet de la reconnaissance, et les motifs de non-reconnaissance.

5. Quant à l'objet, la reconnaissance suppose, selon la plupart des modèles, une situation ou un rapport valablement constitué à l'étranger, en fonction de plusieurs critères, en particulier :

- (1) un examen de validité au regard des règles de droit international privé du pays de constitution ;
- (2) Un élément de cristallisation, à savoir la participation d'une autorité publique étrangère à la constitution de la situation ou du rapport ; ce critère paraît cependant limité au contexte d'une règle générale en matière civile ; et
- (3) Une exigence de proximité, à savoir un lien suffisant de la situation avec le pays de constitution, par la localisation de certains éléments ou par l'exercice effectif dans ce pays de droit liés à la situation ou au rapport constitué ; cette exigence peut également apparaître comme critère d'appréciation de motifs de non-reconnaissance (ci-dessous).

6. Dans le contexte de la nouvelle méthode de reconnaissance, celle-ci a pour objet une « situation », à savoir un ensemble de faits caractérisés, en particulier, par des éléments de cristallisation et de proximité évoqués ci-dessus. En même temps, cette situation est généralement qualifiée de « juridique », terme traduisant une condition de validité en conformité avec le droit de l'État de constitution de la situation. La méthode n'exclut donc pas toute appréciation en termes de « validité » d'un rapport de droit.

Dans le contexte d'une exception de reconnaissance en lien avec la violation d'une liberté ou droit fondamental, l'obligation de reconnaître est fonction du résultat de la mise en œuvre de la loi applicable au rapport juridique en vertu de la règle de conflit du for. Elle introduit ainsi un mécanisme dérogatoire, à l'instar de l'exception d'ordre public, au sein de la méthode savignienne, qu'elle ne remet pas en cause : la reconnaissance porte formellement sur un rapport juridique. Pour autant, du fait de son intervention dans le processus d'application de la règle de droit, elle prend aussi en compte les éléments de la « situation » particulière, comme un ensemble de faits pertinents pour l'appréciation d'une violation d'une liberté ou droit fondamental.

7. Le droit de l'État requis peut comporter des motifs de non-reconnaissance. Dans leur ensemble, les approches retiennent l'incompatibilité de la reconnaissance avec l'ordre public de cet État. Par ailleurs, l'argument général de fraude à la loi ou d'abus de droit permet de neutraliser la création artificielle d'une situation transfrontière.

### **III. Mise en œuvre des motifs de non-reconnaissance**

8. Tant une exception de reconnaissance fondée sur une liberté ou un droit fondamental, qu'une règle générale de reconnaissance en matière civile, impliquent une appréciation concrète du cas d'espèce, en fonction de l'ensemble des circonstances, tantôt comme un élément du contrôle de proportionnalité, tantôt dans la mise en œuvre par le juge d'une règle de portée générale et abstraite dans le respect des attentes légitimes des parties.

Un encadrement des motifs de non-reconnaissance devrait être établi dans un but de sécurité juridique, en particulier à la lumière de la jurisprudence européenne des libertés et droits fondamentaux, en des termes similaires selon qu'on retient une exception de reconnaissance ou une règle générale de reconnaissance.

9. L'appréciation d'un motif de non-reconnaissance repose sur un ensemble de circonstances propres à la situation en cause. À cette fin, l'autorité de l'État requis devrait motiver sa décision au regard d'indices, notamment :

(1) le degré d'équivalence de l'institution juridique en cause avec l'institution correspondante du for ou de la loi applicable en vertu du droit du for ;

(2) l'absence de liens suffisants de la situation avec l'État étranger, en particulier lorsqu'aucune des parties ne réside dans cet État ou n'a la nationalité de cet État ;

(3) l'absence d'exercice effectif des droits découlant de la situation ou du rapport juridique en cause, telle l'absence de vie familiale effective ;

(4) une balance des intérêts, en particulier dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, en fonction de la gravité des effets de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance dans l'État requis.

10. L'ajout, parmi ces indices d'appréciation, d'une condition de cristallisation – par l'intervention d'une autorité publique, tel l'établissement d'un acte public (exigence discutée en doctrine), ou dans d'autres cas par l'intervention d'un acte privé – plutôt que comme élément d'identification de l'objet de la reconnaissance, permettrait une approche nuancée qui n'empêcherait pas toute possibilité de reconnaissance en l'absence de cristallisation.

11. En cas de non-reconnaissance [constitutive d'une entrave à une liberté ou à un droit fondamental], l'autorité saisie devrait examiner, au vu de l'ensemble de la situation, la possibilité d'appliquer une disposition du droit désigné par la règle de conflit du for ayant un effet équivalent à la disposition qui a permis la constitution [de la situation ou] du rapport juridique à l'étranger, de manière à permettre un exercice effectif de la liberté ou du droit fondamental. Le cas échéant, une protection effective est recherchée au moyen d'une adaptation de la disposition pertinente de ce droit.

### **IV. Modèles de formulation d'une disposition sur la reconnaissance**

L'objet de la reconnaissance peut être formulé diversement, soit comme une exception à l'application de la loi désignée par la règle de conflit du for, soit comme une règle posant une obligation de reconnaissance quelle que soit la loi applicable. En revanche, les conditions de la reconnaissance – à

savoir les motifs de non-reconnaissance et leur appréciation – pourraient être similaires d'un modèle à l'autre.

#### **A. Formulations de l'objet de la reconnaissance**

Une disposition sur la reconnaissance peut être formulée, soit comme une exception à l'application de la loi désignée par la règle de conflit du for, dans le domaine des libertés ou droits fondamentaux (Modèle 1), soit, pour l'ensemble de la matière civile, comme une obligation positive écartant cette règle de conflit, sous condition (Modèle 2) ou non (Modèle 3) d'une référence au respect de la confiance légitime des parties.

##### Modèle 1 : Exception de reconnaissance dans le domaine des libertés ou droits fondamentaux

1. L'application du droit désigné par la règle de conflit de lois du for ne peut pas avoir pour résultat de faire obstacle à la reconnaissance [d'un rapport juridique] [d'une situation] constitué[e] dans un État étranger en conformité avec le droit international privé de cet État lorsqu'elle aboutirait à la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental, tel que consacré par le droit de l'Union européenne, par la Convention européenne des droits de l'homme ou par le droit international.

##### Modèle 2 : Exception de reconnaissance lorsque le respect des prévisions légitimes des parties justifie la mise à l'écart de la règle de conflit de l'État de la reconnaissance

1. Lorsque le respect des prévisions légitimes des parties l'exige, [une situation] [un rapport juridique] constitué[e] dans un État étranger en conformité avec le droit international privé de cet État peut [exceptionnellement] être reconnue dans l'État du for sans référence à ses règles de conflit de lois.

##### Modèle 3 : Règle générale de reconnaissance d'une situation juridique constituée à l'étranger

1. [Une situation] [un rapport juridique] valablement constitué[e] dans un État étranger en conformité avec le droit international privé de cet État [par l'intervention d'une autorité publique] est reconnue dans l'État requis, quelle que soit la loi appliquée à sa constitution.

#### **B. Formulation des conditions de non-reconnaissance**

2. La reconnaissance peut être refusée :

– en cas d'incompatibilité avec une valeur fondamentale constitutive de l'ordre public du for ;  
ou

– lorsque [la situation] [le rapport juridique] a été constitué[e] en conformité avec le droit d'un État dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la règle de conflit de lois du for. Toutefois, la reconnaissance ne peut être refusée du seul fait d'un choix de la loi la plus favorable.

3. Les motifs de non-reconnaissance sont appréciés dans le respect du principe de proportionnalité et de la confiance légitime des parties, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, 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'existence ou non de liens suffisants de la situation avec l'État dans lequel [le rapport juridique] [la situation] a été constitué[e], en particulier lorsque aucune des parties n'a la nationalité de cet État ni sa résidence habituelle sur le territoire de cet État à ce moment ;



– la consolidation ou l’absence de consolidation de la situation, notamment, par l’intervention d’une autorité publique ou par l’exercice effectif des droits découlant [de la situation] [du rapport juridique] ;

– un juste équilibre des intérêts en cause, en fonction des effets liés à la reconnaissance ou à la non-reconnaissance dans l’État requis.

4. En cas de non-reconnaissance, il y a lieu d’examiner, au vu de l’ensemble de la situation, la possibilité d’appliquer une disposition du droit désigné par la règle de conflit du for ayant un effet équivalent à la disposition qui a permis la constitution [du rapport juridique] [de la situation] à l’étranger [, de manière à permettre un exercice effectif de la liberté ou du droit fondamental en cause]. Le cas échéant, une protection effective est recherchée au moyen d’une adaptation de la disposition pertinente de ce droit.

\*\*\*

## DÉVELOPPEMENTS

### I. Objectifs et objet 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, même lorsque ce droit n’est pas désigné par la règle de rattachement du for. En l’état actuel du droit européen, un tel régime tend à sauvegarder l’exercice de droits et libertés fondamentaux de la personne ; et, en droit de l’Union, il affecte essentiellement le droit du citoyen de séjourner dans un État membre. Dans la doctrine, il peut aussi être vu comme l’expression d’une nouvelle approche en matière de conflit de lois, élargie à la reconnaissance de toute situation ou de tout rapport juridique constitué valablement à l’étranger en matière civile.

2. Un tel régime a pour objet d’imposer une obligation, pour l’État du for, de reconnaître certains droits constitués valablement à l’étranger. En droit de l’Union, ces droits sont liés essentiellement à l’exercice d’une liberté ou d’un droit fondamental du citoyen européen, lorsque l’application du droit national est source d’entrave à cet exercice<sup>1</sup>. Ils peuvent aussi être vus comme l’expression de droits et libertés protégés par le droit international<sup>2</sup>.

Un tel régime pourrait aussi exprimer, plus généralement, une nouvelle approche en droit des conflits de lois, pour l’ensemble de la matière civile et commerciale, applicable à une situation ou rapport juridique constitué hors de l’État du for, en conformité – ou non – avec le droit des conflits de lois de

---

<sup>1</sup> Arrêt *Grunkin & Paul* du 14 octobre 2008, C-353/06, à propos du nom ; arrêt *Coman* du 5 juin 2018, C-673/16, §§ 36 et s., à propos du mariage ; arrêt *Pancharevo* du 14 décembre 2021, C-490/20, §§ 48 et s., évoquant une obligation de reconnaissance d’un lien de filiation, voire plus largement de l’état des personnes établi dans un autre État membre, aux fins de permettre l’exercice de la liberté de circulation du citoyen UE ; arrêt *Coman*, §§ 36 et s., à propos du mariage. Pour une synthèse récente de la portée du droit de l’Union, voy. : S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l’espace européen*, Bruylant, 2017 ; A. PANET-MARRE, « Statut personnel et droit de l’Union européenne – Retour sur l’émergence d’une ‘méthode’ de reconnaissance », *Rev. aff. eur.*, 2020, 839-864.

<sup>2</sup> Voy. la résolution de l’Institut de droit international du 4 septembre 2021 sur *Droits de la personne humaine et droit international privé*.

l'État d'origine<sup>3</sup>. Cette méthode distingue ainsi la création du rapport juridique, soumise à la méthode du conflit de lois, et ses effets, soumis à la méthode de reconnaissance.

3. Un régime de reconnaissance n'écarte pas nécessairement la règle de conflit de lois du for<sup>4</sup>. Il affecte essentiellement la mise en œuvre de cette règle. Celle-ci ne peut pas avoir pour résultat d'appliquer une règle matérielle sans tenir compte de droits constitués en vertu de règles matérielles désignées par une règle étrangère de conflit de lois<sup>5</sup>. Cependant, dans le contexte de la nouvelle approche, cette règle de conflit n'aurait plus vocation à régir un rapport de droit constitué hors de l'État du for, sans exclure nécessairement que le for ait à appliquer une règle de conflit de l'État de constitution.

4. La présence d'une disposition générale dans un code européen aurait un double objet utile. D'une part, elle élargirait l'incidence de l'obligation de reconnaissance à ses effets civils et non seulement migratoires. D'autre part, elle permettrait au législateur d'encadrer les conditions d'application d'une obligation de reconnaissance, que le droit désigné par la règle de conflit soit celui d'un État étranger ou du for, y compris par l'effet de l'exception d'ordre public.

Par ailleurs, un régime de reconnaissance pourrait également viser la reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère<sup>6</sup>. En effet, l'appréciation des motifs de refus dans ce contexte doit aussi tenir compte de l'exercice de droits fondamentaux résultant d'une décision rendue à l'étranger. Le cas échéant, une telle extension pourrait être formulée par l'ajout d'un paragraphe aux modèles proposés.

Les conditions d'une obligation générale de reconnaissance semblent ne pas devoir différer sensiblement selon qu'on la situe dans le contexte du respect de libertés ou droits fondamentaux ou dans celui d'une règle générale de reconnaissance des situations en matière civile.

Les trois modèles proposés comme des formulations possibles d'une obligation de reconnaissance s'inspirent de deux catégories de précédents puisés à chacun de ces contextes. Le premier formalise un régime basé sur le respect de libertés et droit fondamentaux, principalement dans le contexte européen. Le deuxième et le troisième relèvent de la nouvelle méthode générale de la reconnaissance des situations en matière civile. Cependant, le modèle 2 présente une alternative intermédiaire, en

---

<sup>3</sup> Sur la nouvelle méthode de reconnaissance des situations, voy. de manière générale : P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Pedone, 2013 ; « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, 2014, vol. 371, 9-42.

<sup>4</sup> 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'État d'accueil (à propos des personnes morales, arrêt *Polbud* du 25 octobre 2017, C-106/16). 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'État d'accueil au rapport juridique constitué à l'étranger (arrêts *Wagner et Mennesson*).

<sup>5</sup> Dans le contexte de la CEDH, l'arrêt *Mennesson* appelle 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.

<sup>6</sup> La création du statut en cause peut résulter d'un acte public, tel un acte de l'état civil établissant le nom (par ex. affaire *Grunkin & Paul*), mais pas nécessairement. L'affaire *Garcia Avello* (arrêt du 2 octobre 2003, C-148/02) 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* (arrêt du 2 juin 2016, C-438/14), le requérant allemand avait acquis la nationalité britannique au cours d'une période de résidence professionnelle au Royaume-Uni et fait enregistrer une 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*, arrêt du 22 décembre 2010, C-208/09 ; par analogie, affaire *Wagner*).

établissant, comme le premier, une exception et en explicitant un objectif précis de respect des attentes légitimes des parties, à la lumière de certains travaux de codifications (Pays-Bas, projet français).

Le cas échéant, d'autres alternatives sont encore envisageables dans la partie générale d'un code européen. Par exemple, une référence au respect des libertés et droits fondamentaux peut figurer comme élément d'appréciation de l'exception d'ordre public ou d'une éventuelle clause d'exception.

## **II. Conditions de reconnaissance d'un statut de la personne physique ou d'un rapport juridique en lien avec une liberté ou droit fondamental consacré par les instruments européens**

5. En droit de l'Union, les implications les plus explicites d'une obligation de reconnaissance issue de la jurisprudence affectent les conditions d'acquisition d'un statut civil<sup>7</sup> par une personne physique, à propos de litiges liés à l'exercice de la liberté de circulation et de séjour du citoyen européen établie par l'article 21 du Traité FUE. Dans le domaine d'application de ce traité, la Charte consacre divers droits de la personne, en particulier le respect de la vie privée et familiale (art. 7), le droit de se marier (art. 8), le droit de propriété (art. 17), le droit de l'enfant au respect de son intérêt supérieur (art. 24), la liberté de circulation et de séjour du citoyen (art. 45) et le droit à un recours effectif (art. 47). Par ailleurs, dans le champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme, la personne s'est vue reconnaître la protection d'une vie familiale effective (art. 8), constituée valablement à l'étranger<sup>8</sup>. Le droit international aussi paraît impliquer l'exigence de reconnaître un statut personnel établi à l'étranger sans avoir égard à la règle de conflit de lois du for<sup>9</sup>.

Le domaine spatial d'un régime européen de reconnaissance ne devrait pas se limiter aux situations entrant dans celui des libertés de circulation du droit de l'Union<sup>10</sup>. En effet, l'applicabilité universelle de la règle de conflit de lois du for, qui fait partie du droit international privé général – notamment conventionnel – et que consacrent les règlements européens, suppose que cette règle régit toute situation pourvue d'un élément d'extranéité, même en cas de rattachement avec un pays tiers. De plus, lorsqu'une disposition établie par le législateur de l'Union dans le domaine de ses compétences<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> La notion de « situation juridique » utilisée par la doctrine dans le contexte de la méthode de la reconnaissance est ambivalente. 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.

<sup>8</sup> Arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 28 juin 2007, n° 76240/01 ; arrêt *Menesson c. France* du 26 juin 2014, n° 65192/11.

<sup>9</sup> Résolution de l'Institut, art. 10. Celle-ci évoque aussi l'exigence de respect de droits de propriété valablement acquis à l'étranger (art. 18).

<sup>10</sup> Les libertés de circulation établies par le Traité FUE visent, respectivement, toute marchandise originaire dans un autre État membre, ou en provenance d'un État tiers commercialisée dans un État membre (arrêt *Commission c. Rép. tchèque* du 22 septembre 2016), ou tout service offert dans un État membre par un prestataire établi dans un autre État membre (art. 56 TFUE), ou toute personne, physique ou morale, ressortissante d'un État membre, voulant s'établir dans un autre État membre (art. 49 TFUE), ou encore tout travailleur ressortissant d'un État membre accédant à ou appartenant au marché de l'emploi d'un autre État membre (art. 45 TFUE). Il en va de même d'un citoyen de l'Union exerçant un droit de séjour dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité (art. 21 TFUE et dir. 2004/38), ou dans cet État après avoir exercé un droit de séjour dans un autre État membre (arrêt *Coman*).

<sup>11</sup> 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). Appliquée au domaine couvert par le règlement Bruxelles *Ibis* dans l'avis précité, cette extension est revendiquée désormais par l'Union dans les

affecte l'exercice d'un droit ou liberté reconnu par la Charte de l'Union, celui-ci reçoit le sens et la portée de celui conféré par la CEDH (art. 52 Charte). Or, celle-ci porte également sur une situation constituée dans un pays non contractant<sup>12</sup>.

6. L'obligation de reconnaissance n'est pas absolue, que ce soit en vertu du droit de l'Union<sup>13</sup>, de l'article 8 CEDH<sup>14</sup> ou du droit international<sup>15</sup> : la reconnaissance peut être refusée pour un motif légitime d'intérêt général, dans le respect du principe de proportionnalité<sup>16</sup>. Toutefois, les modalités d'un refus devraient faire l'objet d'un encadrement qui garantisse la sécurité juridique et respecte les prévisions légitimes des parties.

Concrètement, l'encadrement des conditions de reconnaissance pourrait reposer – de manière similaire aux décisions judiciaires étrangères – sur une liste de motifs de refus, fondés, en particulier,

---

matières couvertes par des règlements européens de droit international privé, tantôt pour la participation à la Conférence de La Haye, tantôt à propos de la compétence des États membres de conclure encore des traités bilatéraux.

<sup>12</sup> Dans le cadre de la CEDH, voy. les arrêts *Wagner, Henry Kismoun* (5 décembre 2013, n° 32265/10) et *Negrepontis* (3 mai 2011, n° 56759/08). Il est vrai qu'il y a encore lieu de tenir compte de la limitation de la portée de la Charte au « domaine du droit de l'Union » (art. 51 ; 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*).

<sup>13</sup> Dans le contexte de la reconnaissance mutuelle, au départ de l'arrêt *Cassis de Dijon* du 20 février 1979, 120/78, voy. 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. En matière de citoyenneté, ses premières applications ont porté sur la reconnaissance dans l'État d'accueil d'un nom enregistré valablement dans un autre État membre de résidence ou de nationalité de la personne (arrêts *Garcia Avello* du 2 octobre 2003, C-148/02, et *Grunkin & Paul* du 14 octobre 2008, C-353/06). Dans le domaine du droit d'établissement des personnes morales, la reconnaissance est due en principe à une personne morale constituée en vertu du droit d'un autre État membre (arrêts *Centros* du 9 mars 1999, C-212/97, et *Inspire Art* du 30 septembre 2003, C-167/01), autant qu'à sa capacité d'agir en justice (arrêt *Überseering*).

<sup>14</sup> Selon l'arrêt *C. c. France* de la Cour EDH du 19 novembre 2019, n° 1462/18, § 53, il n'y a pas « d'obligation générale de reconnaissance *ab initio* », à propos de la parentalité d'une mère d'intention.

<sup>15</sup> La Résolution de l'Institut évoque l'ordre public de l'État requis, pourvu que l'appréciation tienne compte des droits de la personne humaine (art. 8).

<sup>16</sup> Ce contrôle comprend l'examen de l'aptitude d'une mesure restrictive 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'État d'origine et d'accueil (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 civile, voy. les arrêts *Arblade* du 23 novembre 1999, C-369/96, et *Mazzoleni* du 15 mars 2001, C-165/98). Ainsi, en matière de nom ou de mariage, ne remplit pas le test d'aptitude la mesure inefficace, car contredite par d'autres dispositions nationales (arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin & Paul*), ou la mesure ne correspondant pas au but invoqué (arrêt *Coman* : l'État invoque l'ordre public de la famille, mais celui-ci n'est pas affecté par la problématique migratoire). De même, en matière contractuelle ou de sociétés, 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 matériel : le test de nécessité concrétisé par un examen de droit comparé connaît plusieurs illustrations en matière de contrats (détachement de travailleurs avant le contexte de la dir. 96/71 : arrêts *Arblade* et *Mazzoleni*) ou de sociétés (arrêt *Polbud*) ; il semble moins systématique en droit familial, quoique l'arrêt *Garcia Avello* par exemple évoque les avantages comparatifs du système du double nom (droit espagnol) sur celui du nom patronymique (droit belge).

sur l'ordre public<sup>17</sup> et sur un abus de droit<sup>18</sup> – ou sur une fraude à la loi au sens du droit international privé<sup>19</sup>. Par ailleurs, une condition de proximité avec l'État d'origine constitue une constante du régime de la reconnaissance, selon le droit de l'Union<sup>20</sup> autant que selon l'article 8 CEDH<sup>21</sup> ou la Résolution de l'Institut de droit international<sup>22</sup>. Il en va de même en droit international privé comparé ou conventionnel<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Arrêt *Sayn-Wittgenstein*. En matière familiale, ce motif de refus peut être mis en lien avec la notion d'identité nationale, protégée par l'art. 4.2 TUE, pourvu toutefois que la menace en cause soit suffisamment grave et réelle, affectant un intérêt fondamental de la société (arrêts *Coman* et *Pancharevo*). Ce n'est pas le cas, en matière de mariage ou de parentalité lorsque la reconnaissance est demandée à des fins de circulation. En effet, l'État « n'est pas obligé [...] de prévoir, dans son droit national, la parentalité de personnes de même sexe ou de reconnaître, à des fins autres que l'exercice des droits que cet enfant tire du droit de l'Union, le lien de filiation entre ledit enfant et les personnes mentionnées comme étant les parents de celui-ci dans l'acte de naissance établi par les autorités de l'État membre d'accueil » (arrêt *Pancharevo*, § 57, citant par analogie l'arrêt *Coman*, §§ 45-46).

<sup>18</sup> En droit de l'Union, selon l'arrêt *Bogendorff von Wolffersdorff*, § 57, citant l'arrêt *Centros*, l'État 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.

<sup>19</sup> Dans la jurisprudence de la Cour EDH, voy. notamment : arrêt *Wagner* ; arrêt *Orlandi c. Italie* du 14 décembre 2017, n° 26431/12 ea.

<sup>20</sup> La Cour de justice prend en considération, à propos du statut acquis par une personne physique, la circonstance que celle-ci avait une résidence habituelle dans l'État membre de constitution du statut, ou qu'elle avait la nationalité de cet État : 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*). Sur le cas d'un binational : arrêt *Garcia Avello*. Pour les personnes morales, la personnalité juridique peut avoir été acquise sans d'autres exigences que celles prévues par le droit de l'État membre dont elle est ressortissante au sens de l'article 54 TFUE, fût-ce du fait de l'inscription dans un registre public. À cet égard cependant, la nationalité d'un État membre peut avoir été acquise sans lien d'effectivité, que ce soit pour une personne physique (arrêt *Zhu & Chen*, 19 octobre 2004, C-200/02 ; comp. affaire *Freitag*, C-541/15, 8 juin 2017, où la personne peut se prévaloir d'une nationalité de naissance sans résidence actuelle) ou une personne morale (arrêts *Centros* et *Inspire Art*). Comp. pourtant, pour les sociétés, une exigence d'implantation réelle dans l'arrêt *AGET Iraklis* du 21 décembre 2016, C-201/15 : la liberté d'établissement suppose une telle implantation de la société dans l'État d'accueil et l'exercice d'activités économiques effectives (rappelant l'arrêt *VALE Epitesi*). De même, l'arrêt *Polbud* admet l'application de lois impératives de l'État membre de sortie lorsque l'entreprise continue d'exercer des activités sur le territoire après transfert de son siège.

<sup>21</sup> Elle paraît inhérente à l'appréciation d'une vie familiale effective ou d'une manœuvre de contournement, par exemple 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*). Elle peut aussi contribuer à la preuve de l'existence éventuelle d'une fraude à la loi, contre laquelle l'État requis peut se préserver (*infra*, point 7).

<sup>22</sup> Art. 10 (statut personnel) : condition d'un « lien suffisant » avec l'État d'origine. Cette condition y semble cependant absente en matière de nom (art. 11) – à la différence du droit de l'Union.

<sup>23</sup> Cette tendance à admettre une condition de validité du statut selon la loi de résidence habituelle ou de nationalité d'une des parties au rapport juridique 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.

7. L'appréciation de l'ordre public ou d'un abus de droit doit tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, tout en assurant un juste équilibre des intérêts en présence dans le respect des droits fondamentaux<sup>24</sup>. Notamment, en droit européen, la reconnaissance ne peut pas être refusée du seul fait d'un choix de la loi la plus favorable<sup>25</sup>, ni sans un examen préalable du degré d'équivalence du statut en cause avec une institution correspondante du droit du for<sup>26</sup>. De même, cette appréciation pourrait prendre en considération l'absence de consolidation du statut à l'étranger<sup>27</sup>, ainsi que l'absence de rattachement de proximité de la situation personnelle ou familiale avec l'État dans lequel le statut a été constitué.

8. En cas de refus de reconnaissance, le juge saisi devrait examiner, lors de l'application résiduelle du droit désigné par le système du for, si l'exercice effectif de la liberté ou droit fondamental peut être assuré en l'espèce par une institution juridique de ce droit ayant un effet équivalent à celui de l'institution qui a permis la constitution du rapport juridique à l'étranger, à la lumière de la portée de l'article 8 CEDH<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> L'ordre public « international » constitue bien un élément d'appréciation de l'exception générale d'ordre public. Voy. en ce sens la résolution de l'Institut de droit international, art. 8, 10, 11, 14 ; en matière de mariage d'enfants est formulée une règle matérielle d'ordre public (art. 13). Voy. aussi, à propos de la reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère, l'arrêt *Krombach* du 28 mars 2000, C-7/98, et, à propos des conditions de réparation d'un dommage causé par un comportement contraire au droit européen de la concurrence (art. 101 et 102), l'arrêt *Eco Swiss China Time* du 1<sup>er</sup> juin 1999, C-126/97.

<sup>25</sup> 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'État 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'État 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'État membre d'accueil

<sup>26</sup> Cette exigence-ci est inhérente au contrôle de nécessité comme condition de proportionnalité. 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.).

<sup>27</sup> L'arrêt *Coman* prend soin d'évoquer la circonstance d'une « vie familiale consolidée » dans un autre État membre (§ 27). 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).

<sup>28</sup> Voy. notamment l'arrêt *Mennesson*. Comp. par analogie la résolution de l'Institut de droit international, à propos de la protection de la propriété en présence d'un conflit mobile : en cas de perte de droits acquis à l'étranger du fait d'un « changement de la loi applicable, [...] l'État du for doit, dans la mesure du possible, accorder à leurs titulaires un droit équivalent » (art. 18).

9. De manière synthétique, ces conditions peuvent se résumer comme suit, pour le droit de l'Union et de la CEDH<sup>29 30</sup> :

- *Un citoyen de l'Union européenne peut invoquer la reconnaissance d'un statut acquis valablement dans un autre État membre (droit UE), ou plus généralement (CEDH) une personne sous la juridiction d'un État membre peut invoquer un tel statut acquis dans un pays tiers (l'État d'origine), en vue d'assurer l'exercice effectif d'une liberté ou d'un droit fondamental dans le domaine d'application, respectivement, du droit de l'Union ou de la Convention européenne des droits de l'homme ;*
- *Le statut doit avoir été acquis en conformité avec le droit international privé de l'État d'origine ;*
- *Le régime de reconnaissance n'empêche pas en soi l'application de la règle de conflit de lois du for, tout en affectant le résultat de sa mise en œuvre lorsqu'elle conduit à la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental ;*
- *La reconnaissance n'est assurée que, en vertu du droit de l'Union, si le citoyen résidait effectivement dans l'État membre d'origine ou, en vertu de la CEDH, en cas de vie privée ou familiale effective dans l'État d'origine ;*
- *L'obligation de reconnaissance est sans préjudice de l'exception d'ordre public, de fraude à la loi ou d'abus de droit excluant un attente légitime des parties ;*
- *Les motifs de non-reconnaissance sont appréciés en fonction de l'ensemble des circonstances de la situation ;*
- *le cas échéant, lors de l'application du droit désigné en vertu de la règle de conflit du for, il y a lieu de rechercher une institution équivalente à celle qui a permis de créer le statut à l'étranger ou d'adapter ce droit de manière à assurer l'exercice effectif de la liberté ou du droit fondamental en cause.*

### **III. Conditions d'un régime général de reconnaissance d'une situation ou rapport juridique constitué à l'étranger**

10. Un régime général de reconnaissance de toute situation constituée valablement à l'étranger, dans un État membre de l'Union ou dans un État tiers, peut également se concevoir, sur base de certains textes législatifs ou d'une approche proposée par la doctrine. Il ne se limite pas au contexte du respect

---

<sup>29</sup> Au terme de l'analyse de S. PFEIFF (précitée note 1) en droit de l'Union, la méthode européenne de reconnaissance se résume comme suit : l'obligation de reconnaissance porte sur un statut de la personne constitué par un acte public dressé dans un État membre ; la validité du statut s'apprécie en fonction de la règle de conflit de lois de l'État membre d'origine, mais les effets du statut relèvent de la règle de conflit du for ; le seul motif de refus est celui de l'incompatibilité avec l'ordre public du for.

<sup>30</sup> Selon l'analyse A. PANET-MARRE (précitée note 1), le droit de l'Union implique une logique de reconnaissance du statut personnel qui agit sur le résultat de la règle de conflit de lois. Au nom de la prévisibilité des solutions, la reconnaissance doit faire l'objet d'un encadrement distinguant l'objet de la reconnaissance et les motifs de non-reconnaissance. Quant à l'objet, plusieurs conditions positives s'imposent en lien avec la prévision légitime des parties, à savoir (1) une cristallisation de la situation par une intervention constitutive ou réceptive d'une autorité publique, (2) une constitution valable dans l'État d'origine, au double regard de la loi applicable d'après le droit d'origine et de la compétence de l'autorité d'après ce droit, et (3) l'existence de liens suffisants de la situation avec l'État d'origine. Quant aux motifs de refus, peuvent être invoqués l'ordre public et la fraude à la loi dans le respect des exigences des Cours européennes.

de libertés et droits fondamentaux, mais couvre l'ensemble de la matière civile en lien avec les objectifs généraux du droit international privé dans un monde globalisé. Cependant, ses modalités devraient être définies avec une précision suffisante pour garantir la prévisibilité des solutions.

11. Plusieurs propositions récentes de codification – projets Lagarde (2011, 2014), résolution de l'Institut de droit international (2021), projet de code français (2022) – et précédemment le nouveau Code civil des Pays-Bas (art. 9 du Livre 10) – formulent les conditions de reconnaissance d'une « situation », en dehors d'un contexte strictement européen, avec certaines constantes, à savoir :

- *non-application de la règle de conflit du for ;*
- *lien suffisant avec l'État d'origine ;*
- *crystallisation par un acte public (Lagarde 2011, projet français)*
- *conformité avec le droit de l'État d'origine (sauf Lagarde 2014, et sauf IDI) ;*
- *non-contrariété avec l'ordre public, parfois avec des règles d'ordre public matériel dans des matières particulières (résolution IDI, projet français) ;*
- *appréciation des intérêts (résolution IDI) ou de prévisions légitimes (projet français) ou d'une situation effective (Lagarde 2014)*
- *rarement évocation de la fraude à la loi (projet français).*

La conformité avec la loi d'origine est formulée diversement : référence à une constitution « valable » dans l'État étranger – mais « quelle que soit la loi appliquée » (Lagarde 2011) – ; référence à un lien « avec l'État dont la loi a été appliquée » (résolution IDI) ; référence à la « conformité au droit » de l'État étranger (projet français) ou au « droit international privé » étranger (Code néerlandais).

La formulation de l'obligation de reconnaissance est tantôt positive (Lagarde, IDI), sous l'énoncé d'un principe, tantôt négative, sous l'énoncé d'une exception (Code néerlandais, projet français).

12. Les modèles 2 et 3 expriment la nouvelle méthode de reconnaissance, sur base du projet Lagarde (2011).

Cependant, ils en diffèrent par les éléments suivants :

- pas de limitation à une constitution dans un État membre ;
- une condition de cristallisation dans un acte public n'apparaît pas dans le modèle 2 (conformément à Lagarde 2014), mais bien dans le modèle 3 – comme dans le projet français –, toutefois entre crochets.

Ils ajoutent, aux fins d'encadrement, des critères d'appréciation empruntés au modèle 1, celui-ci étant basé sur la jurisprudence des Cours européennes.

13. La résolution de l'Institut (2021) semble de nature hybride, empruntant au modèle européen (UE/CEDH) autant qu'à la nouvelle méthode de reconnaissance.

Elle vise le statut personnel et est centrée sur des droits fondamentaux quasiment européens (référence au « respect du droit à la vie familiale et à la vie privée », au sens de la Charte UE et la CEDH), comme le fait le modèle 1.



Elle exprime sous une forme positive une « exigence de reconnaissance », comme le projet Lagarde – que l’on retrouve d’ailleurs déjà dans une « obligation » de reconnaissance établie par la Cour de justice en matière migratoire.

Elle admet, comme le modèle 1 – et l’approche de Lagarde – une forme de contrôle de la loi appliquée dans l’État d’origine. Mais en posant comme condition un lien avec l’État dont la loi a été appliquée dans l’État de constitution, elle introduit plutôt une forme de contrôle de la loi applicable basé sur un critère de proximité posé par le système du for<sup>31</sup>.

Aucune condition de cristallisation par un acte public ou de consolidation par l’exercice effectif des droits en cause n’apparaît dans la résolution. La seconde peut cependant découler de la référence à la notion de respect du droit à la vie familiale.

#### 14. Le modèle 2 est intermédiaire entre les modèles 1 et 3.

Comme le modèle 3, il a pour domaine l’ensemble de la matière civile et il exclut un contrôle de validité selon la règle de conflit du for que maintient le modèle 1. Cependant, à la différence du modèle 3 et à l’exemple du modèle 1, il présente l’obligation de reconnaissance comme une exception. Par ailleurs, il attribue au régime de reconnaissance un objectif spécifique de respect des attentes légitimes des parties, comme le fait le modèle néerlandais.

15. Sous l’angle de la matière visée, une distinction apparaît entre le modèle 1 d’une part, et les modèles 2 et 3 d’autre part. Alors que ceux-ci visent l’ensemble du droit privé, le premier, au sein de ce droit, ne couvre que la problématique des libertés et droits fondamentaux. La prise en compte de libertés ou droits fondamentaux ne constitue pas un élément du domaine de la reconnaissance dans les modèles 2 et 3. Cependant, elle y figure pratiquement comme une condition d’appréciation de motifs de non-reconnaissance ; dans le modèle 1, ces conditions d’appréciation sont inhérentes au contrôle d’une entrave à de tels droits et libertés selon la jurisprudence européenne.

16. Autre chose encore est de mesurer les difficultés de mise en œuvre d’un régime de reconnaissance à l’ensemble de la matière civile (modèles 2 et 3), comprenant le droit des biens, des obligations, des personnes morales. Une référence au droit de tout État dans lequel un fait ou un acte a été établi en conformité avec ce droit pourrait être problématique, en termes de prévisibilité des solutions, voire de politique réglementaire. Par ailleurs, la prise en compte des exigences du commerce international, en équilibre avec d’autres intérêts publics, peut être recherchée par un autre moyen, dans la formulation des règles de conflit de lois propres à ces matières, notamment par le biais de l’autonomie de la volonté. De plus, un obstacle à la reconnaissance d’un rapport juridique constitué en vertu du droit étranger, imputable à l’application d’une loi impérative du for, peut être encadré par un contrôle de proportionnalité, prenant en compte le degré d’équivalence entre les lois en conflit<sup>32</sup>.

17. En particulier, concernant le statut des personnes morales en droit de l’Union, la jurisprudence a déduit de la liberté d’établissement l’obligation pour les États membres d’écarter l’application d’une disposition impérative faisant obstacle à l’application du droit de l’État membre de constitution, en restreignant un transfert de siège par l’exigence d’une dissolution préalable<sup>33</sup>, ou en soumettant la

---

<sup>31</sup> Dans la formulation de l’IDI, la vérification de la loi appliquée dans l’État d’origine a pour but d’examiner si l’État dont la loi a ainsi été désignée présente un lien suffisant avec la situation. La condition porte donc moins sur la validité juridique du rapport juridique en cause, que sur l’existence d’une proximité.

<sup>32</sup> Voy. les lignes directrices sur les lois de police.

<sup>33</sup> Par ex. : arrêt *Polbud* (entrave à la sortie) ; arrêt *Cartesio* du 16 décembre 2008, C-210/06 (entrave à la sortie) ; arrêt *VALE Epitesi* du 15 décembre 2011, C-378/10 (entrave à l’entrée).

création d'un établissement secondaire au droit local des sociétés<sup>34</sup>, ou en soumettant la capacité d'une personne morale étrangère à l'application de conditions de constitution plus strictes que celles de l'État d'origine<sup>35</sup>.

L'extension d'une obligation de reconnaissance au statut d'une personne morale constitué à l'étranger peut être problématique en cas de constitution dans un État tiers, alors qu'une telle obligation a été établie par la jurisprudence en lien avec les spécificités du droit d'établissement consacré par le Traité FUE et est invocable uniquement par les personnes morales ressortissantes d'un État membre. Un tel élargissement peut créer un risque de perte de contrôle réglementaire de l'État requis sur une société constituée en vertu du droit de tout État tiers, n'offrant pas de garanties équivalentes à celles des lois des États membres, en particulier lorsque celles-ci ont été harmonisées par voie de directives. Cependant, le motif de refus tiré d'un abus de droit ou de fraude à la loi pourrait s'opposer à la reconnaissance en cas de montage purement artificiel, après une appréciation des circonstances. De plus, une disposition particulière pourrait réserver l'application de lois de police de l'État sur le territoire duquel la personne morale a son administration centrale ou exerce ses activités économiques<sup>36</sup>.

À tout le moins, la reconnaissance de la personnalité morale au sens strict, qui porterait sur l'existence d'un sujet de droit capable, par exemple, d'ester en justice pour faire valoir ses droits, pourrait être élargie aux personnes morales ressortissantes de pays tiers, sans affecter la désignation de la loi applicable au fonctionnement et à la dissolution de la personne morale<sup>37</sup>.

18. Au cas où la perspective d'une disposition générale sur la reconnaissance ne serait pas retenue en dehors du statut d'une personne physique, une telle disposition pourrait trouver sa place parmi les dispositions – d'un code ou d'un règlement spécial – propres à ce statut.

Une exigence générale de reconnaissance, couvrant la matière civile, pourrait encore être formulée comme élément d'appréciation de l'exception d'ordre public (à l'exemple de l'article 8 de la Résolution de l'Institut) ou d'une éventuelle clause générale d'exception (à l'exemple de l'article 9 NBW néerlandais ou de l'article 19 du code belge), en vue de la prise en compte du respect des libertés et droits fondamentaux – sans exclure d'autres droits que ceux liés au statut personnel, tel le droit de propriété.

\*

## ANNEXE AUX ORIENTATIONS CONCERNANT UNE RÈGLE DE RECONNAISSANCE

### Dispositions nationales, européennes et internationales fondées sur la reconnaissance

---

<sup>34</sup> Arrêt *Centros* du 9 mars 1999, C-212/97 ; arrêt *Inspire Art* du 30 septembre 2003, C-167/01.

<sup>35</sup> Arrêt *Überseering* du 5 novembre 2002, C-208/00.

<sup>36</sup> Un règlement portant spécialement sur les personnes morales pourrait préciser les conditions de reconnaissance. Dans ses travaux consacrés au droit applicable aux personnes morales, le Groupe a consacré un rattachement de principe au droit de l'État de constitution (réunion de Milan, 2016).

<sup>37</sup> Voy. une formule significative de dépeçage du statut de la personne morale, distinguant l'existence de la personnalité et la capacité d'une part, et la validité, fonctionnement, dissolution, d'autre part, dans le projet français (art. 85 et 86), non sans toutefois soumettre les unes et les autres à la même loi du siège statutaire / pays d'immatriculation.

## de droits établis à l'étranger

### RÈGLES GÉNÉRALES

LAGARDE (Gedip 2011 ; colloque de Toulouse, in Fallon, Lagarde & Poillot-Peruzzetto, Quelle architecture..., p. 375) :

Art. 145. – Une **situation juridique valablement constituée** dans un État membre et **formalisée dans un acte public** est reconnue dans les autres États membres, quelle que soit la loi appliquée à sa constitution.

Art. 146. - 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.

FRA – Projet 2021 – art. 2, al. 3 :

Exceptionnellement, une situation établie dans un État étranger, **conformément au droit de cet État**, avec lequel cette situation présentait **des liens étroits** au moment de son établissement, peut être reconnue en France, afin de respecter les **prévisions légitimes** des parties, et sous réserve de sa conformité à **l'ordre public international et européen**.

INSTITUT (2021) – Art. 10

Le respect du droit à la vie familiale et à la vie privée exige la **reconnaissance d'un statut personnel établi dans un État étranger** à condition que la personne concernée ait eu un **lien suffisant** avec l'État d'origine, conformément à l'article 3, paragraphe premier – [exigence d'un lien substantiel pour fonder la compétence] –, ainsi qu'avec l'État dont la loi a été appliquée, et qu'il n'y ait pas de violation manifeste de **l'ordre public** international de l'État requis, dans le respect de l'article 8.

NB : outre cette disposition générale, la résolution comporte une règle de reconnaissance en matière de nom (infra), ainsi que des règles matérielles spéciales d'ordre public (identité, mariage, filiation, adoption, protection de personnes vulnérables), outre des dispositions sur la protection de la propriété privée (droits acquis à l'étranger, art. 18) et sur la RSE (art. 19).

FRA – Projet 2022 – art. 5

**Exceptionnellement**, une situation constituée ou constatée dans un **acte public dressé à l'étranger**, **conformément au droit de cet État**, avec lequel cette situation présentait des **liens étroits** au moment de son établissement, peut être reconnue en France, afin de respecter les **prévisions légitimes** des parties, et sous réserve de sa conformité à **l'ordre public** international.

NED – Art. 9 Livre 10 NBW :

**Lorsque des effets juridiques sont attachés à un fait par un État étranger concerné en application de la loi désignée par son droit international privé, ces mêmes effets peuvent être reconnus à ce fait aux Pays-Bas, même par dérogation à la loi applicable en vertu du droit international privé néerlandais, dans la mesure où le refus de reconnaître de tels effets constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique.**

BEL – 19 Codip (clause d'exception)

§ 1<sup>er</sup>. Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre État. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre État.

Lors de l'application de l'alinéa 1<sup>er</sup>, il est tenu compte notamment :

- du besoin de prévisibilité du droit applicable, et
- **de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des États avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement.**

ITAL – 65 LDIP (reconnaissance des jugements) :

Ont effet en Italie les décisions étrangères relatives à la **capacité des personnes ainsi qu'à l'existence des rapports de famille et des droits de la personnalité**, lorsqu'elles ont été prononcées par les **autorités de l'État dont la loi est désignée** par les dispositions de la présente loi ou lorsqu'elles **produisent effet dans l'ordre juridique de cet Etat** quoique prononcées par les autorités d'un État tiers, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et qu'aient été respectés les droits essentiels de la défense.

MEEUSEN (YPIL 2021) : formules basées sur la jurisprudence :

“Union citizens’ right to intra-Union cross-border mobility obliges the Member States to **recognize the civil status** that the **Union citizen** obtained **in another Member State**, irrespective of the conflicts rules of the host Member State.” (p. 13).

“**Public policy** may be relied on only if there is ‘a genuine and sufficiently serious threat to a **fundamental interest** of society’” (p. 16, referring to Sayn-Wittgenstein § 86).

Particular weight is granted “to the Member State’s public interests involved in view of their **constitutional foundations**” (p. 19), probably when “there is a nationality link” with the State (p. 18).

Considering that Art. 67.1° TFEU characterizes the AFSJ as one “with respect for fundamental rights and the different legal systems and traditions of the Member States”, as a reference “to **legal diversity**, combined with the required protection of the fundamental rights of the individuals concerned”, there is “as a duty for the Member States to **respect the legal rules and traditions of the other Member States**” (p. 25).

There is an “**understanding** of the EU and its legal system as an area in which the rights of migrant citizens, who **rely on a particular civil status that they have legally acquired in another Member State**, enjoy strong protection in the other Member States (though limited of course to the rights granted under EU law)” (p. 25).

## ÉTAT CIVIL

*Dafeki*, C-336/94 (1994), § 21:

« Les juridictions nationales d’un État membre sont tenues de **respecter les certificats et actes analogues relatifs à l’état des personnes** qui émanent des autorités compétentes des autres États membres, à moins que leur **exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets** se rapportant au cas individuel en cause. »

*Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, C-490/20 (2021) :

§ 46. « [Un document d’identité] doit permettre à un enfant [...] d’exercer son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, garanti à l’article 21, paragraphe 1, TFUE, avec chacune de ses deux mères, dont le **statut en tant que parent de cet enfant a été établi par l’État membre d’accueil de celles-ci lors d’un séjour conforme** à la directive 2004/38. »

§ 49. « [Lorsque les **autorités de l’État membre d’accueil – État de naissance ou de résidence –] ont légalement établi l’existence d’un lien de filiation**, biologique ou juridique » [§ 48], [les] autorités de tout autre État membre, sont **tenues de reconnaître ce lien de filiation** aux fins de permettre [à l’enfant] **d’exercer le droit de circuler** [...]. »

§ 54. « [...] en l’état actuel du droit de l’Union, l’état des personnes, dont relèvent les règles relatives au mariage et à la filiation, est une matière relevant de la compétence des États membres et le droit de l’Union ne porte pas atteinte à cette compétence. Les États membres sont ainsi **libres de prévoir ou non, dans leur droit national, le mariage pour des personnes de même sexe ainsi que la parentalité de ces dernières**. Toutefois, dans l’exercice de cette compétence, chaque État membre doit respecter le droit de l’Union et, en particulier, les dispositions du traité FUE relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l’Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres, en **reconnaissant, à cette fin, l’état des personnes établi dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci** [arrêt Coman, pt. 36-38] ».

§ 56. « [L’**obligation**] pour un État membre, d’une part, de délivrer à un enfant, ressortissant de cet État membre, qui est né dans un autre État membre et dont l’acte de naissance délivré par les autorités de cet autre État membre désigne comme ses parents deux personnes de même sexe, une carte d’identité ou un passeport et, d’autre part, **de reconnaître le lien de filiation** entre cet enfant et chacune de ces deux personnes **dans le cadre de l’exercice par celui-ci de ses droits au titre de l’article 21** TFUE et des actes de droit dérivé qui y sont relatifs, ne **méconnaît pas l’identité nationale ni ne menace l’ordre public** de cet État membre. »

§ 57. « En effet, une telle **obligation n’implique pas**, pour l’État membre dont l’enfant concerné est ressortissant, **de prévoir, dans son droit national, la parentalité de personnes de même sexe ou de reconnaître, à des fins autres que l’exercice des droits que cet enfant tire du droit de l’Union, le lien de filiation** entre ledit enfant et les personnes mentionnées comme étant les parents de celui-ci dans

l'acte de naissance établi par les autorités de l'État membre d'accueil (voir, par analogie, arrêt du 5 juin 2018, Coman [...]) ».

§ 62. [...] la **relation de l'enfant** concerné avec chacune des deux personnes avec lesquelles il mène une vie familiale effective dans l'État membre d'accueil et qui sont mentionnées comme étant ses parents dans l'acte de naissance établi par les autorités de celui-ci est **protégée à l'article 7 de la Charte.** »

§ 68. [...] un enfant mineur dont la qualité de citoyen de l'Union n'est pas établie et dont **l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes d'un État membre désigne comme ses parents deux personnes de même sexe dont l'une est citoyenne de l'Union** doit être considéré, par l'ensemble des États membres, **comme un descendant direct de cette citoyenne de l'Union**, au sens de la directive 2004/38, pour les besoins de l'exercice des droits conférés à l'article 21, paragraphe 1, TFUE [...]. »

§ 69. [...] s'agissant d'un enfant mineur, citoyen de l'Union dont l'acte de naissance délivré par les autorités compétentes de l'État membre d'accueil désigne comme ses parents deux personnes de même sexe, **l'État membre dont cet enfant est ressortissant est obligé [...] de reconnaître**, à l'instar de tout autre État membre, **le document émanant de l'État membre d'accueil** permettant audit enfant d'exercer, avec chacune de ces deux personnes, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. »

## NOM

Convention CIEC Antalya 2005 (non en vigueur ; signatures : PORT) :

Art. 1 (choix du nom des époux):

En cas de mariage d'une personne ayant la **nationalité d'un État contractant**, la **déclaration faite par les époux** sur le nom qu'ils porteront pendant le mariage ou par l'un d'eux sur le nom qu'il portera pendant le mariage **est reconnue** dans les États contractants si elle est faite dans un État contractant dont **l'un** des époux possède la **nationalité** ou dans l'État contractant de la **résidence habituelle commune** des époux au jour de la déclaration.

Art. 4 (nom de l'enfant) :

1. Le nom attribué dans l'État contractant du **lieu de sa naissance** à un enfant possédant deux ou plusieurs nationalités **est reconnu** dans les autres États contractants si cet État est **l'un de ceux dont cet enfant a la nationalité.**

2. Toutefois, par dérogation au paragraphe précédent, le nom attribué à la demande des parents dans un autre État contractant dont l'enfant a la nationalité est reconnu dans les autres États contractants. Avis de cette attribution est adressé à l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'enfant, pour inscription dans les registres officiels pertinents.

Art. 5 (changement de nom) :

1. **Le changement de nom d'une personne possédant deux ou plusieurs nationalités, intervenu dans un État contractant dont cette personne a la nationalité, est reconnu dans les autres États contractants.** Toutefois, lorsque ce changement est la conséquence d'une décision de justice ayant modifié l'état des personnes, un État contractant peut refuser de reconnaître ce changement de nom s'il ne reconnaît pas cette décision.

2. Le paragraphe précédent ne s'applique pas aux changements de nom résultant d'un mariage, d'un partenariat enregistré, d'une dissolution ou d'une annulation de mariage ou de partenariat enregistré.

Convention Partenariats CIEC (Munich, 2007) :

Art. 5 (nom des partenaires)

1. En cas de partenariat conclu entre personnes dont l'une au moins a la nationalité d'un État contractant, **la déclaration faite par les partenaires sur le nom** qu'ils porteront après l'enregistrement du partenariat ou par l'un d'eux sur le nom qu'il portera après l'enregistrement du partenariat **est reconnue** dans les États contractants si elle est **faite dans un État contractant dont l'un des partenaires possède la nationalité ou dans l'État contractant de la résidence habituelle commune** des partenaires au jour de la déclaration.

2. En cas de dissolution ou d'annulation du partenariat, la déclaration par laquelle le partenaire ou l'ex-partenaire, ressortissant d'un État contractant, reprend un nom qu'il portait antérieurement ou choisit de conserver le nom qu'il portait pendant le partenariat est reconnue dans les États contractants si elle est faite dans l'État contractant ou l'un des États contractants dont ce partenaire ou ex-partenaire a la nationalité ou dans l'État contractant de sa résidence habituelle au jour de la déclaration.

INSTITUT (2021) – Art. 11

Le nom d'une personne **enregistré dans un État en vertu du droit interne applicable doit être reconnu** dans un autre État **sans égard aux règles de conflits de lois** de ce dernier, à moins que le nom ne soit manifestement incompatible avec son **ordre public** international, dans le respect de l'article 8.

HUNG: section 16 LDIP

(1) Regarding the bearing of a name, the individual's personal law or, at his request, Hungarian law shall apply.

(2) Regarding the bearing of his birth name, a person having multiple citizenships may choose the law of any of his citizenships.

(3) Regarding the bearing of the married name, at the parties' joint request, the law of the citizenship of either of the spouses or Hungarian law shall apply. In the absence of a joint request, section 27 applies.

(4) Regarding the bearing of a name, the law of that state based on which the married name came into existence shall apply in the case of the dissolution or the establishment of the invalidity of the marriage.

(5) The birth name as well as the married name of a Hungarian citizen which has been validly registered under the law of another state must be recognised in Hungary if the person concerned having Hungarian citizenship or his spouse is also a citizen of this other state or if the place of habitual residence of the Hungarian citizen concerned is located in that state. A name which violates Hungarian public policy may not be recognised.

BEL – Codip, art. 39

**§ 1. Une décision judiciaire ou administrative étrangère ou un acte dressé par une autorité étrangère, concernant la détermination ou le changement de nom ou de prénoms d'une personne, est reconnu si, outre le respect des conditions visées à l'article 25 dans le cas d'une décision judiciaire et aux articles 18 et 21 dans les autres cas :**

**1° la détermination ou le changement de nom ou de prénoms est conforme au droit, choisi par cette personne, d'un État dont elle a la nationalité au moment de la décision ou de l'acte ; ou**

**2° dans le cas où la décision a été rendue ou l'acte a été dressé dans l'État sur le territoire duquel la personne a sa résidence habituelle, la décision ou l'acte est conforme au droit, choisi par cette personne, d'un État dont elle a la nationalité ou sur le territoire duquel elle réside au moment de la décision ou de l'acte.**

**La personne peut effectuer un choix de la loi applicable visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> devant l'autorité belge au moment de l'inscription dans un registre de la population, un registre consulaire de la population, un registre des étrangers ou un registre d'attente d'une décision ou d'un acte étrangers relatifs au nom et prénoms ou au moment de l'établissement de l'acte belge sur la base de l'acte étranger ou de la décision judiciaire ou administrative étrangère conformément à l'article 68 du Codecivil. La déclaration doit intervenir au plus tard dans les cinq ans qui suivent le prononcé de la décision étrangère ou la rédaction de l'acte relatifs à la détermination ou au changement de nom ou des prénoms. Cette déclaration n'est possible que si le droit de l'État dans lequel la décision a été rendue ou l'acte a été dressé ne prévoit pas cette possibilité de choix.**

**Au sens de ce paragraphe, le droit d'un État s'entend des règles de droit, y compris les règles de droit international privé.**

Si le choix est formulé devant l'officier de l'état civil, celui-ci enregistre la déclaration de choix du droit applicable à titre d'annexe dans la banque de données des actes de l'état civil.

**§ 2. Le recours visé à l'article 27, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, est également applicable en cas de refus de reconnaissance d'une décision administrative étrangère.**

FRA – C. civ.

Art. 61-3-1 (changement de nom et prénoms) *(L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 57-I-1) :*

**Toute personne qui justifie d'un nom inscrit sur le registre de l'état civil d'un autre État peut demander à l'officier de l'état civil dépositaire de son acte de naissance établi en France son changement de nom en vue de porter le nom acquis dans cet autre État. Lorsque la personne est mineure, la déclaration est effectuée conjointement par les deux parents exerçant l'autorité parentale**



ou par le parent exerçant seul l'autorité parentale, avec son consentement personnel si elle a plus de treize ans.

Le changement de nom est autorisé par l'officier de l'état civil, qui le consigne dans le registre de naissance en cours.

**En cas de difficultés, l'officier de l'état civil saisit le procureur de la République, qui peut s'opposer à la demande.** En ce cas, l'intéressé en est avisé.

Saisi dans les mêmes conditions, le procureur de la République du lieu de naissance peut ordonner lui-même le changement de nom.

Le changement de nom acquis dans les conditions fixées aux quatre premiers alinéas s'étend de plein droit aux enfants du bénéficiaire lorsqu'ils ont moins de treize ans.

Art. 311-24-1 (dévolution du nom de famille) *(L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 57) :*

**En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant doit retenir le nom de l'enfant tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger. Toutefois, au moment de la demande de transcription, les parents peuvent opter pour l'application de la loi française pour la détermination du nom de leur enfant, dans les conditions prévues à la présente section.**

FRA – PROJET 2022

Article 41

En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant doit retenir **les nom et prénoms de l'enfant tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger**. Toutefois, au moment de la demande de transcription, les parents peuvent opter pour l'application du droit français pour la détermination du nom de leur enfant.

Article 42, alinéa 2

Les changements de nom ou de prénoms **régulièrement acquis à l'étranger sont reconnus** en France.  
Tapez une équation ici.

SUI – LDIP

Art. 37 (Détermination du nom)

1. Le nom d'une personne domiciliée en Suisse est régi par le droit suisse, celui d'une **personne domiciliée à l'étranger par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'État dans lequel cette personne est domiciliée**.
2. Toutefois, **une personne peut demander que son nom soit régi par son droit national**.

Art. 39 (changement de nom intervenu à l'étranger) :

**Un changement de nom intervenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'État du domicile ou dans l'État national du requérant.**

GERM – 48 EGBGB (trad. DeepL)

1. Si le nom d'une personne est soumis au droit allemand, elle peut, par déclaration au bureau d'état civil, **choisir le nom acquis lors d'une résidence habituelle dans un autre État membre** de l'Union européenne et y (?) inscrite dans un registre d'état civil, à moins que cela ne soit manifestement incompatible avec les **principes fondamentaux du droit allemand**.

2. Le choix du nom a un effet rétroactif à la date de l'inscription au registre de l'état civil de l'autre État membre, sauf si la personne déclare expressément que le choix du nom n'aura d'effet que pour l'avenir.

3. La déclaration doit être certifiée ou authentifiée publiquement.

4. L'article 47, paragraphes 1 et 3, s'applique mutatis mutandis.

NED – Art. 24 Livre 10 NBW (loi du 3 juillet 1989, art. 5a) :

1. **Lorsque le nom ou les prénoms d'une personne ont été enregistrés en dehors des Pays-Bas à sa naissance ou qu'ils ont été modifiés à la suite d'un changement de son état personnel intervenu en dehors des Pays-Bas et que ces nom ou prénoms ont été consignés dans un acte dressé par une autorité compétente conformément aux dispositions locales en vigueur, le nom ou les prénoms ainsi enregistrés ou modifiés sont reconnus aux Pays-Bas. La reconnaissance ne peut être refusée pour cause d'incompatibilité avec l'ordre public au seul motif qu'une autre loi a été appliquée que celle applicable en vertu du présent Titre.**

2. Le paragraphe 1<sup>er</sup> ne porte pas atteinte à l'application de l'article 25.

NB :

Art. 19. Le nom d'un étranger est régi par le droit de sa nationalité, y compris les règles de droit international privé de ce droit. En cas de conflit de nationalités, application de la loi de la nationalité des liens les plus étroits.

Art. 20. Le nom d'un Néerlandais est régi par la loi néerlandaise.

Art. 21. En cas de plurinationalité, la personne peut requérir l'officier de l'état civil de mentionner dans son acte de naissance le nom qu'elle porte conformément au droit d'un État dont elle a la nationalité autre que le droit applicable en vertu de l'art. 1 ou 2.

*Grunkin & Paul*, C-353/06 (2008), § 39 :

Les autorités d'un État membre ont l'obligation « , en appliquant le droit national, [...] de **reconnaître le nom patronymique d'un enfant tel qu'il a été déterminé et enregistré dans un autre État membre où cet enfant est né et réside depuis lors et qui, à l'instar de ses parents, ne possède que la nationalité du premier État membre.** »

*Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14 (2016) :*

« Les autorités d'un État membre ne sont pas tenues de reconnaître le nom d'un ressortissant de [l'État du for] lorsque celui-ci possède également la nationalité d'un autre État membre dans lequel il a acquis ce nom qu'il a librement choisi et qui contient plusieurs éléments nobiliaires, qui ne sont pas admis par le droit du [for], dès lors qu'il est établi [...] qu'un tel **refus de reconnaissance est [...] justifié par des motifs liés à l'ordre public**, en ce qu'il est approprié et nécessaire pour garantir le respect du principe d'égalité en droit de tous les citoyens [de l'État du for] » (§ 84).

Le **refus de reconnaître le nom légalement obtenu à l'étranger** « au seul motif que ce changement de nom répondrait à des raisons de convenance personnelle » doit tenir compte des motifs dudit changement (§ 56), tel un « **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** » (§ 57). En effet, « Un État membre est en droit de prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes du droit de l'Union (arrêt *Centros*, C-212/97, § 24).

« Lors de la mise en balance du droit de libre circulation reconnu aux citoyens de l'Union par l'article 21 TFUE et des intérêts légitimes poursuivis [par l'État du for], doit être pris en compte parmi d'autres éléments lors du contrôle de proportionnalité, **le fait que la personne a exercé le droit de libre circulation** « et possède la double nationalité [du for et étrangère] (§ 81), ainsi que « le fait que le changement de nom considéré repose sur un choix de pure convenance personnelle [de la personne], que la **divergence de noms qui en résulte n'est imputable ni aux circonstances de la naissance de [celle-ci], ni à une adoption, ni à l'acquisition de la nationalité [étrangère]** » (§ 82).

*Freitag, C-541/15 (2017) (changement de nom), § 46 :*

Lors de la mise en œuvre des droits conférés par l'article 21 TFUE en vue de **reconnaître le droit à la reconnaissance du nom acquis dans un autre État membre dont la personne a la nationalité** alors qu'elle réside dans l'État du for (§ 43), l'autorité nationale doit pouvoir retenir comme motif sérieux de changement de nom la circonstance que **la personne « présente avec l'autre État membre dans lequel [elle] a obtenu son nom un lien de rattachement** autre que le séjour habituel, **tel que la nationalité**, afin de permettre la reconnaissance du nom obtenu dans un autre État membre ».

*Henry Kismoun, CEDH, 32265/10 (2013)*

Dans le domaine du changement de nom, « les États contractants jouissent d'une large marge d'appréciation » et il revient aux autorités nationales compétentes de « définir la politique la plus opportune en matière de réglementation de changement des noms », tout en veillant à ne pas enfreindre la Convention lors de l'application de la loi nationale pertinente (§ 28), afin que soit assurée « la jouissance effective des droits garantis » par l'article 8 (§ 29). **Un impératif d'ordre public ne suffit pas à répondre à une demande de « reconnaissance de l'identité [de la personne] construite à l'étranger, à savoir au souhait de « se voir attribuer un seul nom, celui qu'[elle] a utilisé depuis son enfance, afin de mettre fin aux désagréments résultant de ce que l'état civil [du for] et l'état civil [étranger] [la] reconnaissent sous deux identités différentes »** (§ 36). Or, « le nom, en tant

qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société, appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale (*Losonci Rose et Rose c. Suisse*, n° 664/06, § 51, 9 novembre 2010) ». De même, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne souligne « l'importance pour une personne d'avoir un nom unique » (§ 36), de sorte qu'il appartient aux autorités nationales de « prendre en compte l'aspect identitaire » de la demande et de « mettre en balance, avec l'intérêt public en jeu, l'intérêt primordial » de la personne (§ 36), sous peine de violer l'article 8 de la Convention.

## **MARIAGE**

LA HAYE (1978 ; ratif. : LUX, NED)

Art. 2 (célébration – forme) :

Les conditions de forme du mariage sont régies par le droit de l'État de la célébration.

Art. 3 (célébration – conditions) :

Le mariage doit être célébré :

1. lorsque les futurs époux répondent aux conditions de fond prévues par la loi interne de l'État de la célébration, et que **l'un d'eux a la nationalité de cet État ou y réside habituellement** ;  
ou
2. 2. lorsque chacun des futurs époux répond aux conditions de fond prévues par la **loi interne désignée par les règles de conflit de lois de l'État de la célébration**.

Art. 9 (reconnaissance de la validité) :

**Le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'État de la célébration, ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout État contractant sous réserve des dispositions de ce chapitre.**

Est également considéré comme valable le mariage célébré par un agent diplomatique ou un fonctionnaire consulaire conformément à son droit, à condition que cette célébration ne soit pas interdite par l'État de la célébration.

CONVENTION PARTENARIATS CIEC (Munich, 2007 ; ratif. : ESP) :

Art. 2 (validité)

[...] un partenariat enregistré dans un État **est reconnu** comme valide dans les États contractants.

Art. 3 (effets)

[...] les effets en matière d'état civil d'un partenariat enregistré prévus par la loi de l'État dans lequel il a été enregistré et mentionnés aux articles 4 à 6 **sont reconnus** dans les États contractants.

Art. 7 (motifs de refus)

Un État contractant ne peut refuser de reconnaître un partenariat enregistré dans un autre État que pour l'un des motifs suivants :

1. les deux partenaires sont liés par un **degré de parenté ou d'alliance** qui aurait fait obstacle, **selon la loi de l'État requis**, à la conclusion entre eux d'un partenariat ou d'un mariage ;
2. au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, l'un des partenaires était engagé avec une tierce personne dans les liens d'un mariage ou d'un partenariat non dissous ;
3. au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, l'un des partenaires n'avait pas atteint **l'âge minimum exigé selon la loi de l'État requis** pour conclure un partenariat ou, si cet État ne connaît pas l'institution du partenariat, l'âge minimum exigé pour contracter mariage ;
4. au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, l'un des partenaires n'était pas mentalement capable de donner son consentement ou n'avait pas librement consenti au partenariat ;
5. au moment de la déclaration de volonté devant l'autorité compétente, aucun des deux partenaires ne **se rattachait, par la nationalité ou la résidence habituelle**, à l'État du lieu de l'enregistrement ;
6. la reconnaissance du partenariat est manifestement contraire à **l'ordre public** de l'État dans lequel il est invoqué.

INSTITUT (2021) – Art. 13

1. Les droits de la personne humaine **exigent la reconnaissance** des mariages fondés sur le libre et plein consentement de deux époux.
2. Un mariage d'enfant ainsi qu'un mariage contracté sans le libre et plein **consentement** des époux est une violation des droits de la personne humaine et ne peut **pas être reconnu**.
3. En interprétant et en appliquant les normes impératives du for qui s'opposent à la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger dans les conditions visées au paragraphe 2, le juge tient compte de toutes les circonstances de l'espèce, afin d'éviter toute conséquence négative pour les droits de l'enfant ou de la victime forcée, ainsi que pour les tiers concernés.

SUI – LDIP, art. 45

1. **Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse.**
2. Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, **à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'é luder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse.**
3. Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.

NB :

- Mariage célébré en suisse : application du droit du for (art. 44) ;
- Condition de proximité (art. 43) : (1) si **domicile ou nationalité suisse d'une partie** ; ou à défaut (2) « lorsque le mariage est reconnu dans **l'État [domicile ou de la nationalité d'un étranger]** ».

FRA – PROJET 2022

Article 45

Si la présente sous-section n'en dispose autrement le mariage célébré dans un État étranger **en conformité avec le droit de cet État est reconnu** en France, sous réserve de sa **conformité à l'ordre public international et de l'absence de fraude**.

Lorsqu'au moment de la célébration du mariage l'un des époux était déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous, ce mariage n'est **pas reconnu** :

- si **l'un des époux est de nationalité française**, même s'il a également la nationalité d'un autre État ;  
ou

- si le premier mariage a été célébré avec **un époux dont la loi nationale le prohibe**.

Toutefois, l'époux qui a légitimement cru en la validité de son mariage peut se prévaloir en France des effets attachés à la qualité de conjoint, dans la mesure où les effets invoqués sont compatibles avec les exigences de l'ordre public international.

Article 56, alinéa 1

Le partenariat enregistré à l'étranger en **conformité du droit de l'État d'enregistrement est reconnu** en France, sous réserve de sa **conformité à l'ordre public international et de l'absence de fraude**.

*Coman, C-673/16 (2018) :*

Quoique « l'état des personnes, dont relèvent les règles relatives au mariage, est une matière relevant de la compétence des États membres » (§ 37), « les États membres, dans l'exercice de cette compétence, doivent respecter le droit de l'Union et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la liberté reconnue à tout citoyen de l'Union de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres » (§ 38). Dès lors, « le refus, par les autorités d'un État membre, de **reconnaître [...] le mariage d'un [...] ressortissant d'un État tiers [...] avec un citoyen de l'Union de même sexe, ressortissant de cet État membre, conclu, lors de leur séjour effectif dans un autre État membre, conformément au droit de ce dernier État**, est susceptible d'entraver l'exercice du droit de ce citoyen, consacré à l'article 21, paragraphe 1, TFUE, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (§ 40).

Une telle restriction peut toutefois être **justifiée par « des raisons liées à l'ordre public et à l'identité nationale**, visée à l'article 4, paragraphe 2, TUE » (§ 42), en vertu duquel « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » (§ 43). Et alors que « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (§ 44), « **l'obligation, pour un État membre, de reconnaître un mariage entre personnes de même sexe conclu dans un**

**autre État membre conformément au droit de celui-ci [...] n'implique pas, pour ledit État membre, de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe » (§ 45).**

Par ailleurs, « une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre circulation des personnes ne peut être **justifiée que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux garantis par la Charte** » (§ 47), notamment le droit [fondamental] au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 7 de la Charte (§ 48). Or, « les droits garantis à l'article 7 de celle-ci ont le même sens et **la même portée que ceux garantis à l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** » (§ 49).

## **DIVORCE PRIVÉ**

### BRUXELLES II<sup>TER</sup>

Art. 65, § 1 (reconnaissance et exécution des actes authentiques et des accords) :

Les actes authentiques et les accords relatifs à la séparation de corps et au divorce qui ont un effet juridique contraignant dans l'État membre d'origine sont **reconnus dans les autres États membres** sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure. La section 1 du présent chapitre s'applique en conséquence, sauf dispositions contraires de la présente section.

NB : Art. 64 (Champ d'application de l'article 65) :

Critère : « **actes authentiques qui ont été dressés ou enregistrés formellement dans un État membre dont les juridictions sont compétentes** au titre du chapitre II et aux accords qui y ont été enregistrés. »

Condition de proximité & cristallisation (art. 3) : **autorité de l'État membre de résidence habituelle d'un époux ou de nationalité commune des époux.**

### SUISSE :

NB : pas de disposition prévue pour le cas d'un divorce privé dressé à l'étranger ; le droit applicable est le droit suisse (art. 61), probablement en tant que loi du for devant une juridiction suisse. Mais règle intéressante sur la reconnaissance des « décisions étrangères (art. 65) comprenant un **critère de proximité** sous forme de règle de compétence indirecte : critère de **domicile/résidence ou de nationalité d'une partie** si la décision est **reconnue dans un de ces États** ; mais reconnaissance conditionnée si décision rendue dans un État autre que de nationalité commune ou dans l'État de nationalité du demandeur (condition de domicile/résidence d'un époux dans for d'origine, mais défendeur non domicilié en Suisse, ou condition de soumission ou de reconnaissance volontaire du défendeur).

### EN GENERAL :

NB : Lorsque la règle de rattachement du for est multilatérale (ex. DIP belge ou allemand), le divorce étranger privé ou dressé par acte authentique est reconnu si conforme à la loi désignée par la règle de rattachement du for (ex. échelle de Kegel, voire élargissement du domaine de Rome 3).

## DISSOLUTION DE PARTENARIAT

CONVENTION PARTENARIATS CIEC (Munich, 2007), art. 8 :

1. Les États contractants **reconnaissent la dissolution ou l'annulation** d'un partenariat, survenue ou reconnue dans l'État où le partenariat avait été enregistré, dans la mesure où elle affecte les effets reconnus à ce partenariat en vertu des articles 2 à 7.
2. La reconnaissance prévue au paragraphe précédent ne peut être refusée que si elle est manifestement contraire à **l'ordre public** de l'État dans lequel elle est invoquée.

FRA – PROJET 2022, art. 56, al. 4

Lorsqu'un partenariat enregistré à l'étranger y a été dissout conformément au droit de l'État d'enregistrement, cette dissolution est reconnue en France.

## FILIATION & ADOPTION

*Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo », C-490/20 (2021) : voir la rubrique État civil*

*Wagner, 76240/1 (2007) :*

L'autorité nationale ne peut « raisonnablement passer outre au **statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8** de la Convention, [par un refus de] **reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit [nationales] sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi [nationale] pose à l'adoption plénière** » (§ 133).

## PERSONNES MORALES

FRA – PROJET 2022, art. 85

L'existence et les effets de la **personnalité morale ou de la capacité juridique** des sociétés dont le siège statutaire est situé hors du territoire français et qui ont été **régulièrement immatriculées sur un registre public d'un État étranger sont reconnus** de plein droit sous réserve de la fraude aux droits des tiers.



**ANNEXE IV**  
**PROPOSITION ANTI-SLAPP**

**GEDIP – Actualités du droit de l’Union – Christian KOHLER, 9 septembre 2022**

**Document de travail pour la réunion d’Oslo 2022**

**Private international law aspects of the Commission’s proposal for a directive on SLAPPs**  
**(“Strategic lawsuits against public participation”)**

*Summary*

I. The Commission’s proposal

A. Context and purpose

B. Safeguards in court proceedings brought before the courts of the Member States

II. Conflict rules in the proposed directive

A. Protection against judgments from third countries

B. A *forum actoris* for claims against SLAPP plaintiffs in third countries

III. Private international law context of the proposed directive

A. Jurisdictional issues and applicable law

(1) Jurisdiction and the “mosaic approach” of the ECJ

(2) The law applicable to claims in SLAPP proceedings

B. The urge to amend Regulations Brussels Ia and Rome II

III. Concluding remarks

**I. The Commission’s proposal**

**A. Context and purpose**

On 27 April 2022, the European Commission presented a proposal for a directive “on protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings (‘Strategic lawsuits against public participation’)",<sup>1</sup> commonly referred to as SLAPPs. The acronym stands for the targeted use of civil litigation against individuals who seek to protect public interests by exposing and/or criticizing facts or the behaviour of individuals or companies, and who are to be intimidated and silenced by unfounded or abusive lawsuits. According to a study prepared for the

---

<sup>1</sup> COM(2022) 177 final (27.4.2022).

European Parliament<sup>2</sup> and backed by the findings of the Commission, such lawsuits are not initiated with the aim of winning the legal battle for themselves. Instead, the aim is specifically to exhaust the resources of the defendants by saddling them with the costs of defending themselves until they give up their criticism or opposition.<sup>3</sup>

SLAPPs were perceived as a problem in the United States already around 1980. It prompted legislation in New York in 2005, and at the federal level in 2010. In the European Union the need for the introduction of anti-SLAPP legislation began to capture public interest following the assassination of a Maltese journalist, Daphne Caruana Galizia, in October 2017. At the time of her death, Caruana Galizia was the defendant in 47 lawsuits in Malta and abroad, brought against her by influential economic and political actors because of her revelations, in print and/or online, of allegedly corrupt practices.<sup>4</sup> Shortly after the assassination, online news reports which reproduced Caruana Galizia's revelations concerning a since-shuttered Maltese Bank (Pilatus Bank) were in the process of being deleted from various news portals in Malta. That removal was not prompted by the violent assassination of a fellow journalist but by the ruinous threats of litigation which, it was confirmed through subsequent events, had no merit whatsoever.

Caruana Galizia's revelations concerning money laundering and corruption were of transnational concern. By silencing the Maltese press through threats of vexatious litigation, it appears that the Bank could have ensured that the online record of their illicit activities was removed altogether and would not, therefore, pose a threat to their penetration of other EU markets. Notably, the Pilatus Bank affair was not an isolated incident. Another Maltese news site, which was established following the assassination of Caruana Galizia, noted a further example in which credible were made to coerce news organisations to delete or alter online content following threats from the concessionaire for Malta's lucrative "Citizenship by Investment" programme.<sup>5</sup>

Following a powerful resolution adopted by the European Parliament in November 2021,<sup>6</sup> the Commission took action in April 2022 and presented the above-mentioned proposal. The proposed Directive is based on Art. 81(2)(f) TFEU<sup>7</sup> and aims at providing "safeguards against manifestly unfounded or abusive court proceedings in civil matters with cross-border implications brought

---

<sup>2</sup> Cf. the study requested by the JURI Committee of the European Parliament „The Use of SLAPPs to Silence Journalists, NGOs and Civil Society“ (PE 694.782- June 2021), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694782/IPOL\\_STU\(2021\)694782\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694782/IPOL_STU(2021)694782_EN.pdf)

<sup>3</sup> "Arguably, regardless of domestic and international safeguards, civil cases are often much more 'deadly' to a defendant who is stripped out of their rights simply because they cannot afford the process of defending themselves against a party that is far better resourced" (Study quoted at fn. 2, p. 30).

<sup>4</sup> See the European Parliament's resolution *infra*, fn. 6, *sub J*.

<sup>5</sup> Cf. the Study quoted at fn. 2, p. 8 s.

<sup>6</sup> "Strengthening democracy, media freedom and pluralism in the EU", Resolution of 11 November 2021 A9-0292/2021, where the Parliament says (*sub C*) that "in recent years, journalists and media actors in Europe and abroad are increasingly being threatened, physically attacked and assassinated because of their work, particularly when it focuses on the misuse of power, corruption, fundamental rights violations and criminal activities; (...) notes that these threats are not only of a violent nature and that intimidation against journalists also stems from legal, political, socio-cultural and economic pressures".

<sup>7</sup> For the purposes of the judicial cooperation in civil matters, Art. 81(2)(f) TFEU gives competence to the Union to adopt measures aiming at insuring "the elimination of obstacles to the proper functioning of civil proceedings, if necessary by promoting the compatibility of the rules on civil procedure applicable in the Member States".

against natural and legal persons, in particular journalists and human rights defenders, on account of their engagement in public participation” (Art. 1).

The core parts of the Directive consist of rules on the early dismissal of manifestly unfounded court proceedings (Chapter III), remedies against abusive court proceedings (Chapter IV), and protection against third-country judgments (Chapter V). A brief mention of Chapters III and IV seems useful before the conflict rules in Chapter V and further aspects of private international law of the proposal will be looked at in more detail.

### **B. Safeguards in court proceedings brought before the courts of the Member States**

The proposed Directive provides two essential safeguards against SLAPPs. The first is the “early dismissal” of court proceedings that are “manifestly unfounded”. Art. 9 says that “Member States shall empower courts and tribunals to adopt an early decision to dismiss, in full or in part, court proceedings against public participation as manifestly unfounded.” According to Art. 11 an application for early dismissal shall be treated in an accelerated procedure, taking into account the circumstances of the case and the right to an effective remedy and the right to a fair trial. No definition is given of the concept of “manifestly unfounded” or, simply, “unfounded” court proceedings, the latter term appearing in Art. 3 (see below).

The second safeguard against SLAPPs are remedies against “abusive court proceedings” (Art. 14 s.), such remedies being an award of costs, a decision on compensation of damages, and the imposition of penalties. In Art. 3, the terms “abusive court proceedings against public participation” are defined as meaning

“court proceedings brought in relation to public participation that are fully or partially unfounded *and* have as their main purpose to prevent, restrict or penalize public participation.”<sup>8</sup>

Indications of such a purpose can be:

- (a) the disproportionate, excessive or unreasonable nature of the claim or part thereof;
- (b) the existence of multiple proceedings initiated by the claimant or associated parties in relation to similar matters;
- (c) intimidation, harassment or threats on the part of the claimant or his or her representatives.”

It appears from the combined reading of Chapters III and IV that abusive court proceedings which are not “manifestly” unfounded may not lead to an early dismissal, whereas such a dismissal is possible also if manifestly unfounded court proceedings are not “abusive”.

## **II. Conflict rules in the proposed directive**

### **A. Protection against judgments from third countries**

SLAPP proceedings against persons domiciled in a Member State may also be initiated before the courts of a third country, and a judgment against the defendant may be given in such proceedings. Whereas a direct protection against third country proceedings and an eventual judgment will normally not be available, Chapter V of the proposed Directive (“Protection against third-country judgments”) provides an *ex post*-safeguard by shielding the defendant from the effects of the third country judgment, and by allowing the defendant to seek compensation of the damages and the costs of the

---

<sup>8</sup> Emphasis added. It is not required that the proceedings are *manifestly* unfounded.

third country-proceedings before the courts of the Member State of his or her domicile. According to Art. 17 of the proposed Directive

“Member States shall ensure that the recognition and enforcement of a third-country judgment in court proceedings on account of public participation by natural or legal person domiciled in a Member State is refused as manifestly contrary to public policy (ordre public) if those proceedings would have been considered manifestly unfounded or abusive if they had been brought before the courts or tribunals of the Member State where recognition or enforcement is sought and those courts or tribunals would have applied their own law.”

The rule blocking the recognition of third-country judgments in SLAPP proceedings has a precursor in the law of the United States. In order to protect American defendants from foreign judgments<sup>9</sup> for defamation that disregard the principles of freedom of speech and press as guaranteed by the First Amendment to the US Constitution, Congress adopted in 2010 the “Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act”, known under its acronym SPEECH Act.<sup>10</sup> Its core provision provides that

“a domestic court shall not recognize or enforce a foreign judgment for defamation unless the domestic court determines that the defamation law applied in the foreign court’s adjudication provided at least as much protection for freedom of speech and press in that case as would be provided by the first amendment to the Constitution of the United States and by the constitution and law of the State in which the domestic court is located”.<sup>11</sup>

A similar rule had already been enacted in 2008 in New York’s “Libel Terrorism Protection Act”; it provided that a foreign defamation judgment is not conclusive in New York unless the court before which the matter is brought determines that the defamation law applied by the foreign court “provided at least as much protection for freedom of speech and press in that case as would be provided by both the United States and New York constitutions”. However, neither the SPEECH Act

---

<sup>9</sup> In particular judgments from UK courts.

<sup>10</sup> Codified in 28 U.S.C. § 4102.

<sup>11</sup> See 28 U.S.C. § 4102:

“(a) First Amendment Considerations

(1) In general. — Notwithstanding any other provision of Federal or State law, a domestic court shall not recognize or enforce a foreign judgment for defamation unless the domestic court determines that—

(A) the defamation law applied in the foreign court's adjudication provided at least as much protection for freedom of speech and press in that case as would be provided by the first amendment to the Constitution of the United States and by the constitution and law of the State in which the domestic court is located; or

(B) even if the defamation law applied in the foreign court's adjudication did not provide as much protection for freedom of speech and press as the first amendment to the Constitution of the United States and the constitution and law of the State, the party opposing recognition or enforcement of that foreign judgment would have been found liable for defamation by a domestic court applying the first amendment to the Constitution of the United States and the constitution and law of the State in which the domestic court is located.”

nor the New York Act include a rule on personal jurisdiction of US courts for claims against the plaintiff in the foreign proceedings for compensation of damages and costs.<sup>12</sup>

To come back to the Commission's anti-SLAPP proposal: Art. 17 of the proposed directive obliges the Member States to provide in their domestic law ways and means to refuse the recognition of a third-country judgment given in SLAPP proceedings. For this purpose, a Member State could rely on the general public policy clause of its domestic law if that clause is deemed to be sufficient to exclude the recognition of SLAPP judgments from third countries.<sup>13</sup> However, it has to be borne in mind that Art. 17 sets out detailed conditions for the application of the clause, which oblige the court to review the foreign judgment as to its substance, i.e. to proceed to a genuine *révision au fond*. Thus, the safer way is probably to enact a specialized public policy clause which includes the conditions stated in Art. 17.

### **B. A *forum actoris* for claims against SLAPP plaintiffs in third countries**

Art. 18 of the proposed Directive provides:

“Member States shall ensure that, where abusive court proceedings on account of engagement in public participation have been brought in a court or tribunal of a third country against a natural or legal person domiciled in a Member State, that person may seek, in the courts or tribunals of the place where he is domiciled, compensation of the damages and the costs incurred in connection with the proceedings before the court or tribunal of the third country, irrespective of the domicile of the claimant in the proceedings in the third country.”

According to the Explanatory Memorandum, this provision “creates a new special ground of jurisdiction in order to ensure that targets of abusive court proceedings who are domiciled in the European Union have an efficient remedy available in the Union against abusive court proceedings brought in a court or tribunal of a third country”.<sup>14</sup> The explanation makes it clear that Art. 18 is limited to the issue of jurisdiction whereas the legal basis for the claim itself is to be found elsewhere. The mention of an “efficient remedy against abusive court proceedings” may be taken as a reference to Art. 15 of the proposed directive, which obliges Member States

---

<sup>12</sup> It may be added that the SPEECH Act includes a provision on jurisdictional requirements relating to the foreign judgment. 28 USC § 4102 further provides:

“(b) Jurisdictional Considerations. –

(1) In general. — Notwithstanding any other provision of Federal or State law, a domestic court shall not recognize or enforce a foreign judgment for defamation unless the domestic court determines that the exercise of personal jurisdiction by the foreign court comported with the due process requirements that are imposed on domestic courts by the Constitution of the United States.

(...)”

<sup>13</sup> For judgments from EFTA States that are parties to the Lugano Convention, the public policy clause in Art. 34(1) of the Convention may provide equivalent protection.

<sup>14</sup> COM(2022) 177, p. 17.

“to ensure that a natural or legal person who has suffered harm as a result of an abusive court proceedings against public participation is able to claim and to obtain full compensation for that harm.”<sup>15</sup>

Art. 18 says that the special ground of jurisdiction applies “irrespective of the domicile of the claimant in the proceedings in the third country”, i.e. the defendant in the action for compensation. This means that the action may be brought in the courts of the plaintiff’s domicile also if the defendant is domiciled in a Member State, thus overriding the regime of the Brussels Regulation. If the defendant is domiciled in a third country, the jurisdiction of the courts of each Member State is determined by the law of that State. In any case, Art. 18 obliges Member States to introduce in their domestic law a rule of jurisdiction providing for a *forum actoris*, which would normally be frowned at as exorbitant. In the present context it aims at protecting the SLAPP target as a weaker party who deserves the benefit of a forum at home; at the same time that forum is a *forum legis* as it makes sure that the claim for compensation will be implemented by the courts of the Member States. It is understood that the substantive provision of national law founding the right to compensation is mandatory (i.e. a *loi de police*) and that the competent court has to apply the provision provided for in the law of the forum.

If the claim is directed against a defendant domiciled in an EFTA State which is a party to the Lugano Convention, the national provision implementing Art. 18 of the proposed directive will not apply. According to Art. 19, the directive “shall not affect the application” of the Lugano Convention of 2007. This provision should be interpreted as meaning that in the relations with the EFTA-Lugano-States the Convention takes precedence over the provisions that the Member States will adopt in order to implement the directive.<sup>16 17</sup>

### **III. The private international law context of the proposed directive**

#### **A. Jurisdictional issues and applicable law**

Except for the provisions on protection against third country proceedings the private international law aspects of SLAPPs are reflected neither in the operative part nor in the recitals the proposed directive. They form, however, an important part of the background of the Commission’s proposal and have been addressed, albeit in a cursory manner, in the European Parliament’s resolution of 11 November 2021. In order to single out the conflict rules applicable in the present context, the subject matter of SLAPP proceedings needs to be identified. As far as civil claims are concerned, the Commission mentions in the Explanatory Memorandum of the proposed directive that SLAPP claims are often based on defamation but relate also to breaches of other rules or rights (e.g. data protection or privacy laws), and are often combined with damages/tort claims.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Whether the creation of a substantive rule of this kind is covered by the legal basis provided by Art. 81(2)(f) TFEU (fn. 7) is open to doubt.

<sup>16</sup> If Art. 19 were to be interpreted as a simple reservation in respect of the Convention, Art. 67 of the Convention (concerning the relationship with international conventions) would apply, and according to Protocol 3 national implementing provisions of EU Member States would be treated in the same way as the international conventions referred to in Art. 67(1) of the Convention.

<sup>17</sup> Apart from the Lugano Convention, there are a number of bilateral conventions on recognition and enforcement of judgments between Member States and third countries that have also to be taken into account in the context of Articles 17 and 18.

<sup>18</sup> Cf. also the Parliament’s resolution (fn. 6) *sub H*: “SLAPPs are often grounded in claims of defamation, libel or slander, which still constitute criminal offences in most Member States, and SLAPP victims find themselves facing criminal charges while being sued for civil liability purportedly arising from the same conduct”.

### (1) Jurisdiction and the “mosaic approach” of the ECJ

It follows from the information just mentioned that in cross-border cases against defendants domiciled in a Member State jurisdiction is governed by Art. 4 and Art. 7(2) of Regulation Brussels Ia (BR), whereas in cases against defendants in third States (other than EFTA-Lugano-States where Art. 2 and Art. 5(3) of the Lugano Convention (LC) control) the law of the forum applies (Art. 6 BR and Art. 4 LC). The BR and the LC offer a number of venues: the SLAPP plaintiff may bring the claim in the courts of the defendant’s domicile or in the courts for “the place where the harmful event occurred or may occur”, the latter alternative covering, according to the ECJ, both the place where the damage occurred and the place of the event giving rise to it. Since the *Shevill* case of 1995<sup>19</sup> it is also settled case-law that an action for compensation of damage caused by a defamatory article published in the printed press against the publisher may (also) be brought before the courts of each Member State in which the publication was distributed and where the victim claims to have suffered injury to his or her reputation. These courts, however, have jurisdiction to rule solely in respect of the harm caused in the forum state (so to speak a single piece of the mosaic), whereas all the damage caused may be claimed in the courts of the publisher’s establishment (which is normally also the domicile of the defendant).

Where personality rights have been infringed by means of content placed online on a website, an additional venue is open for the plaintiff. It follows from the ECJ’s *eDate* judgment of 2011 that in such a case an action for liability in respect of *all* the damage caused may also be brought by the victim before the courts of the Member State in which the centre of his or her interests is based (which is normally the victim’s habitual residence); in addition, the “mosaic approach” of the *Shevill* judgment also applies to the internet cases, thus limiting the jurisdiction of a mosaic court to the damage caused in the forum state. This case law governs not only where privacy rights have been infringed but also where the action is based on an infringement of competition rules. In December 2021, the application of the mosaic approach in cases of unfair competition has been confirmed beyond doubt in the *Gtflifx Tv* judgment, a case where allegedly “disparaging comments” (“commentaires dénigrants”) had been published on the internet.<sup>20</sup> It should be noted that, in any case, the mosaic approach is limited to claims for compensation of material and immaterial damage. An application for rectification or removal of the content placed online can only be made before a court with jurisdiction in respect of all the damage as such an application, according to the ECJ, is “single and indivisible”.<sup>21</sup>

It appears from this sketchy overview that the jurisdictional environment resulting from the ECJ’s case-law on the BR (which is applicable also to the LC) is not only favourable to, but an outright encouragement of, SLAPP proceedings. As has been observed in the Study prepared for the European Parliament<sup>22</sup>

“A claimant who wishes to act in a manner that is most vexatious to the respondent may choose from a number of techniques. The so-called ‘mosaic approach’ whereby the claim is split over several jurisdictions has the potential to enable a claimant to exhaust a prospective respondent through multiple contemporaneous disputes concerning essentially the same subject matter.”

Without directly referring to the ECJ’s case law on the mosaic approach, the European Parliament, in its Resolution of 11 November 2021, called on the Commission

---

<sup>19</sup> CJEU, judgment of 7.3.1995 – C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, *Shevill*.

<sup>20</sup> CJEU, judgment of 21.12.2021 – C-251/20, ECLI:EU:C:2021:1036, *Gtflifx Tv*.

<sup>21</sup> CJEU, judgment of 17.10.2017 – C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766 *Bolagsupplysningen and Ilsjan*.

<sup>22</sup> Fn. 2, p. 41.

“to address issues giving rise to forum shopping and libel tourism in the forthcoming review of the Brussels I and Rome II Regulations while also taking account of work carried out at The Hague Conference on Private International Law” (para. 25);

the Parliament further believed

“that any revision of the relevant rules in the Brussels I Regulation should be properly mirrored by an equivalent revision of the Lugano Convention so as to ensure a cohesive application of international jurisdiction rules in civil and commercial matters beyond the Union and where Union citizens are concerned” (para. 27).

Neither the Resolution nor the preparatory report of the Committee on Legal Affairs make concrete proposals to amend the BR or the Rome II Regulation. We shall come back to this point in a moment.

### *(2) The law applicable to claims in SLAPP proceedings*

It has been mentioned that SLAPP proceedings are often grounded in claims of defamation but may also relate to breaches of rules on data protection or privacy laws, combined with claims of damages. The law applicable to such claims has to be determined according to the conflict rules of the forum state as the Rome II Regulation does not apply to “non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation” (Art. 1(2)(g)). It is submitted in that context that breaches of rules on data protection are also excluded from the scope of the Regulation as these rules belong to “rights relating to personality”. Obviously, non-unified conflict rules increase the forum shopping potential resulting from the mosaic approach and give an additional incentive to libel tourism.

It should not be overlooked, however, that SLAPP proceedings may also be grounded in claims arising out of violations of rules on unfair competition, e.g. if it is alleged that the defendant’s publications or actions affect the claimant’s business. In such cases the applicable conflict rules are to be found in Articles 6 and 4 of Regulation Rome II. Art. 6(1) provides that non-contractual obligations arising out of an act of unfair competition are governed by “the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be, affected”. According to Art. 6(2), where an act of unfair competition affects exclusively the interests of a specific competitor, the general provisions contained in Art. 4 of Regulation Rome II apply; in the present context, this will normally lead to the rule in Art. 4(1) which provides that obligations arising out of tort or delict are governed by

“the law of the country in which the damage occurs irrespective of the country in which the event giving rise to the damage occurred and irrespective of the country or countries in which the indirect consequences of that event occur”.

Although the mosaic approach applies also in respect of those proceedings, the fact that the courts will apply the same conflict rules throughout the Member States should normally reduce the incentive for forum shopping. It remains, however, that the applicable conflict rules are but one element that may influence the choice of the forum; other elements, in particular the approach of the courts of the chosen forum to defamation cases, and the practice of these courts in the assessment of damages, may equally intervene.

## **B. The urge to amend Regulations Brussels Ia and Rome II**

Whether the Commission will take up the European Parliament’s invitation in the SLAPP Resolution to address issues of forum shopping and libel tourism in the forthcoming review of the Brussels I and



Rome II Regulations remains to be seen. Anyhow, its proposal for the anti-SLAPP directive is silent on these issues. It includes rules concerning the recognition of third-country judgments and creates a *forum actoris* for claims against SLAPP plaintiffs in third countries. No amendment to Regulations Brussels I and Rome II is proposed. This may surprise at first sight, but could turn out to be a judicious restraint. Indeed, as regards Regulation Brussels Ia, it seems doubtful whether SLAPP proceedings may effectively be countered by amending the rules on jurisdiction. It has been argued that in order to combat vexatious proceedings jurisdiction in defamation cases might be restricted to the default rules of the Brussels/Lugano regime, i.e. the courts of the defendant's domicile.<sup>23</sup> However, this would fight the symptoms, not the disease. The problem is not created by the rules on jurisdiction, but by the *détournement* of the judicial process. Any restriction of the use of the *forum delicti* in Art. 7(2) BR (Art. 5 (3) LC) limited to SLAPP proceedings would lead to a hopeless overloading of the first stage of the proceedings as the SLAPP conditions would have to be argued and proved for the sole purpose of establishing the lack of jurisdiction of the court seised. Here, the system of the proposed directive seems preferable because the proof of the SLAPP conditions will lead to a dismissal of the court proceedings, i.e. a decision on the merits, and not only to a decision on the jurisdiction, i.e. admissibility. Nevertheless, although the Brussels/Lugano regime as such should not be altered, limited amendments might be envisaged where the working of that regime appears to be unsatisfactory. In that respect, the mosaic approach deserves a critical look because it encourages SLAPP proceedings indecently. As it is unlikely that the ECJ will give up that approach in a foreseeable future, a correction can only be expected from the Union legislator, and the forthcoming revision of the Brussels regime offers an opportunity to this end. However, restricting the jurisdiction of the *forum delicti* will be an enterprise whose difficulties should not be underestimated.

As concerns the Rome II Regulation, it is obvious that a possible amendment should close the gap which is left by the exclusion from the scope of the Regulation of obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality. There have been numerous proposals how to close that gap,<sup>24</sup> among which the one presented by the GEDIP in its 1998 proposal for a Rome II Convention will be remembered: obligations arising out of violations of rights relating to personality are to be governed by the law of the country of the habitual residence of the victim of such violations. In any case, the quest for conflict rules in that domain may prove to be less difficult after the withdrawal of the UK from the EU.

### III. Concluding remarks

It is perhaps fair to say that the main problems of the Commission's proposal are not in the aspects of private international law but in the implementation of the procedural safeguards introduced by the directive in the law of the Member States. This applies in particular to the concept of "early dismissal" of proceedings, which is not commonly known in the Member States and which may profoundly affect the structure and organization of civil procedure. The same is true for the application of indeterminate legal terms like "manifestly unfounded" or "abusive court proceedings", for which there is little experience in the national systems of civil procedure. Apart from these "technical" problems, an anti-

---

<sup>23</sup> See the Study for the European Parliament (fn. 2), p. 42.

<sup>24</sup> A number of proposals is discussed in the Study for the European Parliament (fn. 2), p. 42 s. The Study favours a rule according to which, in defamation cases, the law of the place to which the publication is directed should apply. If there is no such place, the applicable law should be the law of the place of editorial control. In the absence of either of these places being identifiable, the law to be applied should be the law of the place in which the most significant elements of the loss appear.

SLAPP instrument invariably creates tensions in the field of fundamental rights. Obviously, the focus of the proposal is on the protection of journalists, human rights defenders and other target groups whose freedom of expression and information (Art. 11 of the Charter) is endangered by SLAPP proceedings. At the same time, Art. 47 of the Charter guarantees the access to justice, and personality and privacy rights of the claimants are protected under Articles 7 and 8 of the Charter. There is a clear need to balance the respective rights of the parties. According to the Commission

“The procedural safeguards are carefully targeted and leave the court sufficient discretion in individual cases to maintain the delicate balance between speedy dismissal of manifestly unfounded claims and effective access to justice.”<sup>25</sup>

In this context, private international law has but a limited role to play. SLAPP proceedings are not brought about by the rules on the conflict of laws. These proceedings are an abuse of the judicial process, and any rule applied to that end is but an instrument of the abuse. In that perspective, the role of private international law is essentially reduced to protecting the SLAPP target against the effects of third-country proceedings that disregard the principles of the directive (Articles 17 and 18 of the proposal), and to limiting the forum shopping potential of the present rules on jurisdiction and applicable law in defamation cases. The latter objective may be achieved by completing the Rome II Regulation by uniform rules on the law applicable to obligations arising out of violations of rights relating to personality. In matters of jurisdiction, where Art. 7(2) BR as interpreted by the ECJ favours SLAPP proceedings in an unacceptable way, a correction by the Union legislator should equally be envisaged.

---

<sup>25</sup> COM(2022) 177, p. 12.

## ANNEXE V ACTUALITÉS DE LA CEDH

GEDIP – Actualités de la CEDH – Patrick KINSCH, 8 septembre 2022

Document de travail pour la réunion d’Oslo 2022

### Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme ayant trait au droit international privé (2021-2022)

La période de douze mois sous examen est une période ordinaire, au cours de laquelle la Cour a appliqué sa jurisprudence existante en matière d’accès aux tribunaux (I), de reconnaissance ou de non-reconnaissance de situations (II) et d’enlèvement international d’enfants (III).

#### I. – Accès aux tribunaux

##### A. – Un effet pervers de la Convention Protection des enfants (La Haye 1996) ? Les arrêts *Roth c. Suisse* et *Plazzi c. Suisse*

Aux termes de l’article 5 de 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*, consacré à la compétence juridictionnelle,

« Article 5

1. Les autorités, tant judiciaires qu’administratives, de l’État contractant de la résidence habituelle de l’enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

2. Sous réserve de l’article 7<sup>1</sup>, en cas de changement de la résidence habituelle de l’enfant dans un autre État contractant, sont compétentes les autorités de l’État de la nouvelle résidence habituelle. »

Les affaires *Roth c. Suisse* (arrêt du 8 février 2022, n° 69444/17) et *Plazzi c. Suisse* (arrêt du 8 février 2022, n° 44101/18) montrent que le paragraphe 2 de ce texte, en tant qu’il prévoit un changement automatique de la compétence au profit des autorités de l’État de la nouvelle résidence habituelle de l’enfant en cas de changement de résidence, est susceptible de donner lieu à une difficulté. Si le changement de la résidence habituelle de l’enfant a été autorisé non pas par un tribunal, mais par une autorité administrative, l’application de ce texte au recours introduit par le parent qui entend s’y opposer peut porter atteinte à l’accès effectif aux tribunaux, droit garanti comme corollaire du droit au procès équitable (cf. le § 65 de l’arrêt *Roth* et le § 56 de l’arrêt *Plazzi* : « La Cour rappelle que l’article 6 § 1 exige que, dans la détermination des droits et obligations civils, les décisions prises par les autorités administratives qui ne satisfont pas elles-mêmes aux exigences de cet article – comme c’est le cas en l’espèce avec l’APEA [...] – doivent faire l’objet d’un contrôle ultérieur par un « organe

---

<sup>1</sup> L’article 7 concerne le cas du déplacement ou du non-retour illicites de l’enfant.

judiciaire de pleine juridiction », y compris le pouvoir d'annuler à tous égards, sur des questions de fait et de droit, la décision contestée »).

Dans les deux affaires, la résidence habituelle des enfants était en Suisse. Suite à la désunion des parents, et à la demande de la mère, l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) du canton de Bern (dans l'affaire *Roth*) ou du Tessin (dans l'affaire *Plazzi*) autorisèrent le déplacement de la résidence habituelle des enfants en Allemagne dans l'une des affaires, à la Principauté de Monaco dans l'autre. En même temps, l'APEA décida qu'un éventuel recours contre sa décision n'aurait pas d'effet suspensif, en application de l'article 450c du Code civil suisse<sup>2</sup>.

Sur ce, les juridictions que les pères saisirent de recours contre les décisions de l'APEA constatèrent leur défaut de compétence : elles jugèrent qu'en vertu de l'article 5 alinéa 2 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996, les autorités suisses n'étaient plus compétentes pour se prononcer suite au déplacement du lieu de résidence des enfants vers l'Allemagne ou vers Monaco.

Le Tribunal fédéral rejeta les recours des pères, retenant que les autorités suisses n'avaient plus la compétence internationale pour se prononcer sur le bien-fondé de la décision de l'autorité administrative tendant à autoriser le déplacement de la résidence habituelle de l'enfant.

Les requêtes des pères devant la Cour européenne des droits de l'homme conduisirent à un constat de violation de l'article 6 de la Convention (citation de l'arrêt *Roth c. Suisse* ; la même motivation est reprise dans l'arrêt *Plazzi c. Suisse*, §§ 54 et suivants) :

« 63. La Cour considère [...] que les arrêts de ces juridictions ayant déclaré leur incompétence, en application de l'article 5 de la Convention de La Haye de 1996, n'étaient pas arbitraires et peuvent être justifiés si l'on considère seulement l'aspect du changement accompli de la résidence habituelle (comparer *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne* [GC], no [42527/98](#), §§ 62-65, 12 juillet 2001).

64. Cependant, le retrait de l'effet suspensif à un éventuel recours a été décidé par l'APEA, qui est une autorité administrative, sans que la Cour suprême bernoise puis le Tribunal fédéral n'aient pu remédier à cette situation.

65. La Cour rappelle que l'article 6 § 1 exige que, dans la détermination des droits et obligations civils, les décisions prises par les autorités administratives qui ne satisfont pas elles-mêmes aux exigences de cet article – comme c'est le cas en l'espèce avec l'APEA (paragraphe 51 ci-dessus) – doivent faire l'objet d'un contrôle ultérieur par un « organe judiciaire de pleine juridiction », y compris le pouvoir d'annuler à tous égards, sur des questions de fait et de droit, la décision contestée (voir *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* [GC], nos 55391/13 et 2 autres, § 132 in fine, 6 novembre 2018).

66. Dans le cas d'espèce, la Cour estime que le contrôle effectif ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction national a été exclu par l'APEA qui a décidé de l'absence d'effet suspensif à un éventuel recours contre sa décision. La Cour suprême bernoise puis le Tribunal fédéral se sont en effet déclarés incompétents pour traiter des recours du requérant.

67. La Cour est bien consciente qu'il existe des situations exceptionnelles, dûment justifiées par l'intérêt supérieur de l'enfant, dans lesquelles l'urgence particulière commande que le parent

---

<sup>2</sup> « Le recours est suspensif, à moins que l'autorité de protection de l'adulte ou l'instance judiciaire de recours n'en décide autrement ».

concerné puisse changer le domicile de l'enfant sans devoir attendre le jugement définitif au fond. Dans de tels cas, il est suffisant, mais nécessaire qu'une procédure effective de recours avec des mesures provisionnelles soit à disposition. Il n'est dès lors pas exclu que les autorités administratives retirent exceptionnellement l'effet suspensif à un éventuel recours. Toutefois, dans de telles circonstances, il faut qu'il soit assuré que le parent concerné ait la possibilité de s'adresser à un juge avant que le retrait de l'effet suspensif n'entre en vigueur et qu'il soit rendu attentif à la procédure à suivre.

76. La Cour considère par conséquent que le requérant n'a pas pu avoir accès à un tribunal national, avant le départ en Allemagne de F.L. avec L.L., pour demander le rétablissement de l'effet suspensif et pour contester, le cas échéant, effectivement la décision de l'autorité administrative « APEA » au fond.

77. Compte tenu de ce qui précède, le droit d'accès à un tribunal était atteint dans sa substance même par la décision de l'APEA de retirer l'effet suspensif au recours du requérant, suivi du départ en Allemagne de F. L. avec L. L., qui a entraîné l'incompétence des tribunaux suisses à travers le transfert de la compétence internationale vers l'Allemagne. Cette limitation au droit d'accès à un tribunal était disproportionnée au but poursuivi, à savoir la protection des droits et libertés de la mère et de l'enfant du requérant, au regard de l'importance pour le requérant des questions soulevées par la procédure litigieuse.

78. La Cour conclut qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention quant au droit d'accès à un tribunal ».

Les arrêts de la Cour ne doivent pas être compris comme s'attaquant directement au système de l'article 5, paragraphe 2 de la Convention de La Haye (la Cour reconnaît, aux paragraphes 60 et 61 de l'arrêt *Roth* et aux paragraphes 51 et 52 de l'arrêt *Plazzi*, que « l'étendue de la marge d'appréciation accordée à l'État peut dépendre notamment du droit international pertinent en la matière », et que la Convention de La Haye de 1973, incorporée au droit suisse, peut être prise en considération à cet égard). Mais le système des recours contre les décisions administratives doit être organisé de manière à ce qu'une décision *administrative* autorisant le changement de la résidence habituelle de l'enfant ne puisse pas être trop facilement immunisée contre le recours par l'administration elle-même – rendant ainsi le contrôle juridictionnel illusoire, du fait de l'application à ce type de recours de la règle d'incompétence prévue dans la Convention de La Haye. Après tout, seules les juridictions suisses peuvent statuer sur un recours contre une décision administrative suisse.

Enfin, information obtenue de notre membre honoraire A. Bucher : à propos de la question de l'effet suspensif, il n'y a en droit suisse aucune différence à faire entre des décisions administratives et des décisions judiciaires autorisant le départ de l'enfant (ces dernières sont prévues dans d'autres cantons que dans les cantons de Berne ou du Tessin). Le problème se pose devant un tribunal civil de la même manière si le premier juge décide de ne pas accorder l'effet suspensif, toujours dans l'hypothèse où il autorise le déménagement. La mère part avec enfant et valises tout de suite, et en appel, il n'y a plus de compétence

**B. – L'attitude « incohérente » des juridictions d'un État qui n'admettent ni leur propre compétence internationale pour statuer sur des mesures provisoires, ni la reconnaissance des mesures provisoires décidées par un tribunal étranger**

L'arrêt *Pjević c. Russie*, du 19 octobre 2021, n° 1764/18, concerne les conséquences du divorce d'un couple russo-serbe sur le droit du père (serbe) au maintien des contacts avec son fils. Le requérant avait été marié à une citoyenne russe, et le couple avait fini par habiter en Russie. Le tribunal de

Moscou avait dissous le mariage. La femme du requérant était restée avec l'enfant à Saint-Pétersbourg, alors que le requérant était reparti en Serbie.

Le requérant saisit les tribunaux serbes d'une demande tendant à établir la résidence habituelle de l'enfant auprès de l'un des parents et à fixer le droit de visite et d'hébergement entre l'enfant et l'autre parent. Le tribunal municipal de Belgrade décide, à un certain moment de la procédure, à titre de mesure provisoire que l'enfant devra avoir sa résidence habituelle avec sa mère, mais que le requérant aura un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant. Par la suite, un chassé-croisé entre le tribunal municipal, la Cour d'appel de Belgrade et la Cour suprême de Serbie s'ensuit au sujet de la compétence internationale des tribunaux serbes pour statuer sur le fond de ce litige familial.

Le requérant demande au tribunal de Saint-Pétersbourg l'exequatur de la mesure provisoire prise par le tribunal municipal de Belgrade qui lui a octroyé un droit de visite et d'hébergement de l'enfant. Le tribunal de Saint-Pétersbourg rejette cette demande en jugeant que le traité du 24 février 1962 entre l'URSS et la République fédérative socialiste de Yougoslavie sur l'assistance mutuelle en matière civile, familiale et criminelle, restée en vigueur entre la Russie et la Serbie, ne s'applique pas aux mesures provisoires. Par ailleurs, pour une série de raisons de fond, la reconnaissance de la mesure provisoire serbe en Russie serait exclue.

Le tribunal de Saint-Pétersbourg n'accepte pas pour autant de se saisir lui-même de la question du droit de visite et d'hébergement de l'enfant par le requérant.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, cette « incohérence » constitue une violation de l'accès aux tribunaux, qu'elle examine cependant sous l'angle de l'article 8 de la Convention (droit à la vie familiale) plutôt que sous l'angle, procédural, de l'article 6 – ce choix étant conforme à celui opéré par le requérant :

« 47. It appears, therefore, that the domestic courts neither accepted the jurisdiction of the Serbian courts to deal with the issue of the applicant's contact with his son, nor assumed their own jurisdiction to decide on the matter. This inconsistency deprived the applicant for several years from having his contact rights with his son determined, even on a temporary basis, with all the circumstances this should have had to their relationship (see paragraph 39 above).

48. In the light of the foregoing, the Court considers that the Russian authorities did not act in a manner calculated to allow the family ties between the applicant and his son to develop normally and failed in their duty to assist the applicant in securing his right to be in contact with his son. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention. »

### **C. – L'immunité de juridiction du Saint-Siège**

Un groupe de vingt-quatre ressortissants belges, français et néerlandais avait introduit « une action en indemnisation contre le Saint-Siège, plusieurs dirigeants de l'Église catholique de Belgique, et des associations catholiques à raison des dommages causés par la manière structurellement déficiente avec laquelle l'Église aurait fait face à la problématique des abus sexuels en son sein ». Les juridictions belges (en dernière instance la Cour d'appel de Gand) se déclarèrent sans juridiction à l'égard du Saint-Siège. Les requérants invoquent en conséquence une violation de leur droit à l'accès à un tribunal tel que garanti par l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Convention (*J. C. et autres c. Belgique*, arrêt du 12 octobre 2021, n° 11625/17, § 1).

L'arrêt de la Cour, par ailleurs conforme aux précédents dans sa jurisprudence concernant l'immunité juridictionnelle d'un État étranger en tant qu'obstacle à l'accès à un tribunal (*McElhinney c. Irlande* [GC], no [31253/96](#), §§ 33-37, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], no [35763/97](#), §§ 52-

56, *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], no [37112/97](#), §§ 32-36, *Cudak c. Lituanie* [GC], no [15869/02](#), §§ 54-59, *Sabeh El Leil c. France* [GC], no [34869/05](#), §§ 46-54, 29 juin 2011, et *Jones et autres c. Royaume-Uni*, nos [34356/06](#) et [40528/06](#), §§ 186-198), contient quelques particularités intéressantes.

D'abord, l'arrêt accepte la conclusion à laquelle était parvenue la Cour d'appel de Gand sur l'immunité de juridiction qu'il convenait de reconnaître au Saint-Siège eu égard au rôle de celui-ci dans l'ordre juridique international :

« 57. La Cour n'aperçoit rien de déraisonnable ni d'arbitraire dans la motivation circonstanciée qui a mené la cour d'appel à cette conclusion. Elle rappelle en effet qu'elle a déjà elle-même caractérisé des accords conclus par le Saint-Siège avec des États tiers comme des traités internationaux (*Fernández Martínez c. Espagne* [GC], no [56030/07](#), § 118, CEDH 2014 (extraits), et *Travaš c. Croatie*, no [75581/13](#), § 79, 4 octobre 2016). Cela revient à reconnaître que le Saint-Siège a des caractéristiques comparables à ceux d'un État. La Cour estime que la cour d'appel pouvait déduire de ces caractéristiques que le Saint-Siège était un souverain étranger, avec les mêmes droits et obligations qu'un État. »

En tant que souverain étranger, le Saint-Siège bénéficie de l'immunité de juridiction, ce qui « ne doit pas être considéré comme un tempérament à un droit matériel, mais comme un obstacle procédural à la compétence des cours et tribunaux nationaux pour statuer sur ce droit ». L'octroi de l'immunité de juridiction poursuit un but légitime, ancré dans les traditions du droit international public. La Cour rappelle dans ce contexte qu'elle a, dans une série d'arrêts (controversés il est vrai, mais la Cour n'en fait évidemment pas état dans son arrêt), conclu « que dans l'état du droit international, il n'était pas permis de dire que les États ne jouissaient plus de l'immunité juridictionnelle dans des affaires se rapportant à des violations graves du droit des droits de l'homme ou du droit international humanitaire, ou à des violations d'une règle de *jus cogens* »<sup>3</sup>.

En tout état de cause, juge la Cour (§ 65), « ce que les requérants reprochent au Saint-Siège, ce ne sont pas des actes de torture, mais une omission de prendre des mesures pour prévenir ou réparer des actes constituant des traitements qu'ils caractérisent comme des traitements inhumains. La Cour estime qu'il faudrait un pas additionnel pour conclure que l'immunité juridictionnelle des États ne

---

<sup>3</sup> « 64. Dans la mesure où les requérants allèguent que l'immunité de juridiction des États ne peut être maintenue dans des cas où sont en jeu des traitements inhumains ou dégradants, la Cour rappelle qu'elle a déjà examiné à plusieurs reprises des arguments similaires. Elle a toutefois conclu chaque fois que dans l'état du droit international, il n'était pas permis de dire que les États ne jouissaient plus de l'immunité juridictionnelle dans des affaires se rapportant à des violations graves du droit des droits de l'homme ou du droit international humanitaire, ou à des violations d'une règle de *jus cogens*. Elle a conclu dans ce sens au sujet des actes allégués de torture (*Al-Adsani*, précité, §§ 57-66, et *Jones et autres*, précité, §§ 196-198), de crimes contre l'humanité (*Kalogeropoulou et autres*, décision précitée), et de génocide (*Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas* (déc.), no [65542/12](#), §§ 156-160, 11 juin 2013, cette dernière décision concernant certes l'immunité juridictionnelle d'une organisation internationale, à savoir les Nations Unies). Dans l'affaire *Jones et autres*, la Cour s'est référée à l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'affaire *Allemagne c. Italie*, qui avait « clairement » établi qu'au mois de février 2012 « aucune exception tirée du *jus cogens* à l'immunité de l'État ne s'était encore cristallisée » (*Jones et autres*, précité, § 198, se référant à *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, précité, §§ 81-97). Alors que dans ce domaine un développement du droit international coutumier ou conventionnel dans le futur n'est pas exclu (voir, *mutatis mutandis*, *Kalogeropoulou et autres*, décision précitée, *Manoilescu et Dobrescu c. Roumanie et Russie* (déc.), no [60861/00](#), § 81, CEDH 2005-VI, *Grosz c. France* (déc.), no [14717/06](#), 16 juin 2009, et *Jones et autres*, précité, § 215), les requérants n'ont pas apporté des éléments permettant de conclure que l'état du droit international ait développé depuis 2012 à un point tel que les constats de la Cour dans les affaires précitées ne seraient plus valables. »

s'applique plus à de telles omissions. Or, elle ne voit pas de développements dans la pratique des États qui permettent, à l'heure actuelle, de considérer que ce pas a été franchi. »

L'aspect le plus novateur de l'arrêt *J.C.* consiste dans l'examen de l'exception au principe de l'immunité de juridiction qui tient aux actions « en réparation pécuniaire en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel » (article 12 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ; dans le même sens, l'article 15 de la Convention européenne sur l'immunité des États). La Cour rappelle que cette exception ne s'applique que « si l'acte ou l'omission prétendument attribuable à l'État étranger « se sont produits, en totalité ou en partie, sur le territoire de [l'État du for] et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission » (article 12 précité). Or, juge-t-elle, cette localisation du délit sur le territoire du for (belge) est en l'espèce impossible pour des raisons de fait tenant au mode d'organisation de l'Église catholique :

« 69. La cour d'appel a rejeté l'applicabilité de cette exception au motif notamment que les fautes reprochées aux évêques belges ne pouvaient être attribuées au Saint-Siège, le Pape n'étant pas le commettant des évêques ; qu'en ce qui concerne les fautes reprochées directement au Saint-Siège, celles-ci n'avaient pas été commises sur le territoire belge, mais à Rome ; et que ni le Pape ni le Saint-Siège n'étaient présents sur le territoire belge quand les fautes reprochées aux dirigeants de l'Église en Belgique auraient été commises. Il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle des juridictions nationales, leur appréciation sur ce point n'étant pas arbitraire ou manifestement déraisonnable ».

Certes, dire que l'appréciation des juridictions belges n'était pas « arbitraire ou manifestement déraisonnable » n'est pas équivalent à une confirmation pure et simple de leur appréciation, mais il reste que celle-ci n'est pas jugée contraire à la Convention. L'arrêt de la Cour d'appel de Gand, non désapprouvé par la Cour européenne des droits de l'homme, ne manquera pas de rappeler certaines discussions en cours sur la compétence juridictionnelle en matière de responsabilité sociale des entreprises, spécialement des sociétés-mères à l'égard du comportement de leurs filiales – pour autant que l'on puisse assimiler, sous ce rapport, l'Église catholique à une entreprise multinationale.

## **II. – Reconnaissance et non-reconnaissance de situations**

Au cours de la période sous examen, la Cour a été saisie d'une part d'une requête qui faisait valoir qu'en reconnaissant une situation née à l'étranger, la France avait violé la Convention (article 8 : droit à la vie familiale) et d'autre part, à l'inverse, de deux requêtes qui critiquaient la non-reconnaissance en Pologne et en Norvège de jugements américains tenant lieu d'actes de l'état civil en matière de gestation pour autrui.

### **A. – La France ne viole pas la Convention du fait de la reconnaissance d'un jugement allemand d'adoption et de ses effets**

C'est ce qui a été jugé dans l'affaire *Coillard-Fischer c. France*, décision du 17 mars 2022, n° 13067/20. La requête était dirigée contre la décision des juridictions françaises de reconnaître, dans le cadre d'un litige successoral, les effets d'un jugement allemand d'homologation judiciaire de l'adoption de la requérante qui l'avait fait sortir de la famille du défunt, son père biologique français. La requérante revendiquait en France la qualité d'héritière réservataire.

La requérante, dont la Cour constate qu'elle est « aujourd'hui âgée de 53 ans et ne saurait invoquer à ce stade le concept d'intérêt supérieur de l'enfant », avait fait pendant son enfance l'objet d'une



procédure d'adoption en Allemagne. Elle le regrette aujourd'hui pour une raison précise, résumée comme suit par la Cour :

« la problématique soumise ne concerne pas réellement la question du maintien de liens familiaux de caractère social ou culturel de la requérante avec son père biologique, puisqu'elle a bénéficié jusqu'au décès de ce dernier survenu le 17 janvier 2014 de relations régulières, mais essentiellement la question de la reconnaissance de liens familiaux de caractère matériel, la succession constituant un élément de la vie familiale (*Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 52, série A no 31) » (§ 9).

Le jugement allemand d'homologation de l'adoption de la requérante, rompant conformément au droit allemand le lien de filiation entre la requérante et son père biologique, avait été reconnu par la Cour d'appel de Versailles et par la Cour de cassation française, qui en conclurent que le recours à une décision judiciaire suppléant à l'absence de consentement à l'adoption du père biologique, comme le permettait le droit allemand, n'était pas contraire à l'ordre public international français.

La Cour valide cette décision au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle rappelle que la Cour d'appel de Versailles a pris « soin de relever que le père biologique avait eu la possibilité de léguer à la requérante, au moyen d'un testament, un appartement et une maison et que, la valeur de ces deux biens n'excédant pas la quotité disponible, rien ne s'opposait à ce que ces biens soient attribués à la requérante en sa qualité de légataire à titre particulier. Sur ces deux derniers points, la Cour relève que la Cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que ce régime transitoire était conforme à la Constitution dans la mesure où il ne portait pas atteinte à la garantie du droit de succession ».

Le père biologique de la requérante avait, en ne s'opposant pas à son adoption, tacitement consenti à la rupture du lien de filiation. Comme il était âgé à l'époque d'une trentaine d'années, il n'y avait pas de raison de penser qu'il était à l'époque dans une situation de particulière vulnérabilité.

Dans ces conditions, constate la Cour, « la solution retenue par les juridictions nationales, après avoir fait application des règles françaises de droit international privé, n'a pas abouti à priver la requérante de tout droit dans la succession de son père biologique » (§ 15).

La requérante ne peut dans ces circonstances pas se plaindre d'une violation de son droit à la vie familiale.

La décision – à laquelle il ne faut peut-être pas donner un poids excessif – suscite de ma part deux observations. D'abord, et ceci est conforme à l'arrêt classique *Marckx c. Belgique* cité par la Cour, le droit d'hériter de ses parents est l'un des aspects du droit au respect de la vie familiale ; la Cour, s'inspirant de la jurisprudence allemande, le traite comme tel et y confronte les effets de la décision allemande reconnue en France. Les conséquences successorales d'une reconnaissance plénière d'un état civil acquis à l'étranger ne doivent pas être oubliées – y compris en tant que limite potentielle à la reconnaissance, dans les États bioconservateurs, des nouvelles formes d'état civil qui existent dans les États bioprogressistes. C'est par le droit des successions que s'exprime le mieux la substance civiliste du droit des relations familiales.

Ensuite, on notera que malgré certains passages de son arrêt, la Cour ne prend pas position par rapport à la question, discutée en Allemagne, de l'obligation au regard des droits fondamentaux d'intégrer la réserve successorale dans l'ordre public international ; il serait étonnant de voir la Cour consacrer ainsi la réserve successorale, qui n'est pas connue de certains États contractants.

Et l'observation finale de la Cour mérite d'être remarquée :

« 17. Enfin, la Cour note qu'en refusant de faire droit à la demande de la requérante, les juridictions nationales ont évité de créer une situation qui aurait été paradoxale : alors qu'elle a bénéficié d'une adoption plénière pendant plusieurs dizaines d'années en Allemagne, la requérante se serait vu reconnaître, en France, pour les seuls besoins de la succession, le maintien d'un lien juridique avec son père biologique, sans que ce dernier ne puisse s'exprimer sur ce qui aurait été une remise en cause de son testament rédigé devant un notaire. »

## **B. – La Pologne et la Norvège ne violent pas la Convention du fait de la non-reconnaissance de jugements américains tenant lieu d'actes de l'état civil en matière de gestation pour autrui**

Les affaires *S.H. c. Pologne* et *A.M. c. Norvège* confirment, à mon avis, le pragmatisme de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de gestation pour autrui à l'étranger. Une violation de la Convention n'est constatée dans aucune des deux affaires ; dans l'affaire *S.H. c. Pologne*, la requête des requérants donne même lieu à une décision d'irrecevabilité pour incompatibilité *ratione materie* avec les dispositions de la Convention.

### **a) *S.H. c. Pologne*, décision du 16 novembre 2021, n<sup>os</sup> 56846/15 et 56849/15**

Les requérants, deux jumeaux nés d'une gestation pour autrui aux États-Unis, sont des citoyens américains (*jure soli*) et israéliens qui résident en Israël. Les parents des requérants (cf. le § 4 de la décision) sont messieurs S. et H., un couple résidant en Israël. Les deux sont des citoyens israéliens ; M. S. a, en plus, la nationalité polonaise. Les enfants sont nés des gamètes masculins de M. S. et d'un ovule donné par une donneuse.

La procédure de gestation pour autrui donna lieu à un jugement rendu par la Superior Court of California dans la procédure entre M. S., M. H., la mère porteuse et le mari de celle-ci, aux termes duquel MM. S. et H. étaient « *the natural, joint and equal parents of the twin babies carried by K.C. who were due to be born on or about 20 October 2010* ». Le jugement déclare aussi que M. S. était le père biologique des deux jumeaux. Curieusement, le jugement précisa que « *Mr S. should be recorded as the father/parent and Mr H. as the mother/parent* ».

M. S. demanda à l'administration polonaise de confirmer la nationalité polonaise revenant à ses deux enfants en raison de leur lien de filiation (biologique) avec lui-même. Refus de l'autorité administrative polonaise, confirmé par la Cour suprême administrative de Pologne, aux motifs suivants : 1<sup>o</sup> défaut de pertinence du lien biologique entre les jumeaux et M. S., puisque conformément au Code polonais de la famille, la mère d'un enfant est la femme qui lui a donné naissance et son père est légalement présumé être le mari de la mère ainsi définie, sauf action en désaveu de paternité ; 2<sup>o</sup>, la gestation pour autrui est contraire à l'ordre public polonais, de même que, en l'espèce, le jugement de la Superior Court of California.

Un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme a été introduit par les deux enfants, sur le modèle de la partie des recours dans les affaires *Menesson* et *Labbassée* qui avaient été déclarés fondés par la Cour (on rappellera que le recours introduit par les parents eux-mêmes avait été rejeté : cf. la présentation de ces affaires à la réunion de Florence en 2014).

Ici toutefois, le recours des enfants se heurte au constat d'une incompatibilité *ratione materie* avec dispositions de la Convention. La seule chose qui avait été demandée aux autorités polonaises était la reconnaissance de la nationalité polonaise aux enfants ; or, la nationalité en elle-même ne correspond pas à un des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. Cela dit, elle peut avoir trait à la vie privée ou à la vie familiale, garanties par l'article 8 – à la condition toutefois qu'une décision négative sur la nationalité affecte réellement la vie privée ou familiale. Tel n'était en l'espèce,

selon la Cour, pas le cas. Les enfants requérants n'habitent en effet pas en Pologne, et il n'existe aucune preuve de ce que les parents et les enfants auraient l'intention de déménager en Pologne (§ 67). La Cour considère qu'elle a à considérer essentiellement les **obstacles pratiques à la vie familiale concrète des requérants** que la décision des autorités polonaises est susceptible d'entraîner ou de ne pas entraîner.

Ces obstacles pratiques sont en l'espèce inexistants, pour la raison essentielle que les requérants habitent en Israël, non en Pologne<sup>4</sup> :

70. Furthermore, in the circumstances of this case the Court notes that the applicants can benefit, in the State where they live, from the legal parent-child relationship with their biological father where the recognition of that relationship is not put into doubt. Moreover, it cannot be said that the decisions of the Polish authorities left them in a legal vacuum both as to their citizenship and as to the recognition of the legal parent-child relationship with their biological father (see, conversely, *Orlandi and Others v. Italy*, nos. 26431/12 and 3 others, § 209, 14 December 2017).

71. In that connection, the present case must be clearly distinguished from *Menesson and Labassee*. The Court reiterates that in the above-mentioned case it expressly held that a lack of possibility of recognition of the legal relationship between a child born via surrogacy abroad and the intended father, where he was the biological father, entailed a violation of the child's right to respect for his or her private life (see *Menesson*, §§ 100-01, and *Labassee*, § 79, both cited above). In the present case it is true that the Polish authorities refused to give effect to the foreign birth certificates establishing the legal parent-child relationship between the applicants and their biological father, Mr S. However, this link is recognised in the country where the family resides.

[...]

75. Furthermore, the Court observes that it does not appear that so far the family has had to overcome any practical obstacles on account of the Polish authorities' decisions (compare *Menesson*, §§ 87-95, and *Labassee*, §§ 66-73, both cited above, and *Valdís Fjölisdóttir and Others v. Iceland* no 71552/17, § 75, 18 May 2021). Most importantly, since the applicants' family resides in Israel, the inability to obtain confirmation of acquisition of Polish citizenship has not prevented them from enjoying, in the country where they live, their right to respect for their family life. The applicants and their intended parents all have Israeli citizenship, and their legal relationship is recognised in Israel. It does not appear that the fact that the applicants are not recognised as Polish citizens would have any bearing on their family life, for example in the event of their intended parents' death or separation. Thus, any potential risk to their family life should be regarded in this particular case as purely speculative and hypothetical and could only possibly materialise if they took up residence in Poland. »

Conclusion: l'article 8 de la Convention est inapplicable.

---

<sup>4</sup> Il est néanmoins intéressant de noter l'argumentation du gouvernement polonais, notée par la Cour (§ 54), selon laquelle « *there was no reason for the applicants to fear visits to Poland. The lack of official recognition of their intended parents in Poland had no impact on their stay in the country. In that regard, the Government also argued that contrary to the applicants' submissions, they faced no obstacles with regard to their entry and stay in Poland since, as family members of an EU citizen, they enjoyed their freedom of movement by moving to and taking up genuine residence in accordance with the conditions laid down in Article 7 (1) of Directive 2004/38/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004* ». La Cour s'y réfère à l'appui de son appréciation de l'absence d'inconvénients concrets du refus de la nationalité polonaise aux requérants (§ 72, avec renvoi au § 49 qui cite l'arrêt *Coman*, C-673/16, de la Cour de justice).

On comprend que pour la Cour, le rôle de la Convention est de garantir des droits effectifs et concrets, mais non de servir à des fins militantes, à des fins de démonstration scientifique (c'est le rôle de la doctrine), ni – contrairement peut-être aux droits inhérents à la citoyenneté européenne (art. 20 TFUE) – à intégrer les États dans une union supranationale (cf. la phrase programmatique de la présidente de la Commission européenne dans son Discours sur l'état de l'Union du 16 septembre 2020 devant le Parlement européen : « Si vous êtes parent dans un pays, vous êtes parent dans tous les pays »).

**b)** L'affaire **A.M. c. Norvège**, arrêt du 24 mars 2022, n° 30254/18 concerne elle aussi la non-reconnaissance d'une filiation confirmée par un jugement américain (en l'espèce un jugement du District Court of Bexar County, Texas). Les parents d'intention de l'enfant avaient la particularité d'être les membres d'un couple hétérosexuel norvégien en crise dès avant la conception de l'enfant. Bien que les parents d'intention fussent séparés, ils se lancèrent dans la procédure de gestation pour autrui, utilisant les gamètes masculins de E.B. et un ovule de donneuse ; la requérante, qui était la mère d'intention, n'avait pas de lien biologique avec l'enfant.

La requérante et E. B. emmenèrent l'enfant avec eux en Norvège et – puisqu'ils ne vivaient pas ensemble – mirent en place, pratiquement dès sa naissance, un système original de garde alternée :

« 14. On 16 May 2014 the applicant and E.B., having been unable to agree on how to organise daily care and contact in respect of X, signed an agreement which stated that they had a shared responsibility for caring for and raising X, but that they disagreed on where he was to live until a shared arrangement (50/50) could be established and that they would seek advice from a third party to clarify and reach an agreement on this issue.

15. During the subsequent period, X was moved between the applicant and E.B. every day so that he was with each of them for an equal amount of time. This arrangement continued after he started kindergarten in 2015. »

Sceptique à l'égard de la conformité de ce système avec l'intérêt de l'enfant, l'administration norvégienne les informa de la non-reconnaissance de la gestation pour autrui américaine. E. B., en tant que père biologique, serait seul reconnu comme investi de la responsabilité parentale et la mère porteuse, la citoyenne américaine K.J., serait enregistrée comme la mère.

E.B. s'opposa dans la suite à la poursuite de la solution de garde alternée mise en place entre lui-même et la requérante ainsi qu'à l'adoption de l'enfant par la requérante, si bien que l'enfant vit à présent avec E.B. seul.

La requérante saisit les juridictions norvégiennes, qui rejetèrent son recours. La Cour en fait de même, en retenant que la Cour d'appel de Borgarting a méticuleusement motivé sa décision :

« 127. As to the facts, the Court first reiterates that, in contrast to what was the topic of the advisory opinion cited in the preceding paragraph<sup>5</sup>, the application in the instant case does not relate to any rights of the child, X, under Article 8 of the Convention: the Court is called upon to examine solely the complaints raised by the applicant on her own behalf (see, similarly, *Paradiso and Campanelli*, cited

---

<sup>5</sup> Il s'agit de l'avis consultatif du 10 avril 2019, demandé [dans le contexte de l'affaire *Mennesson*] par la Cour de cassation française (demande n° P16-2018-001) relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger. La présentation de cet avis a eu lieu à la réunion de Katowice.

above, § 135, and in contrast also *Mennesson*, cited above, §§ 96-102, and *Labassee*, cited above, §§ 75-81).

128. Moreover, the Court reiterates, as it considers it important for its assessment of the proportionality, that the question of contact rights for the applicant in respect of X is not to be examined on the merits (see paragraphs 102-105 above<sup>6</sup>). It is accordingly only the questions relating to the legal recognition of parenthood, including that the applicant could not adopt X without E.B.'s consent, that are to be considered, not the fact that no measures were at the applicant's request taken by the authorities in order to assure continued contact between her and X (see, also, paragraph 109 above).

129. As to the rules on parenthood and adoption, the Court notes that at the time when the applicant entered into the surrogacy agreement in 2012, when X was born in 2014, and when E.B. cut off the contact between the applicant and X in 2015 and the applicant first applied for parenthood to the administrative authorities and later instituted the proceedings brought before the Court in 2016 (see paragraphs 6, 11, 24, 25 and 30 above), the domestic legislation did not open for any recognition of the applicant's parenthood in respect of X in any other manner than by way of a transfer through adoption, which would, *inter alia*, require consent from the person holding the parental responsibilities in respect of him, which E.B. did not give. While the Court does not call into question that the applicant could not reasonably have foreseen that E.B., who had been a party to the surrogacy agreement with her, would cut off contact between her and X, the applicant did not argue that the domestic rules as such had been unclear or unknown to her. [...]

130. The Court thus accepts that reasons relating to the observance and enforcement of the domestic legislation in the instant case spoke in favour of the Borgarting High Court's not granting the applicant's request to be recognised as X's legal mother contrary to what followed from the domestic law. As is apparent from the later parliamentary debate on whether surrogacy should be legalised, that illegality was due to a choice on ethical grounds and was upheld for the protection of women against exploitation (see paragraph 99 above).

131. In that connection, the Court reiterates that it has acknowledged that the issue of surrogacy raises sensitive ethical questions on which no consensus exists among the Contracting States (see *Paradiso and Campanelli*, cited above, § 203) and has afforded a margin of appreciation to the domestic authorities with regard to this issue (see, for example, *Mennesson*, cited above, § 79). With that as its starting point, **the Court cannot find that the rules applied in the instant case would generally pose problems under Article 8 of the Convention or that the respondent State would be in breach of that provision for not having recognised the applicant's parenthood because the surrogacy arrangement had been carried out in the United States and she had been registered as X's parent there** (see, *mutatis mutandis*, for example, *D v. France*, cited above, § 71).

...

133. The fact remains that the actual situation for the applicant in the instant case was particularly harsh since E.B. had prevented her from maintaining her relationship with X and essentially put an end to the applicant's parental project in respect of the child after first having been a party to the surrogacy agreement forming the basis for that project together with her; the Court finds it however difficult to attribute this consequence to the authorities. [...]

---

<sup>6</sup> Pour une raison procédurale (non-épuisement des voies de recours internes) propre à l'affaire.

134. In addition, the Court takes note that the case, while it was clearly the applicant that had been put in a difficult situation, nonetheless required an examination of the interests of all the parties involved, and to some degree also a balancing of conflicting interests. That balancing exercise was, in the Court's assessment, also meticulously carried out by the Borgarting High Court and the Court finds that the outcome must be considered to fall within the margin of appreciation afforded to domestic authorities in cases such as the present (see paragraph 131 above).

135. On the basis of the above, the Court finds that there has been no violation of Article 8 of the Convention ».

On notera en particulier trois aspects de cet arrêt :

(1) la confirmation de l'absence de violation de l'art. 8 de la Convention du fait de la non-reconnaissance de la situation constituée aux États-Unis (*supra*, § 131) : d'une manière générale la Cour n'exige pas l'application de la méthode dite, en doctrine du droit international privé, de la reconnaissance des situations ; elle se contente de solutions pratiques pour des problèmes concrets – et uniquement dans la mesure où ceux-ci sont susceptibles d'une solution ;

(2) l'acceptation des raisons légitimes des raisons d'ordre public invoquées en Norvège, qui sont les mêmes, en substance, que dans les affaires *Menesson* et *Labassée* : « *that illegality was due to a choice on ethical grounds and was upheld for the protection of women against exploitation* » (§ 130) ;

(3) le fait que – contrairement à l'avis consultatif de 2019, demandé par la Cour de cassation française dans l'affaire *Menesson* – l'arrêt n'exige rien en termes de reconnaissance juridique des droits de la mère d'intention, même pas la possibilité d'adopter l'enfant (§ 129). La situation difficile dans laquelle se trouvait la mère d'intention requérante, non pas du fait d'une mauvaise volonté des autorités norvégiennes, mais du fait de la mésentente affectant sa relation avec le père, était irrémédiable.

### III. – Affaires d'enlèvement international d'enfants

**Spinelli c. Russie**, arrêt du 19 octobre 2021, n° 57777/17 : rejet de la requête du père italien qui se plaignait de l'attitude des autorités russes après le départ d'Italie de la mère russe avec l'enfant commun et alléguait une violation de l'« obligation positive » de lui garantir l'effectivité de sa vie familiale avec l'enfant :

« 63. The Court observes that cases with comparable factual circumstances, that is, where a child habitually resident in one State has been removed to or retained in the territory of another State by a parent, are usually examined with reference to the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. That Convention sets out criteria for defining whether the removal or retention of a child by one parent was “wrongful” and whether it required appropriate measures to be taken by the authorities of the State where the child was retained (see *X v. Latvia* [GC], no. 27853/09, §§ 96-98 and 106-07, ECHR 2013).

64. Turning to the present case, the Court notes, however, that in January 2015 when the alleged retention took place, the Hague Convention was not yet in force between Russia and Italy (see paragraph 37 above) and had, therefore, no application in the present case ».

Mais de toute manière, « the decision-making process was fair and [...] the reasons advanced by the domestic courts were relevant and sufficient » (§ 71).

**Kupás c. Hongrie**, arrêt du 28 octobre 2021, n° 2472017 : rejet de la requête du père qui alléguait une violation par les autorités hongroises de l'« obligation positive » de lui garantir l'effectivité de sa vie familiale avec l'enfant, après le départ de la mère de Suisse en Hongrie avec l'enfant.

L'affaire présente l'intérêt que l'exception pertinente, au regard de la Convention de La Haye, au retour de l'enfant n'était pas celle de l'article 13 (b), mais celle de l'article 13 (a) : le fait que le requérant aurait « acquiescé postérieurement à ce déplacement ou à ce non-retour ». L'arrêt cite la jurisprudence française, belge, de l'Irlande du Nord, autrichienne, anglaise, luxembourgeoise et américaine sur le sens de la notion d'« acquiescement postérieur » (section de droit comparé aux §§ 23 à 32) et valide l'appréciation des juridictions hongroises.

Extraits :

« 1. The Court reiterates that there is a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount. The same philosophy is inherent in the Hague Convention, which associates this interest with restoration of the status quo by means of a decision ordering the child's immediate return to his or her country of habitual residence in the event of unlawful abduction, while taking account of the fact that non-return may sometimes prove justified for objective reasons that correspond to the child's interests, thus explaining the existence of exceptions, specifically in the event of a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation (Article 13, first paragraph, (b)). The Court further notes that the European Union subscribes to the same philosophy, in the framework of a system involving only European Union member States and based on a principle of mutual trust. The Brussels II *bis* Regulation, whose rules on child abduction supplement those already laid down in the Hague Convention, likewise refers in its Preamble to the best interests of the child, while Article 24 § 2 of the Charter of Fundamental Rights emphasises that in all actions relating to children the child's best interests must be a primary consideration (see *X v. Latvia*, cited above, § 97).

2. Therefore, there is no automatic or mechanical application of a child's return once the Hague Convention has been invoked, as indicated by the recognition in that instrument of a number of exceptions to the member States' obligation to return the child (see in particular Articles 12, 13 and 20), based on objective considerations concerning the actual person of the child and its environment, thus showing that it is for the court hearing the case to adopt an *in concreto* approach to each case (see *Maumousseau and Washington v. France*, no. 39388/05, § 72, 6 December 2007).

3. For the Court, the same considerations as those set out in the judgment of *X v. Latvia* (cited above, §§ 93-108) should be applicable when the refusal to secure the return of a child is based on the exception that the wronged parent consented to or acquiesced in the retention of the child within the meaning of Article 13 (a) of the Hague Convention.

4. In particular, exceptions under Article 13 (a) of the Hague Convention must be interpreted strictly (see, to this effect, the Explanatory Report on the Hague Convention, paragraph 34, cited above, and *X v. Latvia*, cited above, § 107). The aim is indeed to prevent the abducting parent from succeeding in obtaining legal recognition, through the passage of time, of a *de facto* situation that he or she unilaterally created (see *Maumousseau and Washington*, cited above, § 73). The Court is further of the view, that since “acquiescence” in the retention of the child entails the wronged parent waiving the immediate return of the child to his or her habitual residence, it must be clear and unequivocal, even if not necessarily by an explicit statement ».

La Cour estime que le jeu de l'article 13 (a) de la Convention de La Haye devant les juridictions hongroises a été satisfaisant :

« 5. Against the above backdrop the Court finds that the domestic court based their decisions on objective evidence and adopted a cautious approach when dismissing the applicant's request for the

summary return of his son. Being no clear indication of arbitrariness in the present case, the Court finds no imperative reason to depart from the domestic courts' findings (see *Raban v. Romania*, no. 25437/08, § 38, 26 October 2010).

6. The Court concludes, having particular regard to the State's margin of appreciation in the matter and to the *in concreto* approach required for the handling of cases involving child-related matters, that the Hungarian courts' assessment of the case in the light of the Hague Convention requirements did not amount to a violation of Article 8 of the Convention, as it was proportionate to the legitimate aim pursued ».

**S.N.et S.B.N. c. Suisse**, arrêt du 23 novembre 2021, n° 12937/20 : Retour d'une enfant en Thaïlande ordonné par les tribunaux suisses (Tribunal cantonal du canton de Vaud et Tribunal fédéral) dans le cadre d'une procédure d'enlèvement international d'enfant régie par la Convention de La Haye. Application, par la Cour, des solutions des arrêts *Neulinger et Shuruk c. Suisse* [GC], n° 41615/07, §§ 131-140 et *X c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, §§ 92-108. La Cour rejette le recours :

« 121. Compte tenu de ce qui précède, l'on ne saurait prétendre que les tribunaux internes aient ordonné le retour de l'enfant de façon automatique ou mécanique. Bien au contraire, dans une procédure contradictoire, équitable et orale, ceux-ci se sont basés sur les faits pertinents de l'affaire et ont dûment pris en compte tous les arguments des parties et ont rendu des décisions détaillées qui, selon eux, poursuivaient l'intérêt supérieur de l'enfant et ont permis d'exclure tout risque grave pour l'enfant. Par ailleurs, les autorités compétentes ont entrepris des démarches appropriées en vue de garantir la sécurité de l'enfant dans l'éventualité de son retour en Thaïlande. »

Obs. – À noter que tous ne sont pas d'accord avec l'appréciation de la situation par les tribunaux suisses : voir la critique approfondie de l'arrêt du Tribunal fédéral par A. Bucher, *RSDIE*, 2020, p. 436. Ni avec l'appréciation de la CEDH : voir la chronique du même auteur, *RSDIE*, 2022, p. 248, qui fait observer que le fait de se contenter d'assurances abstraites des autorités thaïlandaises ne servait en réalité à rien, et que l'approbation donnée par la CEDH est « contraire à sa propre jurisprudence » : « des démarches raisonnables, peut-être, mais sans aucune réponse des autorités thaïlandaises ! », et que les décisions suisses exposaient l'enfant à un « contexte de violence qui n'a jamais été démenti ».

**P. D. c. Russie**, arrêt du 3 mai 2022, n° 30560/19 : rejet de la requête du père (belge, résidant en France) qui alléguait une violation par les autorités russes de l'« obligation positive » de lui garantir l'effectivité de sa vie familiale avec l'enfant, après le départ de la mère en Russie avec l'enfant :

« 7. Turning to the circumstances of the present case, the Court observes that the District Court addressed the arguments advanced by E. as to the existence of a grave risk that her daughter's return to Switzerland would expose her to physical or psychological harm [...] and dismissed the return application in a well-reasoned decision. The domestic courts were consistent in their findings that the incident of sexual abuse of the applicant's daughter's half-brother by the applicant's close friend S. while the children were in the applicant's care, and the related criminal proceedings against the alleged perpetrator on charges of sexual molestation and child pornography, were serious enough to be characterised as a "grave risk" and to qualify for an exception from the general obligation of the child's return under the Hague Convention. They took into account the fact that S. had been released on bail under an obligation to undergo mandatory psychiatric treatment, the risk of revenge or further criminal offences by S., established by the Criminal Court of Geneva on 10 July 2017, in view of the crimes previously committed by him, and the absence of any protective measures in respect of the applicant's daughter. The domestic courts further relied on the child's young age and her need for her mother's everyday care [...].



8. In the light of the foregoing, the Court considers that the domestic courts carried out a genuine and objective evaluation of the alleged risk of the child's return and gave sufficiently reasoned decisions justifying the application of the exception to the child's return in the application of Article 13 (b) of the Hague Convention ».

**X. c. République tchèque**, arrêt du 12 mai 2022, n° 64886/19.

Non-violation de la Convention du fait du retour d'un enfant aux États-Unis ordonné par une juridiction tchèque par application de la Convention de La Haye. Rejet de la requête de la mère contre la République tchèque :

« 9. In these circumstances the Court is of the view that the examination by the domestic courts of the claims made by the applicant in the enforcement proceedings satisfied the procedural requirements imposed by Article 8 of the Convention and that the decision to enforce her daughter's return did not breach that provision ».

**Z. c. Croatie**, arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2022, n° 21347/21 violation de l'art. 8 de la Convention déduite d'une insuffisance de motifs dans la décision d'une cour d'appel croate selon laquelle tant la Convention de La Haye de 1980 que celle de 1996 et le règlement Bruxelles IIbis sont inapplicables :

« 89. [...] those arguments were relevant for the issue of whether the retention of the applicant's children in Croatia by their mother could be considered wrongful within the meaning of Article 3 § 1 of the Hague Child Abduction Convention and Article 2 of the Brussels II *bis* Regulation (see paragraphs 47 and 50 above). In the Court's view, their nature and importance therefore required a specific and express reply. However, in its decision of 15 January 2020 the appellate court did not address those arguments at all [...].

90. The applicant reiterated those arguments in his constitutional complaint [...]. However, the Constitutional Court in its decision of 18 February 2021 addressed those arguments by referring to Article 7 of the Hague Jurisdiction Convention, without any further explanation as to how that Article was relevant for the purposes of dismissing the said arguments (see paragraphs 29-30 above).

91. Given these circumstances the Court finds that the reasons adduced by the domestic courts to justify the interference with the applicant's right to respect for his family life were neither relevant nor sufficient for the purposes of Article 8 § 2 of the Convention ».

Néanmoins, la Cour souligne (comme elle fait fréquemment dans des cas pareils de violation procédurale du droit à la vie familiale) que

« 94. Lastly, the Court observes that there is no basis for the present judgment as such to be interpreted as requiring the respondent State to return the children to Germany now (see, *mutatis mutandis*, *Adžić* (no. 2), cited above, § 96, and the cases cited therein) ».